

MARIA PAES BARRETO DE ARAUJO

**INTERVENÇÕES CORPORAIS COERCITIVAS E DIREITO DE NÃO
PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO:
ANÁLISE À LUZ DOS JULGADOS DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS
HUMANOS**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Titular Dr. Antônio Magalhães Gomes Filho



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

MARIA PAES BARRETO DE ARAUJO

**INTERVENÇÕES CORPORAIS COERCITIVAS E DIREITO DE NÃO
PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO:
ANÁLISE À LUZ DOS JULGADOS DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS
HUMANOS**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração de Direito Processual Penal, como exigência para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Titular Dr. Antônio Magalhães Gomes Filho.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Araujo, Maria Paes Barreto de
INTERVENÇÕES CORPORAIS COERCITIVAS E DIREITO DE
NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO: Análise à luz
dos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos ;
Maria Paes Barreto de Araujo ; orientador Antônio
Magalhães Gomes Filho -- São Paulo, 2020.

265

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Processual) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2020.

1. Intervenções corporais coercitivas. 2. Direito
de não produzir provas contra si mesmo. 3. Nemo
tenetur se detegere. 4. Corte Europeia de Direitos
Humanos. I. Filho, Antônio Magalhães Gomes, orient.
II. Título.

Maria Paes Barreto de Araujo

**INTERVENÇÕES CORPORAIS COERCITIVAS E DIREITO DE NÃO
PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO:
ANÁLISE À LUZ DOS JULGADOS DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS
HUMANOS**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Titular Dr. Antônio Magalhães Gomes Filho.

Data de aprovação: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Titular Dr. Antônio Magalhães Gomes Filho – Orientador
Universidade de São Paulo (USP)

Prof. Dr.
Universidade

Prof. Dr.
Universidade

Prof. Dr.
Universidade

Ao João, por me apoiar, incentivar e, acima
de tudo, por estar sempre ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Renata e Jorge, pelo amor, apoio, paciência e compreensão ao longo da minha vida, inclusive durante a elaboração do presente trabalho. Ao meu irmão querido Pedro, pela amizade eterna e por todo o incentivo para completar mais esta etapa da minha vida. Vocês foram, são e serão para sempre meus pilares.

Ao meu marido, João Vicente, com quem me casei na loucura do último ano do mestrado. Obrigada por me apoiar, ficar ao meu lado, ouvir-me nas horas boas e ruins. Te amo.

Ao meu orientador, Professor Antônio Magalhães Gomes Filho, por ter acreditado em mim e me aceitado como sua orientanda, além da preciosa ajuda ao longo desses três anos. O senhor é um grande exemplo.

A todos os meus amigos, especialmente aqueles que de alguma maneira conviveram comigo durante a minha passagem pela pós-graduação. Obrigada por entenderem todos os “hoje não vai dar”, “preciso terminar um artigo”, “está corrido” ou “tenho que estudar”. Agradecimento especial à Danyelle Galvão, pelas diversas dicas e ajuda na revisão do trabalho.

Ao meu professor de direito penal ao longo da graduação na Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP), Christiano Jorge Santos, um dos maiores apoiadores da minha experiência acadêmica e com quem, até hoje, tenho a honra e o prazer de dividir a sala de aula. Obrigada por sempre incentivar o diálogo e principalmente a crítica construtiva.

A todos os professores do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP-SP), por nos transmitirem tamanho conhecimento, suscitarem o debate e, com isso, contribuírem para a formação de melhores profissionais do direito. Em especial agradeço aos professores Gustavo Badaró e Marta Saad, que, com o meu orientador, participaram da Banca de Qualificação do meu trabalho e contribuíram com importantes sugestões para a evolução e a conclusão da dissertação.

Ao Pedro Ferreira Leite e aos bibliotecários, especialmente aqueles da biblioteca do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (Ibccrim), que me ajudaram a coletar todo o material utilizado na elaboração deste trabalho. Obrigada pelos muitos xerox, scanners e fotos dos diversos textos consultados.

RESUMO

ARAÚJO, Maria Paes Barreto de. *Intervenções corporais coercitivas e direito de não produzir provas contra si mesmo: análise à luz dos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos*. 2020. 265f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2020.

A presente dissertação versa sobre o princípio *nemo tenetur se detegere*, que compreende o direito à não autoincriminação e sua relação com as intervenções corporais coercitivas. O objetivo geral traçado é analisar se esse direito contra a autoincriminação se estende (ou não) às intervenções corporais coercitivas, ou seja, examinar se, à luz do direito de não produzir provas contra si mesmo, tais meios de obtenção de prova do corpo do investigado/acusado podem (ou não) ser realizados mesmo contra a sua vontade. Para esse mister, o estudo tem como suporte metodológico a abordagem dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica. Estruturalmente, divide-se em capítulos, onde se apresentam as análises e o referencial teórico de base. O primeiro capítulo se dedica a abordagens relativas à evolução histórica, ao conteúdo e a eventuais limites do princípio *nemo tenetur se detegere*. O segundo analisa julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos – uma vez que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não apresenta julgados sobre o tema – a fim de verificar se a Corte vem autorizando a execução de intervenções corporais coercitivas mesmo diante do direito à não autoincriminação e, em caso positivo, conhecer quais os parâmetros utilizados para tanto. Neste ponto do estudo, demonstra-se que a posição da Corte é seguida por diversos países não só do continente europeu, mas também do continente americano. O terceiro capítulo aborda o tema no âmbito da realidade brasileira e o intuito é compreender como a legislação, a doutrina e a jurisprudência nacionais vêm tratando o assunto. Findo o esforço de pesquisa, a conclusão a que se chega, com o auxílio do método comparativo, é que, apesar de haver uma tendência internacional de flexibilização do princípio *nemo tenetur se detegere*, no que tange a autorizar a realização de intervenções corporais coercitivas, de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos, esta não é a realidade brasileira, pois, aqui, a medida investigativa não é diretamente regulamentada nem adotada, não havendo perspectiva de que isso venha a ocorrer em breve. Não obstante, caso isso ocorra futuramente, os parâmetros definidos devem ser aqueles da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Intervenções corporais coercitivas. Direito de não produzir provas contra si mesmo. *Nemo tenetur se detegere*. Corte Europeia de Direitos Humanos.

ABSTRACT

ARAÚJO, Maria Paes Barreto de. *Intervenções corporais coercitivas e direito de não produzir prova contra si mesmo: análise à luz dos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos*. 2020. 265f. Dissertation (Master in Law) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2019.

The present dissertation is about the principal *nemo tenetur se detegere* which consists of the right to non self-incrimination and its relation to coercive body interventions. The general objective traced is to analyze whether this right to non self-incrimination extends itself (or not) to the coercive body interventions, i.e., examine if, under the light of the right not to produce evidences against oneself, the aforementioned measures to obtain body proof of the investigated/accused may (or not) be realized even against his/her will. By considering this situation, the study has as methodological support a deductive approach, the technique of bibliographical research and, structurally, divided into chapters where analysis can be found as well as the basic theoretical reference. The first is dedicated to the historical evolution of relative approaches, the content and eventual limits of the principle *nemo tenetur se detegere*. The second chapter analyzes cases already judged by the European Court of Human Rights – whereas the Interamerican Court of Human Rights has no previous cases judged regarding this topic – in order to verify whether the Court is actually authorizing the execution of coercive body interventions despite the right of non self-incrimination and, if so, become fully aware of the parameters used for such purposes. Further on, there will be a demonstration regarding the position of the Court which is followed by many European countries, and American ones as well. The third chapter comprises the main topic within the scope of Brazilian reality and the objective is to understand how the national legislation, doctrine and jurisprudence are dealing with this matter. Finally, to complete the thesis, with the help of the comparative method and based on what was discussed in the previous chapters, one can demonstrate that, besides there being an international tendency to flexibilize the principle *nemo tenetur se detegere* to authorize performing coercive body interventions, according to the parameters established by the European Court of Human Rights, this is not the reality of Brazil, because here these coercive investigative measures are not regulated or authorized nor is there any perspective that it may occur soon. However, if this does occur in some moment in the future, the parameters brought by the European Court of Human Rights will be adopted in these cases.

Keywords: Coercive body interventions. Right not to produce evidences against oneself. *Nemo tenetur se detegere*. European Court of Human Rights.

LISTA DE SIGLAS

ABCF	Academia Brasileira de Ciências Forenses
Anadep	Associação Nacional das Defensoras e dos Defensores Públicos
Convenção	Convenção Europeia de Direitos Humanos
Ibccrim	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Infor	Instituto Nacional de Perícias e Ciências Forenses
ONU	Organização das Nações Unidas
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONTEÚDO DO PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>	21
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>	21
1.1.1 Idade Média – Direito canônico e sua relação com o processo penal do tipo inquisitório.....	24
1.1.2 Idade Moderna – Iluminismo e sua relação com o processo penal do tipo acusatório.....	27
1.1.3 Experiência da <i>common law</i> e sua influência para o desenvolvimento do <i>privilege against self-incrimination</i>	33
1.1.3.1 Inglaterra.....	33
1.1.3.2 Estados Unidos da América.....	41
1.1.4 Idade Contemporânea	44
1.2 CONTEÚDO E LIMITES DO PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>	48
1.2.1 Podem ser impostas limitações ao princípio <i>nemo tenetur se detegere</i> ?	55
1.2.1.1 Ponderação entre o interesse persecutório estatal e o interesse individual do investigado/acusado: aplicação do princípio da proporcionalidade.....	55
1.2.1.2 Interpretação literal: o princípio <i>nemo tenetur se detegere</i> limitado às declarações verbais ou orais do investigado/acusado.....	61
1.2.1.3 Diferenciação entre condutas ativas e condutas passivas	63
1.2.2 Condutas passivas: conceito de intervenções corporais	69
2 INTERVENÇÕES CORPORAIS COERCITIVAS À LUZ DOS JULGADOS DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS	75
2.1 ANÁLISE DAS INTERVENÇÕES CORPORAIS COERCITIVAS À LUZ DOS JULGADOS DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS	78
2.1.1 Caso X v. República Federativa da Alemanha.....	78
2.1.1.1 Fatos.....	78
2.1.1.2 Procedimento perante a Comissão	79
2.1.1.3 Análise	80

2.1.2 Caso X v. Holanda	80
2.1.2.1 Fatos	80
2.1.2.2 Procedimento perante a Comissão	81
2.1.2.3 Análise	84
2.1.3 Caso X v. Áustria	85
2.1.3.1 Fatos	85
2.1.3.2 Procedimento perante a Comissão	85
2.1.3.3 Análise	88
2.1.4 Caso Acmanne e outros v. Bélgica	89
2.1.4.1 Fatos	89
2.1.4.2 Procedimento perante a Comissão	90
2.1.4.3 Análise	91
2.1.5 Caso Peters v. Holanda	92
2.1.5.1 Fatos	92
2.1.5.2 Procedimento perante a Comissão	93
2.1.5.3 Análise	95
2.1.6 Caso Saunders v. Reino Unido	96
2.1.6.1 Fatos	96
2.1.6.2 Procedimento perante a Comissão	99
2.1.6.3 Procedimento perante o TEDH	100
2.1.6.4 Análise	104
2.1.7 Caso Schmidt v. Alemanha	105
2.1.7.1 Fatos	105
2.1.7.2 Procedimento perante o TEDH	107
2.1.7.3 Análise	110
2.1.8 Caso Jalloh v. Alemanha	111
2.1.8.1 Fatos	111
2.1.8.2 Procedimento perante o TEDH	113
2.1.8.3 Análise	120
2.1.9 Caso Bogumil v. Portugal	122
2.1.9.1 Fatos	122
2.1.9.2 Procedimento perante o TEDH	124
2.1.9.3 Análise	128
2.1.10 Caso Boyce v. Irlanda	129

2.1.10.1 Fatos.....	129
2.1.10.2 Procedimento perante o TEDH.....	130
2.1.10.3 Análise	132
2.1.11 Caso Yuriy Volkov v. Ucrânia.....	133
2.1.11.1 Fatos.....	133
2.1.11.2 Procedimento perante o TEDH.....	135
2.1.11.3 Análise	136
2.2 PERSPECTIVA GERAL DA VISÃO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE O PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS COERCITIVAS	137
2.3 TENDÊNCIA INTERNACIONAL EM RELAÇÃO À VISÃO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE O PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS COERCITIVAS.....	148

3 INTERVENÇÕES CORPORAIS COERCITIVAS E O PRINCÍPIO

<i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> NO DIREITO BRASILEIRO	165
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> NO DIREITO BRASILEIRO	165
3.2 REFLEXOS DO PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> NOS MEIOS DE PROVA E DE PRODUÇÃO DE PROVA ACEITOS NO DIREITO BRASILEIRO: É POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE INTERVENÇÕES CORPORAIS COERCITIVAS?	171
3.2.1 Meios de prova e de produção de prova expressos no processo penal brasileiro ..	171
3.2.2 Lei n. 12.654/2012 e sua possível relação com as intervenções corporais coercitivas e com o princípio <i>nemo tenetur se detegere</i>	177
3.2.2.1 Identificação criminal no bojo de investigações/processos em curso.....	178
3.2.2.2 Identificação criminal de indivíduos já condenados.....	181
3.2.2.3 Complementação trazida pela Resolução n. 9/2018 do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.....	184
3.2.3 Possibilidade de aplicação do princípio <i>nemo tenetur se detegere</i> às intervenções corporais no direito brasileiro	187
3.2.4 Análise jurisprudencial sobre o tema.....	195
3.2.4.1 Julgados do Superior Tribunal de Justiça	197
3.2.4.2 Julgados do Supremo Tribunal Federal	202

3.2.5 Projeto de Lei Anticrime e a nova Lei n. 13.964/2019	219
CONCLUSÃO	227
REFERÊNCIAS	241

INTRODUÇÃO

O princípio *nemo tenetur se detegere* (“nada a temer por se deter”) representa o direito/garantia contra a autoincriminação do investigado/acusado¹, ou seja, assegura ao sujeito o direito de não produzir provas contra si mesmo. Este princípio tem como objeto resguardar a dignidade do acusado, que não pode ser forçado a produzir provas contra a sua vontade, como corolário de um processo justo.

Segundo Maria Elisabeth Queijo², “o princípio *nemo tenetur se detegere* apresenta importante dimensão no processo penal, na medida em que assegura ao acusado o direito de não se auto incriminar”.

Historicamente, o princípio *nemo tenetur se detegere* esteve umbilicalmente ligado ao direito do acusado de se negar a falar – o chamado “direito ao silêncio”. Isso porque, a colheita de depoimentos do acusado durante muitos anos foi praticamente o único meio de prova possível ao longo da persecução penal. Além disso, a confissão – especialmente durante o período da Inquisição que reinou na Europa durante a Idade Média – era vista como rainha das provas e, portanto, era essencial que o acusado fosse inquirido, falasse e, por fim, confessasse.

Com o avanço da tecnologia, novos e modernos meios de prova e de obtenção de prova foram surgindo – e não apenas os destinados à colheita de depoimento do investigado/acusado –, por exemplo: coleta de fios de cabelo, de sangue ou saliva para testes de DNA; exames ginecológicos para comprovação de delitos sexuais; coleta de amostras de sangue e urina para exames de dosagem alcóolica ou de outras substâncias entorpecentes; introdução de substâncias eméticas no organismo do sujeito passivo, entre outros. Essas medidas são chamadas de intervenções corporais, pois visam obter do corpo do investigado/acusado elementos de prova aptos a demonstrar (ou não) a sua culpa.

Desse quadro emergem algumas importantes perguntas: o princípio *nemo tenetur se detegere*, historicamente tão ligado ao direito ao silêncio, também alcança outros meios de prova ou de obtenção de prova diferentes das declarações orais e verbais do

¹ No presente trabalho, como se verá na seção 1.2, adotar-se-á a dupla face do princípio *nemo tenetur se detegere*, qual seja, enquanto direito e enquanto garantia fundamental individual. Ao longo do texto, portanto, o princípio *nemo tenetur se detegere* poderá ser referido tanto como direito à não autoincriminação (ou contra a autoincriminação) quanto como garantia do investigado, do acusado ou de qualquer um de seus respectivos sinônimos.

² QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.

investigado/acusado, dentre eles as intervenções corporais? Ou seja, à luz da garantia de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, tem o investigado/acusado o direito de recusar a se submeter a intervenções corporais que visem retirar evidências talvez incriminadoras de seu próprio organismo? Ou não existe tal direito e essas medidas podem ser executadas mesmo coercitivamente?

Apesar de a Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda não ter tratado diretamente o assunto – motivo pelo qual seus julgados não serão analisados no presente trabalho – a Corte Europeia de Direitos Humanos, desde a década de 1960, vem analisando a possibilidade (ou não) de execução de intervenções corporais coercitivas aos olhos do princípio *nemo tenetur se detegere* e estabelecendo os parâmetros que devem ser utilizados para tanto.

Seguindo essa linha, alguns países como Alemanha e Portugal, além dos Estados Unidos da América e da Argentina – que, apesar de não fazerem parte da Corte, serão estudados – também já apresentam posicionamentos consolidados sobre o tema há tempos.

No Brasil, no que tange à garantia contra a autoincriminação, a Constituição Federal prevê tão somente o direito ao silêncio³ – que passou a ser incorporada também pelo nosso Código de Processo Penal, após a reforma legislativa ocorrida no ano de 2003. A hipótese de execução de intervenções corporais contra a vontade do sujeito a elas submetido, no entanto, diferentemente da realidade internacional supramencionada, ainda não foi direta e expressamente tratada pela legislação. No ordenamento jurídico pátrio não há lei que especificamente regulamente o uso de coação direta para executar a medida, diante de eventual recusa do imputado. Os nossos Códigos Penal e de Processo Penal sequer citam a matéria.

Contudo, visando alterar esse tratamento hipossuficiente dado ao assunto, em 2012 foi editada a Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012, que possibilitou “a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal” quando a medida se mostrar essencial às investigações policiais e no caso de condenados por determinados delitos. Este diploma legal, no entanto, apresenta muitas lacunas, dentre elas o fato de que até prevê a prática de intervenções corporais, mas não em sua modalidade coercitiva. Por conta disso, tem sido alvo de diversas críticas pela doutrina; logo, é insuficiente para regulamentar o tema.

³ BRASIL. Constituição (1988). “Art. 5º [...] inc. LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; [...]”

A doutrina, já provocada a manifestar-se sobre as intervenções corporais e sobre a possibilidade de execução forçada da medida, com a conseqüente restrição ao alcance do princípio *nemo tenetur se detegere*, não apresenta consenso sobre o assunto.

No cenário jurisprudencial, a Suprema Corte brasileira tende a apresentar posição bastante garantista e protetiva em relação à garantia contra a autoincriminação. Além do direito ao silêncio, por exemplo, invoca a inconstitucionalidade da condução coercitiva do investigado/acusado para interrogatório e, ademais, defende que não é obrigado a (i) fornecer padrões vocais ou gráficos, (ii) participar da reconstituição do crime, nem (iii) soprar o etilômetro para comprovação de dosagem alcóolica. Não obstante, os Tribunais Superiores pátrios têm poucos julgados sobre a possibilidade de, com fulcro no princípio *nemo tenetur se detegere*, autorizarem-se (ou não) intervenções corporais coercitivas. E, na maioria deles, o assunto é tratado de maneira superficial dando a entender que tal prática compulsória não seria possível.

A incerteza que ainda paira sobre o tema torna evidente a necessidade de estudos mais aprofundados para bem compreender o posicionamento da doutrina em relação às previsões legais sobre os meios de prova e de produção de prova existentes no ordenamento jurídico brasileiro que poderiam levar à execução de intervenções corporais coercitivas, não expressamente regulamentadas, bem como em relação à Lei n. 12.654/2012 e aos argumentos utilizados pelos nossos Tribunais Superiores para autorizar (ou não) as medidas corporais coercitivas, ainda que no bojo de poucos, rasos e até mesmo confusos julgados.

Para tanto, uma vez que a questão ainda é insuficientemente tratada pela legislação, doutrina e jurisprudência nacionais, o estudo será feito com base na análise do assunto no âmbito dos julgados das Cortes Internacionais de Direitos, que já vêm discutindo a matéria há mais tempo – no caso, somente a Corte Europeia de Direitos Humanos, uma vez que não se encontrou julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos tratando especificamente de intervenções corporais coercitivas.

De antemão, vale registrar que o atual entendimento além das fronteiras pátrias aponta no sentido de que a garantia contra a autoincriminação não incide sobre as intervenções corporais coercitivas, podendo ser realizadas mesmo à luz do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Aqui, novamente sobressai a importância de identificar e compreender os argumentos e os parâmetros que a Corte Europeia de Direitos Humanos vem apresentando

para flexibilizar a garantia contra a autoincriminação em relação às intervenções corporais coercitivas. Esse estudo será o substrato para uma comparação com o que ocorre no Brasil e qual caminho o nosso país tende a seguir.

Para alcançar esse propósito, o trabalho investigativo adota a abordagem de raciocínio dedutivo – na medida em que parte da evolução histórica, do conceito e da abrangência do princípio *nemo tenetur se detegere* e das intervenções corporais coercitivas – para, conduzido por uma interpretação sistemática, chegar a uma análise de como é aplicada a garantia contra a autoincriminação na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Brasil. Esta tarefa terá o suporte da técnica de pesquisa bibliográfica, a qual permite reunir fontes secundárias – livros, revistas, periódicos, sites que abordam a temática, além, evidentemente, da legislação e da jurisprudência pertinentes. Na realização do trabalho também se utilizará a pesquisa empírica, necessária para observar os fatos do mundo real e a partir deles produzir novos conhecimentos. No caso deste estudo, serviram como base a jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros, no que tange a julgados relacionados ao princípio *nemo tenetur se detegere* e a sua possível aplicação às intervenções corporais coercitivas. O método comparativo também foi utilizado como instrumental para realizar a comparação entre as realidades internacional, com base nos parâmetros dos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos, e brasileira sobre intervenções corporais coercitivas e o direito de não produzir provas contra si mesmo.

Para estudar, ao longo do presente trabalho, o quanto exposto linhas atrás, adotar-se-á a estrutura de capítulos, como estratégia de apresentação deste relatório de pesquisa.

O primeiro capítulo tratará da evolução história e do conteúdo do princípio *nemo tenetur se detegere*. Assim, será apresentado um panorama histórico, essencial para conhecer a evolução da garantia contra a autoincriminação e as diferentes interpretações que lhe foram dadas ao longo do tempo. Apesar de haver pontos de vista diversos sobre o surgimento do princípio *nemo tenetur se detegere*, se teria acontecido na Antiguidade, no direito hebreu e/ou no direito romano, a presente hipótese de pesquisa partirá da premissa de que tal princípio só pôde desenvolver-se após a solidificação do sistema processual do tipo acusatório, a partir da Idade Moderna, que permitiu a consagração de garantias processuais penais e do acusado como sujeito de direitos – e não como objeto de provas.

Na sequência, ainda nesse primeiro capítulo, serão abordados o conteúdo e os possíveis limites do princípio *nemo tenetur se detegere*, ou seja, analisar-se-á se a garantia contra a autoincriminação, historicamente tão ligada ao direito ao silêncio, também alcança

outros meios de prova e de obtenção de prova distintos da colheita de depoimentos do investigado/acusado, como por exemplo, as intervenções corporais coercitivas⁴. Para atingir tal objetivo, inicialmente, assumir-se-á o entendimento majoritário da doutrina, que defende que o direito à não autoincriminação não é absoluto, podendo, portanto, ser ponderado. Assim, deverão ser entendidos os possíveis métodos para tal ponderação: o primeiro diz respeito ao embate: interesse da sociedade *versus* interesse do investigado/acusado na investigação e no processo penal e a consequente possibilidade genérica de se restringir a extensão do princípio *nemo tenetur se detegere* com base na aplicação do princípio da proporcionalidade; o segundo método é a interpretação literal das previsões legais da garantia contra autoincriminação, segundo a qual esta deve ser limitada somente às declarações verbais ou orais do investigado/acusado; o terceiro método a ser apresentado, importado do direito alemão, refere-se à diferenciação feita por alguns doutrinadores entre as condutas ativas e as condutas passivas a serem praticadas pelo investigado/acusado para produção de elementos de prova, uma vez que as primeiras, em tese, estariam protegidas pelo princípio *nemo tenetur se detegere* e as segundas não. Tal análise tem relação direta com o objeto do presente trabalho, pois as intervenções corporais coercitivas são consideradas um meio de obtenção de prova diferente das declarações orais/verbais e que implicam, em relação ao sujeito, somente uma conduta passiva (tolerar algo); logo, não estariam englobadas pela garantia contra a autoincriminação. Nenhum dos métodos apresentados, no entanto, é pacífico e especialmente esta última posição baseada na diferenciação entre condutas ativas e passivas do arguido vem sendo alvo de diversas críticas. Por essa razão será necessário adentrar o estudo específico das intervenções corporais coercitivas à luz do princípio *nemo tenetur se detegere* nos demais capítulos, mas não sem antes esmiuçar os diferentes conceitos da medida trazidos pela doutrina.

O segundo capítulo abordará os parâmetros internacionais em relações às intervenções corporais coercitivas, com base nos julgados das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, pois estas norteiam o entendimento e a aplicação de temas de direito processual penal e de direitos humanos, dentro de seus países membros. Nesse capítulo, vale repetir, será dada atenção somente aos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos, pois não se encontrou nenhum julgado da Corte Interamericana de Direitos

⁴ A presente pesquisa não abordará todos os meios de prova e de obtenção de prova que dependam da cooperação ativa ou passiva do acusado – como participação no reconhecimento, acareação, reconstituição do fato, exame grafotécnico, fornecimento de documentos, entre outros –, limitando-se a analisar a obtenção de elementos probatórios por meio de intervenções corporais coercitivas, tema escolhido para o trabalho.

Humanos que trate especificamente de intervenções corporais coercitivas. O objetivo, aqui, é entender se a Corte aceita a execução de intervenções corporais coercitivas tendo em vista o direito à não autoincriminação e, em caso positivo, identificar quais os parâmetros exigidos para tanto, a fim de traçar um comparativo com a realidade do direito brasileiro ao final do trabalho. Feita esta análise, a última seção do capítulo – a título de curiosidade, pois o estudo aprofundado é voltado aos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos, e tão somente com o objetivo de avaliar se a visão desta Corte vem sendo seguida e implementada – se dedicará a apontar como alguns de seus países membros e também outros do continente americano vêm tratando as intervenções corporais coercitivas à luz do princípio *nemo tenetur se detegere*, para verificar se há uma tendência internacional de aceitação da medida, mesmo para além das fronteiras do continente europeu, a fim de estabelecer um paralelo com a realidade brasileira, ao final do trabalho. Evidentemente, não serão citados todos os países. O corte metodológico recairá sobre citações referentes a Estados Unidos da América, Inglaterra, Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e Argentina. A escolha dos dois primeiros se deve à necessidade de conhecer como nações que adotam a *common law*, inclusive no continente americano, como é o caso dos Estados Unidos da América, tratam as intervenções corporais coercitivas para, com isso, constatar eventuais comparações/diferenças com países que adotam a *civil law*. Os três países seguintes historicamente sempre influenciaram o ordenamento jurídico brasileiro – especialmente nos campos penal e processual penal. O fato de o Brasil já ter importado outros institutos e entendimentos desses países faz crer que o mesmo tende a acontecer com as conclusões relacionadas às intervenções corporais coercitivas. Portugal merece atenção porque, na condição de colonizador brasileiro, norteou as nossas primeiras legislações. A escolha da Argentina tem dupla motivação: o país pertence ao continente sul-americano, igual ao Brasil e também, como nosso país, foi colonizado e desenvolvido muito depois da Europa.

O terceiro capítulo, voltado para a realidade brasileira, trará os conceitos vistos no Capítulo 1 e os parâmetros internacionais estudados no Capítulo 2, necessários para a abordagem de questões práticas sobre como o diálogo entre as intervenções corporais coercitivas e o princípio *nemo tenetur se detegere* vem sendo travado pela legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras. Com esse foco, primeiramente será estudada a evolução do princípio *nemo tenetur se detegere* no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de analisar os reflexos – de maneira histórica e atual – da garantia contra autoincriminação nos meios de prova e de obtenção de prova aceitos no direito brasileiro. No Brasil, a

questão da falta de previsão legal especificamente relacionada à execução coercitiva de intervenções corporais e à possibilidade (ou não) de determiná-la apesar da lacuna existente – com base nos meios de prova ou de obtenção de prova hoje regulamentados ou então em razão do princípio da não taxatividade dos meios probatórios – será evidenciada, bem como os desdobramentos da edição da Lei n. 12.654/2012, que possibilitou “a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal” quando a medida se mostrar essencial às investigações policiais e em face de condenados por determinados delitos, tendo-se sempre em mente as diferentes posições doutrinárias pátrias sobre o assunto. Findas as análises legal e doutrinária, o próximo passo será pesquisar julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, nos respectivos sítios eletrônicos oficiais⁵. Esta pesquisa, que não terá o propósito de exaurir a matéria, avaliará se as referidas Cortes já decidiram se intervenções corporais coercitivas podem ou não ser autorizadas à luz do princípio *nemo tenetur se detegere* e, em caso positivo, examinará a argumentação apresentada. Por fim, será estudado o recentíssimo Projeto de Lei Anticrime a nova Lei n. 13.964/2019, a fim de entender os reflexos de tais regramentos e se eles trouxeram alterações à posição brasileira sobre o assunto.

Finalmente, a conclusão do trabalho será dedicada à comparação entre as posições adotadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos em face do Brasil, no que tange às intervenções corporais coercitivas e sua proteção (ou não) pela garantia contra a autoincriminação. Será o momento, portanto, de responder às questões de pesquisas: qual é, hoje, a posição brasileira em relação à possível flexibilização do princípio *nemo tenetur se detegere* para autorização de intervenções corporais coercitivas? No cenário atual brasileiro, é possível decretar intervenções corporais coercitivas à luz do princípio *nemo tenetur se detegere*? A medida é contrária ou favorável à tendência internacional de relativização da garantia contra a autoincriminação, para autorizar a realização de intervenções corporais coercitivas, promovida pela Corte Europeia de Direitos Humanos e seguida pelas nações estudadas no segundo capítulo? Caso o Brasil decida seguir tal tendência, como poderá (ou deverá) adotar os parâmetros apontados pela Corte Europeia de Direitos Humanos, a fim de não regredir a parâmetros inquisitórios historicamente tão combatidos?

⁵ O estudo não se estenderá à análise de julgados de outros tribunais pátrios devido ao corte metodológico e ao fato de a presente pesquisa não ter a intenção de realizar levantamento jurisprudencial exaustivo.

Não obstante a firme intenção de trazer respostas a esses questionamentos, é importante consignar que o presente trabalho não tem a pretensão de encerrar ou exaurir a discussão acerca da admissibilidade das intervenções corporais coercitivas no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a sua complexidade e a ainda insuficiente discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto.

Essas questões polêmicas e as considerações até aqui resumidas revelam a importância do tema na atualidade, justificando a sua escolha como hipótese de pesquisa desenvolvida na dissertação de mestrado de acordo com a estrutura supracitada. Não obstante os avanços tecnológicos e científicos que na atualidade possibilitaram que intervenções corporais sejam utilizadas como meios de obtenção de prova, além da tendência para além das fronteiras pátrias de se aceitar a realização de tais medidas, ainda que contra a vontade do acusado, é essencial trazer à tona os regramentos internos de que o Brasil dispõe e investigar como tenderá a aprofundar-se na matéria, há muito discutida no cenário internacional.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONTEÚDO DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Como explicado no capítulo introdutório, o principal objeto de estudo do presente trabalho é a análise de julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos de modo a estabelecer os parâmetros internacionais em relação às intervenções corporais coercitivas, aos olhos do princípio *nemo tenetur se detegere* – uma vez que o tema não foi ainda analisado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – e traçar, ao final, uma comparação com a realidade brasileira sobre o assunto.

Não obstante, no que tange ao estudo da evolução histórica do princípio *nemo tenetur se detegere*, não é possível desconsiderar a experiência de determinados países que não integram a Corte Europeia de Direitos Humanos – como, por exemplo, os Estados Unidos da América – ou mesmo previsões legais editadas ao longo dos anos sobre a garantia contra a autoincriminação por outras instituições internacionais/estrangeiras além desta última – como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos⁶.

A propósito da abordagem histórica, pode-se afirmar que a origem exata do princípio *nemo tenetur se detegere* é difícil de ser definida, uma vez que os autores utilizados como referencial de base abordam diferentes teorias sobre o tema.

Nas palavras de Maria Elisabeth Queijo, “há quem considere que o princípio *nemo tenetur se detegere* se insere entre as regras de direito, sendo impossível identificar as suas raízes”⁷. Logo, o conceito exato sobre a origem do brocardo não é pacífico.

Há quem diga que a ideia de não autoincriminação é de origem bastante antiga, pois remete à natureza humana de preservação, de autoproteção. Carlos Henrique Borlido Haddad considera o princípio *nemo tenetur se detegere* tão antigo quanto a própria existência humana, pois o homem só conseguiu se desenvolver e evoluir devido à sua tendência natural de autoconservação⁸.

⁶ Esta Convenção é que previu a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos

⁷ QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28-29.

⁸ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, Campinas: Bookseller, 2005, p. 89. Nesse mesmo sentido, vale destacar “a imprecisão quanto à origem do direito a não auto-incriminação, uma vez que inerente a todos os povos e épocas o instinto de

Da Antiguidade vem a primeira menção à máxima *nemo tenetur prodere seipsum*⁹, na afirmação feita por São João Crisóstomo, em 400 a.C., na carta de São Paulo dirigida aos hebreus, segundo a qual ninguém poderia ser obrigado a trair-se em público¹⁰.

João Cláudio Couceiro defende que o surgimento da garantia ora discutida teria ocorrido no direito hebreu, no século III a.C., pois, de acordo com o Talmude, o acusado não tinha o direito de confessar ou depor contra si mesmo, ainda que voluntariamente. Isso porque, à época, entendia-se que a vida do homem não pertencia a ele, mas sim a Deus e somente a Ele caberia o julgamento sobre a culpa do acusado¹¹.

No direito hebreu, também era vetado ao acusado capital permitiria uma forma indireta de suicídio¹². Além disso, no interrogatório dos acusados, não havia imposição de juramento ou compromisso de dizer a verdade, salvo para provar a inocência¹³.

Na sequência cronológica, destacam-se as civilizações clássicas. Na Grécia, a tortura era largamente utilizada durante o interrogatório dos acusados, especialmente com o intuito de obter uma confissão¹⁴. Logo, não havia nenhum tipo de proteção à autoincriminação.

Nesse mesmo sentido, estudos relacionados aos sucessivos períodos do direito romano demonstram que, apesar de ter sido o berço do conceito do homem enquanto

autopreservação”. ASSIS, Éder Pereira de. *Do conflito entre o direito à produção de provas e o direito a não autoincriminação: nemo tenetur se detegere* no tocante às intervenções corporais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 28-29.

⁹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, p. 87.

¹⁰ Nas palavras de Ignacio Tedesco: “O direito ou ‘privilégio’ contra a autoincriminação não é produto do direito moderno, mas sim, pelo contrário, possui raízes muito mais antigas. Exemplo disso é o que se depreende da afirmação de São Crisóstomo (400 a.C.) em seu comentário à XX de São Paulo aos hebreus cujos dizeres: ‘Não te digo para que revele este – seu pecado – ante ao público como uma condecoração nem que se auto acuse diante dos outros [Tradução nossa]’ (La libertad de declaracion del imputado: una análisis histórico-comparado. In: HENDLER, Edmundo D. (Comp.). *Las garantías penales y procesuales: enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 29-30). Nesse mesmo sentido: PUCCIARELLO, Mariana. *Derecho a no autoincriminarse y deber de colaborar em el ámbito tributário*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, p. 19.

¹¹ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 8. (Coleção Estudos de Processo Penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida.), p. 29-30.

¹² TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹³ ASSIS, Éder Pereira de. *Op. Cit.*, p. 28-29. Nesse mesmo sentido: QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 29.

¹⁴ SANGUINÉ, Livia Maman. *O direito de não produzir prova contra si mesmo no processo penal (nemo tenetur se detegere)*. *Ibccrim*, São Paulo, 2011, p. 21 [Biblioteca Digital]. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/260-221-Abril-2011. Acesso em: 1º set. 2016.

sujeito de direitos¹⁵, não havia espaço para o desenvolvimento do princípio *nemo tenetur se detegere*.

A garantia contra autoincriminação, segundo Richard Helmholz¹⁶, era desconhecida em Roma¹⁷. Na interpretação do autor:

Apesar da sua reputação como marco fundador da jurisprudência da *common law*, e apesar da existência de alguma espécie de regramento contrário ao depoimento prestado pela acusado sob juramento em todos os períodos [romanos] abordados, a garantia como nós conhecemos é, na verdade, produto de escolhas relativamente recentes [Tradução nossa].¹⁸

Carlos Henrique Borlido Haddad, em abordagem sobre o tema, faz o seguinte registro:

Em algumas fases da evolução do processo penal romano se admitiu o emprego da tortura para obrigar o acusado, e também as testemunhas, a prestar declarações. O juramento também era exigido e a defesa do acusado, durante longo tempo, foi exclusivamente por ele exercida. A presença física do réu constituía-se uma obrigação, do que derivava a possibilidade de se exigir a colaboração no esclarecimento dos fatos. Todas essas circunstâncias são fortes indícios de que não se conferia ao acusado uma liberdade de autodeterminação, a ponto de autorizá-lo a recolher-se no silêncio, de não participar de audiências e de ter plena liberdade em declarar o que melhor viesse à defesa.¹⁹

Esses apontamentos indicam a existência de algumas teorias sobre a origem do princípio *nemo tenetur se detegere*. Essas teorias, apesar de relevantes, foram aqui expostas de maneira muito sucinta porque o enfoque principal da presente seção é a tese segundo a qual a sedimentação da garantia contra a autoincriminação se relaciona, direta e majoritariamente, com a implementação – ao longo da Idade Moderna, como contraponto aos abusos praticados pelas autoridades públicas e religiosas durante a Idade Média – de um sistema processual penal do tipo acusatório, que passou a considerar o réu como sujeito de direitos e não como mero objeto de provas.

A Idade Moderna também foi palco da evolução do conceito de defesa técnica e, conseqüentemente, da atuação de advogados ao longo do processo penal, elementos

¹⁵ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, p. 99.

¹⁶ HELMHOLZ, Richard H. et al. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: Universidade de Chicago, 1997, p. 186. Nesse mesmo sentido: PUGLIESI, Giovanni. Per l'individuazione dell'onere della prova nel processo romano per formulas. In: PUGLIESI, Giovanni (org.). *Studi in onore di G. M. de Francesco*. Milano, 1957. v. 1, p. 545.

¹⁷ Apesar disso, João Claudio Couceiro afirma que não houve uma absoluta ausência de proteção à autoincriminação no direito romano, pois, no Império, “não podia a pessoa, por exemplo, ser compelida a exhibir documento que viesse a prejudicar a si mesma ou a apresentar testemunha em seu próprio prejuízo” (*A garantia constitucional do direito ao silêncio*, v. 8, p. 39-40).

¹⁸ HELMHOLZ, Richard H. et al. *Op. Cit.*, p. 186-187.

¹⁹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Op. Cit.*, p. 99.

fundamentais para a concretização do princípio *nemo tenetur se detegere*, como será mais bem explicado na sequência.

1.1.1 Idade Média – Direito canônico e sua relação com o processo penal do tipo inquisitório

Por volta do ano de 850 foi publicada uma compilação de textos canônicos que reconhecia, haja vista a necessidade de proteger os fiéis de abusos perpetrados pelos senhores feudais, a proteção dos acusados contra violência e espoliação anteriores à condenação²⁰.

No ano de 1140, aproximadamente, o direito canônico se consagrou com o Decreto de Graciano. A respeito, Ênio Luiz Rosseto comenta que “o procedimento penal canônico inicialmente adotou a regra do direito de acusar e defender, e as audiências eram públicas”²¹. É nesse contexto que alguns autores, como Leonard Williams Levy, defendem que “o direito canônico também é apontado como sede do surgimento do princípio contra a auto-incriminação”²².

Uma clara mudança, no entanto, surgiu no ano de 1216, quando Inocêncio III, no Concílio de Latrão, instituiu a Inquisição – instituição oficial da Igreja Católica. Inicialmente, cabia à Igreja o direito de julgar o clero, apenas com objetivos religiosos. Com o tempo, porém, apoiando-se na ideia de perseguição aos hereges, a Igreja aumentou a sua jurisdição para alcançar qualquer matéria relativa à moral ou à religião – ainda que estas tivessem previsões em leis comuns ou que se referissem a leigos. Nessa época, o que se viu foi uma gradativa influência dos institutos religiosos em entidades laicas²³.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover:

Tal sistema [Inquisição], que surgira na jurisdição eclesiástica para punir heresias, desenvolveu-se e se ampliou, abrangendo, de início, apenas as ofensas à moral ou à religião; mas a utilidade de um procedimento que consentia ao poder temporal dupla ação, sem qualquer impedimento, se revelou, de imediato, provocando sua extensão a processos que não tinham como objetivos aquelas ofensas. Tal extensão foi tão rápida e tão ampla, que Inocêncio III, através de sua

²⁰ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, p. 41.

²¹ ROSSETTO, Ênio Luiz. *A confissão no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 24.

²² LEVY, Leonard Williams. *Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee paperback, 1999, p. 21.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 33.

Decretal acabou por esclarecer que ‘*tribus modis procedi possiti: per accusationem, per denuntiationem, per inquisitionem*’.²⁴

A Inquisição também foi utilizada pela monarquia absolutista da época como forma de assegurar o poder real diante dos senhores feudais²⁵. Assim, com a legitimação do rei reconhecida pelo papa, “a heresia contra a Igreja pass[ou] a ser vista como um crime não só contra esta, mas também contra o próprio Estado”²⁶. A monarquia absolutista, então, utilizou-se da Inquisição como forma de combater os rebeldes e quaisquer inimigos do poder constituído.

A vinculação entre a monarquia absolutista que vigorava na Europa e a Inquisição ficou tão forte que, em 1527, “Inocência IV condenou os Estatutos que impediam o livre exercício da atividade dos inquisidores”²⁷.

O poder da Inquisição advinha, em grande parte, do tipo de procedimento adotado nos chamados Tribunais do Santo Ofício: o procedimento do tipo inquisitório, que tratava o acusado como mero objeto de provas e não lhe assegurava alternativas de defesa aptas a livrá-lo de uma eventual (mas praticamente sempre certa) condenação²⁸.

O objetivo do processo inquisitório não era o esclarecimento dos fatos ou a busca da verdade, mas sim o reconhecimento da culpa/responsabilidade do réu. Logo, visava-se primordialmente à obtenção da condenação do acusado, o que atribuía ao processo um caráter punitivo. Para tanto, “a tendência era a busca de provas por meio do acusado ou com a sua cooperação”²⁹.

A confissão era a prova máxima, a famosa “rainha das provas”. Segundo Carlos Henrique Borlido Haddad, o juiz sequer podia proferir sentença sem que o acusado confessasse, a não ser que acabasse convencido pelo depoimento de duas testemunhas –

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, 2. ed., atual., p. 34.

²⁵ Nesse sentido, vale conferir o seguinte relato de Carlos Henrique Borlido Haddad: “A Igreja Católica exercia grande influência junto aos governos. A intervenção das autoridades seculares no procedimento inquisitório eclesiástico e os numerosos exemplos de transformação das leis imperiais em leis canônicas, e vice-versa, demonstraram a permeabilidade dos textos jurídicos. Na França, o Papa Gregório IX transformou a legislação imperial em lei canônica, sendo o grande responsável pela integração do procedimento inquisitório no direito comum, com suas correlatas qualificações penais. O rei Luís IX, ao aceitar ser o braço secular da Igreja, passou a ter competência para infligir penas e colocou, a partir de 1229, sua organização a serviço do clero. Durante os últimos anos de Gregório IX, a Inquisição funcionou em pleno vigor na França, Itália, Alemanha, Países Baixos e no norte da Espanha.” (*Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, p. 102).

²⁶ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, p. 41-42.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. Cit.*, p. 35.

²⁸ COUCEIRO, João Claudio. *Op. Cit.*, p. 42.

²⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 31.

*confessus aut convictus*³⁰. Na prática, o processo acabava sendo o meio de obter a confissão do acusado e esta era buscada a todo momento, ao longo da instrução.

Para obrigar o réu a falar, empregava-se largamente a tortura³¹. Se o acusado declarasse inocência ou ficasse calado, era submetido à tortura. Caso, após torturado, nada dissesse e nenhuma outra prova contra ele fosse encontrada ou produzida, aí sim, poderia ser considerado inocente³².

O juramento era obrigatório³³. Toda vez que o acusado era levado a depor, tinha a obrigação de dizer a verdade, sob pena de ser punido ou até mesmo torturado³⁴. Além disso, ao prestar juramento, o réu se comprometia a falar, ou seja, a responder tudo aquilo que lhe fosse perguntado. Percebe-se, assim, que “no Direito Canônico, com o juramento se buscava a verdade e, com a tortura, pretendia-se alcançar uma verdade predeterminada, aquela constituída pelo inquisidor”³⁵.

O processo era escrito e secreto. Ideias como contraditório e ampla defesa, naturalmente, não existiam. A defesa não passava de mera formalidade e o juiz acumulava as funções de investigar, acusar e julgar, o que afetava diretamente a sua imparcialidade. Pode-se até dizer que no sistema inquisitório não havia imparcialidade do julgador, uma vez que ele mesmo formulava a imputação e lançava mão de todos os meios possíveis para buscar elementos, especialmente a confissão, aptos a confirmarem a sua própria hipótese acusatória.

O acusado, portanto, não tinha poder de autodeterminação, sendo privado de qualquer tipo de direito ou garantia. Aos olhos da Inquisição, ele era considerado mero objeto de prova e, com a confissão, poder-se-ia alcançar a solução do processo.

³⁰ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, p. 102.

³¹ A título de curiosidade, a tortura já era utilizada anteriormente nas civilizações clássicas e no direito comum. Na Inquisição, ela foi autorizada por Inocêncio IV, em 1252, na Bula *Ad extirpanda*.

³² João Claudio Couceiro ainda alerta que, nos casos em que a absolvição não era unânime – ou seja, ainda restava algum tipo de dúvida sobre a inocência –, o acusado era obrigado a prestar um juramento chamado de “purgação canônica”, em conjunto com pessoas escolhidas por católicos de confiança, as quais deveriam confirmar (ou não) a absolvição. Caso não houvesse confirmação, o suspeito era excomungado e tinha um ano para comprovar o descabimento da medida. Passado esse tempo, caso não obtivesse êxito, era considerado herege e condenado à pena prevista” (*A garantia constitucional do direito ao silêncio*, p. 48).

³³ TEDESCO, Ignacio F. La libertad de declaracion del imputado: una análisis histórico-comparada. In: HENDLER, Edmundo D. (comp.). *Las garantías penales y procesuales: enfoque histórico-comparado*, p. 35.

³⁴ COUCEIRO, João Claudio. *Op. Cit.*, p. 43.

³⁵ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Op. Cit.*, p. 103.

Gustavo Badaró assim resume as características marcantes do sistema do tipo inquisitório que reinava no direito canônico:

Já no processo inquisitório, as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, isto é, um inquisidor. O réu não é parte, mas um objeto do processo. A ação iniciava-se *ex officio*, por ato do juiz. Em tal processo não havia contraditório que não seria nem concebível devido à falta de contraposição entre acusação e defesa. Excluída a dialética entre acusação e defesa, a investigação cabia unilateralmente ao inquisidor. Inconcebível, em tal sistema, a existência de uma relação jurídico-processual. O processo normalmente era escrito e secreto. No campo probatório, que se liga diretamente ao princípio em análise, no sistema inquisitório, havia a intervenção *ex officio* do juiz, que verdadeiramente se identificava com o acusador. O juiz inquisidor tinha liberdade de colher provas, independentemente de sua proposição pela acusação ou pelo acusado. O acusado, normalmente, permanecia preso durante o processo. Na busca pela verdade material, frequentemente o acusado era torturado para que se alcançasse a confissão. Em suma, o sistema inquisitório baseia-se em um princípio de autoridade, segundo o qual a verdade é tanto melhor acertada, quanto maiores forem os poderes conferidos ao investigador.³⁶

O processo inquisitório adotado pelo direito canônico, como se vê, é incompatível com um Estado Democrático de Direito e impossibilita o desenvolvimento de direitos e garantias inerentes ao acusado, que não é considerado sujeito de direitos. Em uma conjuntura na qual o juiz é parcial, o objetivo do processo é a condenação, o acusado presta juramento e é obrigado a falar, sob pena de ser torturado, não se mostra possível o desenvolvimento de nenhum tipo de direito ou garantia processual, incluindo a garantia à não autoincriminação. Não é por acaso que o período que caracterizou a Idade Média ficou conhecido como “idade das trevas”.

1.1.2 Idade Moderna – Iluminismo e sua relação com o processo penal do tipo acusatório

Diante do exposto na seção anterior, é plausível perguntar qual a razão de se dedicar atenção à Idade Média – especialmente marcada pela Inquisição e, conseqüentemente, pelo processo penal do tipo inquisitório –, um “período de trevas” que não favoreceu o desenvolvimento do princípio *nemo tenetur se detegere*. A resposta é simples: apesar da realidade perversa desse período histórico, a Inquisição foi fundamental para forçar mudanças em relação ao antigo regime e permitir o desenvolvimento de garantias processuais.

³⁶ BADARÓ, Gustavo H. R. I. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 105.

A intolerância religiosa e os abusos da monarquia absolutista – refletidos no campo do processo penal pela objetificação do acusado e, com isso, pela falta de garantias efetivas à defesa – foram criando um crescente sentimento de indignação e de revolta na Europa³⁷. Passou-se a questionar, por exemplo, a finalidade do processo penal, o papel do acusado, os métodos investigatórios utilizados, o papel instrutório do juiz e outros. Especialmente devido às discussões sobre a figura do réu dentro da persecução, desenvolveu-se grande preocupação em relação às garantias processuais, entre elas, a garantia contra a autoincriminação³⁸.

Claudia Nicolazzi comenta que a partir da segunda metade do século XVIII, filósofos, moralistas e juristas começaram a mobilizar-se para remover as velhas concepções arbitrárias dos Estados Absolutistas e conseqüentemente da Inquisição – uma vez que ambos estavam diretamente ligados. Na esteira dessa movimentação surgiram ideias censurando as legislações penal e processual penal até então em vigor e, *a contrario sensu*, passou-se a defender a imposição de liberdades individuais, como a dignidade da pessoa humana³⁹.

Apesar de considerada “idade das trevas”, a Idade Média – marcada fortemente pelo direito canônico – foi fundamental para que grande parte da sociedade europeia clamasse por mudanças e, com isso, possibilitasse o surgimento de novas teorias, compatíveis com o desenvolvimento das garantias processuais⁴⁰. Esse período foi chamado de Iluminismo.

Marcelo Schirmer Albuquerque disserta a respeito:

Ao longo dos séculos XVII e XVIII, o iluminismo, sustentado nos baluartes do humanismo e do racionalismo, apresentou-se como a reação ao modelo precedente, representando a gênese do Estado de direito que ‘nasce de uma contínua e progressiva erosão do poder absoluto do rei e, em períodos históricos de crise mais aguda, de uma ruptura revolucionária’.⁴¹

³⁷ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, p. 48.

³⁸ Segundo João Claudio Couceiro, a perseguição religiosa e a falta de garantias efetivas à defesa foram criando um clima de indignação e revolta na Europa que levou a um procedimento de mudanças (*Loc. Cit.*).

³⁹ DELPIZZO, Cláudia Nicolazzi Medeiros da Cunha. *O direito ao silêncio e sua interpretação pelo Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2010, p. 18.

⁴⁰ Nas palavras de Marcelo Schirmer Albuquerque, “[...] é de automática conclusão que a consagração do *nemo tenetur se detegere* decorreu da necessidade política de se verem superados os abusos perpetrados pelo regime absolutista no campo processual penal” (*A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 23).

⁴¹ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *Loc. Cit.*

Para Maria Elisabeth Queijo, foi no Iluminismo que o princípio *nemo tenetur se detegere* se firmou⁴². Vittorio Grevi considera mérito dos pensadores iluministas a reação contra o tipo de processo anteriormente adotado, que colocava o acusado na posição de mero objeto de prova, causando uma reviravolta decisiva na maneira de entender o papel do imputado na persecução, que passou a ser tratado como sujeito de direitos⁴³.

Nessa época, contrapondo-se ao poder antes dado às monarquias absolutistas, o poder estatal passou a ser visto como um mal a ser combatido ou ao menos limitado⁴⁴. Concomitantemente, como afirma Norberto Bobbio, passou a ser reconhecida a existência dos direitos naturais⁴⁵, quando “se ergueram as garantias processuais como instrumentos de proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos então considerados naturais e que, durante mais de um milênio, foram ignorados pelos governantes”⁴⁶. O princípio *nemo tenetur se detegere*, vale dizer, figura entre essas garantias processuais.

Ao mesmo tempo, a tortura e o juramento, antes tão utilizados, começaram a ser combatidos à medida que se passou a defender que declarações autoincriminativas eram antinaturais. Além disso, a violência – de maneira geral, não só a tortura –, até então utilizada para fazer com que o acusado falasse, começou a ser reconhecida como imoral⁴⁷. Isso ocorreu justamente porque o réu já não era mais visto exclusivamente como objeto de prova⁴⁸.

Em 1642, Thomas Hobbes – apesar de ser considerado um teórico do despotismo esclarecido –, em sua obra intitulada “Do Cidadão”, afirmou ser inválido um pacto para acusar a si próprio⁴⁹. Posteriormente, em 1651, na obra “O Leviatã”, o autor defendeu de

⁴² QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir prova: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 31.

⁴³ GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*. Milano: Giuffrè, 1972, p. 8.

⁴⁴ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*, p. 24.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 99-111.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Ibid.*, p. 25.

⁴⁷ Segundo Vittorio Grevi, os temas da tortura e do juramento foram largamente tratados – e combatidos – pelo movimento iluminista. Nas palavras do autor, “Um dos argumentos mais incisivos apresentados pelo Iluminismo em seu combate contra os sistemas que adotavam a tortura e obrigavam o acusado a prestar juramento era, de fato, que, referindo-se ao caráter contra natural de cada declaração auto incriminadora, enfatizava a imoralidade das ferramentas utilizadas para forçar o acusado a se auto culpar [Tradução nossa]” (*Op. Cit.*, p. 9).

⁴⁸ QUEIJO, Maria Elisabeth. *Op. Cit.*, p. 32.

⁴⁹ “Da mesma forma, ninguém está obrigado, por pacto algum, a acusar a si mesmo, ou a qualquer outro, cuja eventual condenação vá tornar-lhe a vida amarga. Por isso, um pai não está obrigado a depor contra o filho, nem um marido contra a mulher, nem homem contra quem lhe proporciona sustento; pois é vão todo aquele testemunho que se supõe ser contra a natureza. Contudo, embora ninguém esteja obrigado por pacto nenhum a acusar-se, pode suceder que, num juízo público, ele seja forçado a responder mediante

maneira mais incisiva que nenhum homem deve ser obrigado a se autoacusar⁵⁰. Voltaire, em seu “Tratado da Tolerância” (1762) e Pietro Verri, no livro “Observações sobre a tortura” (1770), também criticaram os sistemas jurídicos autoritários e punitivistas vigentes⁵¹.

Dos autores iluministas, atribui-se maior destaque na seara processual penal a Cesare Beccaria, que na sua famosa obra “Dos Delitos e Das Penas” afirmou ser contrário ao uso da tortura e da obrigatoriedade de juramento nos interrogatórios de acusados⁵². De maneira geral, tal pensador declarou o seu repúdio a toda forma de procedimento criminal desumano, chegando a expressamente dizer ser um absurdo a obrigatoriedade de o homem acusar-se a si mesmo⁵³; também considerou antinatural o réu prestar juramento para dizer a verdade quando interrogado⁵⁴.

De maneira controvertida, no entanto, Cesare Beccaria se colocou a favor da punição – das mais graves, inclusive – do acusado que silenciasse obstinadamente durante o interrogatório, salvo se não houvesse dúvida de que era mesmo o autor do delito. Ou seja, a despeito de criticar o juramento, o autor mostrou-se contrário ao direito ao silêncio⁵⁵.

Vittorio Grevi alerta que, apesar dos avanços trazidos pelos autores iluministas sobre o tema da não autoincriminação, o desenvolvimento da garantia, especialmente quando se trata do direito silêncio, não ocorreu de maneira completa, tampouco unânime⁵⁶.

tortura. Tais respostas, porém, não constituem testemunho do fato em questão, mas apenas contribuições para se encontrar a verdade. Tanto faz que a pessoa sob tortura responda a verdade ou minta, ou mesmo que não diga nada – tudo o que ela fizer, ela tem o direito de fazer.” HOBBS, Thomas. *De cive*. Parte I, cap. II, n. 19. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 49.

⁵⁰ “Se alguém for interrogado pelo soberano ou por sua autoridade, relativamente a um crime que cometeu, não é obrigado (a não ser que receba garantia de perdão) a confessá-lo, porque nenhum homem, conforme mostrei no mesmo capítulo, pode ser obrigado por um acordo a acusar-se a si próprio.” HOBBS, 2002, p. 50 apud ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*, p. 28.

⁵¹ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, p. 52-53.

⁵² DARIVA, Paulo. Prova científica e o *nemo tenetur*. In: GIACOMOLLI, Nereu José; AZAMBUJA, Mariana (org.). *Processo penal contemporâneo em perspectiva*, Curitiba: IEA, 2015, p. 215-228.

⁵³ Nas palavras do autor: “Direi ainda que é monstruoso e absurdo exigir-se que um homem acuse-se a si mesmo, e procurar fazer nascer a verdade por meio de tormentos, como se essa verdade estivesse nos músculos e nas fibras do infeliz.” BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 38.

⁵⁴ Segundo Cesare Beccaria, os juramentos “se opõem aos sentimentos naturais do homem” (*Ibid.*, p. 39).

⁵⁵ BECCARIA, Cesare. *Loc. Cit.*

⁵⁶ No Iluminismo, percebe-se o duelo entre entendimentos favoráveis e contrários ao direito ao silêncio. Cesare Beccaria, como dito, entendia que o réu silente merecia ser punido, caso silenciasse em seu interrogatório. Posteriormente, no entanto, Filangieri defendeu a desnecessidade de o acusado silente confessar o crime, sendo vetado à autoridade judiciária obrigar a confissão nesses casos. Bentham, por sua vez, negava o direito ao silêncio, sob o argumento de que levaria à exclusão da confissão – prova mais fidedigna da verdade. Bonneville de Marsangy, apesar de chegar a admitir o direito ao silêncio,

Não obstante essa aparente falta de unidade completa de pensamento, os ideais iluministas acabaram por influenciar diversas legislações europeias – especialmente na França e na Itália –, apesar de algumas nações ainda se mostrarem contrárias, à época, a tais inovações⁵⁷.

Na Itália, por exemplo, segundo Ignácio Tedesco:

[...] na Lombardía, em 1768, proibiam-se as perguntas sugestivas, as ameaças e as promessas nos interrogatórios; em Piemonte, em 1770, era imposta obrigatoriamente a defesa; a pragmática napolitana de 1738 aboliu a tortura; na Toscana, em 1786, se proibiu a tortura e o juramento dos imputados [Tradução nossa].⁵⁸

A primeira grande vitória iluminista na seara processual penal ocorreu em território francês, em 1780, quando foi abolida a *question préparatoire* – tortura praticada contra o suspeito durante a investigação/instrução processual. Na sequência, em 1788, aboliu-se também a *question préalable* – tortura praticada após a condenação com o fim de fazer o acusado, já condenado, entregar o nome de eventuais cúmplices⁵⁹.

Ainda na França, em 1788, durante a convocação dos Estados Gerais, aprofundaram-se os debates em torno da abolição do juramento para os acusados e da proibição total e definitiva da tortura⁶⁰; da necessidade de haver um processo público; da instituição do Júri; e da reformulação da divisão de funções entre as partes processuais, devendo ser revistos principalmente os poderes instrutórios do juiz⁶¹.

No ano seguinte, logo após iniciada a Revolução Francesa⁶² – quando a burguesia se insurgiu de uma vez por todas contra a monarquia absolutista até então vigente –, houve a consagração dos direitos individuais e coletivos do homem, que culminou na elaboração

sustentava que o seu exercício deveria ser considerado causa agravante da pena. GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur se detegere*: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano, p. 17-18. Nesse mesmo sentido: SOUZA, Paulo Sérgio Ricardo de. *Temas de direito processual penal constitucional aplicado*. Niterói: Impetus, 2006, p. 74-75; QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 33.

⁵⁷ A Instrução Catarina II, da Rússia (1767), previa em seu cap. X, parágrafo 181 o seguinte: “aquele que, por obstinação ou por capricho, não responder as questões que lhe são feitas, em Juízo, deve ser punido”, o que foi seguido pelo Código de Delitos austríaco (1803) e pelo Código Penal do Cantão de Ticino, na Suíça (1816). COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito silêncio*, p. 53-54.

⁵⁸ TEDESCO, Ignacio F. La libertad de declaracion del imputado: una análisis histórico-comparada. In: HENDLER, Edmundo D. (Comp.). *Las garantías penales y procesuales: enfoque histórico-comparado*, p. 44.

⁵⁹ COUCEIRO, João Claudio. *Op. Cit.*, p. 54.

⁶⁰ TEDESCO, Ignacio F. *Op. Cit.*, p. 44.

⁶¹ COUCEIRO, João Claudio. *Op. Cit.*, p. 54.

⁶² Segundo Hegel, referido por Norberto Bobbio, “com a Revolução, iniciara-se uma nova época da história, com uma explícita referência à Declaração, cuja finalidade era, a seu ver, a meta inteiramente política de firmar os direitos naturais, o principal dos quais é a liberdade, seguido pela igualdade diante da lei, enquanto uma sua ulterior determinação” (*A era dos direitos*, p. 111).

da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”. Apesar de ser um importante documento para o reconhecimento dos direitos humanos fundamentais⁶³, o texto legal nada fala sobre direito à não autoincriminação, tampouco faz referência ao direito do acusado de ficar calado e de não se declarar culpado⁶⁴.

Ada Pellegrini Grinover comenta a influência da Revolução Francesa no processo penal:

Com a Revolução, o movimento de hostilidade contra o velho sistema teve impulso ainda maior e a Assembleia Constituinte de 1790 recolheu os conceitos liberais, pronunciando-se contra o sistema inquisitório no processo penal e contra as provas legais; consagrou-se o sistema do livre convencimento do juiz, cristalizado nas leis de 18 de janeiro de 1791 e de 29 de setembro do mesmo ano, cujo principal autor foi Duport.

Introduziu-se a assistência do advogado e sua presença para as testemunhas e as acareações, a publicidade das audiências – ainda que a instrução continuasse secreta, o juiz natural, os jurados etc.

Todavia, notam autores que, por ser a Revolução Francesa a que desfraldou os princípios da liberdade e da igualdade e que fez do jusnaturalismo sua religião, as inovações levadas para o campo do processo penal não foram tão significativas como poderiam; limitou-se ela a encampar ideias que já circulavam antes de sua eclosão, no que tange ao processo penal.⁶⁵

Percebe-se, assim, que a reação iluminista trouxe – ou voltou a introduzir – um processo penal do tipo acusatório, ou seja, um processo penal mais justo e imparcial, no qual o réu é visto como sujeito de direitos e não como mero objeto de provas, sendo vedada a utilização da tortura e combatido o emprego do juramento. Nesse sistema, o réu figura em pé de igualdade com a parte acusadora, que não participa do julgamento do caso – ou seja, há clara separação entre as funções de acusar, defender e julgar⁶⁶.

⁶³ Apesar de a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ser vista como importante documento para o reconhecimento dos direitos fundamentais, Norberto Bobbio chama a atenção para duas críticas recorrentes e opostas no que tange a tal Declaração: “[...] foi acusada de excessivamente abstrativada pelos reacionários e conservadores em geral; e de excessiva ligação com os interesses de uma classe particular, por Marx e pela esquerda em geral” (*A era dos direitos*, p. 111).

⁶⁴ Apesar disso, no mesmo ano, logo após a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, foi aprovada uma lei suprimindo o juramento do acusado (art. 12, Lei de 8-9.10.1789). COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito silêncio*, p. 54.

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, p. 38.

⁶⁶ Gustavo Badaró assim define as características do sistema acusatório: “O processo acusatório é essencialmente um processo de partes, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, e que apresenta um juiz sobreposto a ambas. Há uma nítida separação de funções que são atribuídas a pessoas distintas, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*, sendo informado pelo contraditório. E, além de suas características históricas de oralidade e publicidade, vigora, no processo acusatório, o princípio da presunção de inocência, permanecendo o acusado em liberdade até que seja proferida a sentença condenatória irrevogável. Ainda do ponto de vista histórico, o juiz não possuía qualquer iniciativa probatória, sendo um assistente passivo e imóvel a atividade das partes, a quem incumbia a atividade probatória. Além disso, outra característica do processo acusatório romano e do processo inglês é a natureza privada do acusador. Por fim, entre as características do sistema acusatório está o julgamento por um júri popular.” (*Ônus da prova no processo penal*, p. 103-104).

Gustavo Badaró, a propósito, resume o processo acusatório defendido pelo Iluminismo como “sinônimo de garantismo e defesa da liberdade do acusado”⁶⁷.

Em suma, a garantia contra a autoincriminação somente ganhou espaço para desenvolver-se em um processo do tipo acusatório, com as garantias de supressão da tortura, obrigatoriedade do juramento e defesa dos direitos do acusado em face da ingerência onipotente do Estado⁶⁸.

1.1.3 Experiência da *common law* e sua influência para o desenvolvimento do *privilege against self-incrimination*

1.1.3.1 Inglaterra

Apesar de o sistema acusatório ser reconhecido como berço da garantia contra a autoincriminação, para uma parcela da doutrina “as origens do direito contra a autoincriminação estão na Inglaterra”⁶⁹, sob a fórmula do *privilege against self-incrimination*.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover, a garantia à não autoincriminação “nasceu no sistema inglês sob a fórmula do *privilege against self-incrimination* e foi solenemente afirmado no Estatuto de Carlos I, em 1641, embora já invocado no século XVI, em oposição ao instituto do juramento”⁷⁰.

É importante lembrar, não obstante, que a Inquisição, como instituição organizada – que marcou um longo período da história europeia e foi crucial para suscitar a necessidade de mudanças no sistema processual penal, abrindo, assim, espaço para o desenvolvimento de garantias como o *nemo tenetur se detegere* – não se implementou na Inglaterra. Tanto foi assim que, em 1215, os nobres – a fim de limitar o poder real – impuseram a criação da

⁶⁷ BADARÓ, Gustavo H. R.I. *Ônus da prova no processo penal*, p. 108.

⁶⁸ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, p. 103. Nesse mesmo sentido: “Parece-nos bastante evidente que o princípio em análise é próprio de um sistema acusatório e democrático, em que há, ao menos em tese, separação entre acusação, defesa e julgador, e são respeitados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. A isenção do julgador, a paridade de armas, a igualdade entre as partes, a livre apresentação de provas e a liberdade de atuação da defesa técnica são elementos indispensáveis para a efetiva existência de um direito de não produção de provas autoincriminatórias, em que a recusa em colaborar com a acusação ou o silêncio do acusado não sejam interpretadas em seu desfavor.” DARIVA, Paulo. Prova científica e o *nemo tenetur*. In: GIACOMOLLI, Nereu José; AZAMBUJA, Mariana (org.). *Processo penal contemporâneo em perspectiva*, p. 216-217.

⁶⁹ ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Mármora. O direito ao silêncio: evolução histórica. Do talmud aos pactos e declarações internacionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 48, jul-set, 2004, p. 134-135.

⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, p. 99.

Magna Carta, que previa algumas importantes garantias, como assegurar que a punição ao homem deveria ser imposta por um julgamento realizado por seus pares, por meio do *law of the land*. Desse modo, ali se desenvolveu um procedimento criminal com características próprias: o Tribunal do Júri⁷¹.

No mesmo ano de 1215, o 4^a Concílio de Latrão aboliu o julgamento por ordálias e duelos, até então largamente difundido e utilizado pelas cortes inglesas, fazendo com que novos métodos de solução de conflitos tivessem que ser buscados⁷².

A evolução da garantia contra a autoincriminação na Inglaterra ocorreu de maneira peculiar em relação ao restante da Europa. Nessa época, existiam na Inglaterra dois tipos diferentes de órgãos julgadores: as cortes eclesiásticas e as cortes de *common law*. As primeiras cortes tinham membros do clero como julgadores e eram responsáveis por apurar não só ofensas religiosas (heresia, sacrilégio, bruxaria, entre outros) mas também “pecados da carne” como fornicação, adultério e outros atos considerados pecaminosos como usura e bebedeira⁷³. O sistema processual adotado era do tipo inquisitorial⁷⁴. As cortes eclesiásticas analisavam demandas de cunho religioso e também as relacionadas a pessoas leigas ou a assuntos ordinários. Por sua vez, as cortes de *common law* adotavam o julgamento pelo Tribunal do Júri e o sistema processual era do tipo acusatório⁷⁵.

Gregory W. O’Reilly, sobre o tema, afirma que “o desenvolvimento do direito ao silêncio na Inglaterra [...] estava intimamente ligado à grande batalha entre os sistemas rivais de procedimentos processuais penais – o sistema acusatório das cortes de *common law* e o sistema inquisitorial das cortes eclesiásticas [Tradução nossa]”⁷⁶.

Dos diferentes órgãos julgadores do país existentes à época e que compunham as cortes eclesiásticas e de *common law*, dois merecem especial atenção: (i) *Court of High Commission*, tribunal eclesiástico que adotava o direito canônico e tinha como objetivo a punição dos hereges; e (ii) *Court of the Star Chamber*, corte real competente para o julgamento de outras questões além da heresia, e que apesar de adotar a *common law*

⁷¹ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, p. 63.

⁷² O’REILLY, Gregory W. England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Chicago, v. 85, n. 2, 1994, p. 410.

⁷³ O’REILLY, Gregory W. *Ibid.*, p. 408-409.

⁷⁴ ASSIS, Éder Pereira de. *Do conflito entre o direito à produção de provas e o direito a não autoincriminação: nemo tenetur se detegere* no tocante às intervenções corporais, p. 35.

⁷⁵ ASSIS, Éder Pereira de. *Loc. Cit.*

⁷⁶ O’REILLY, Gregory W. *Op. Cit.*, p. 407. Essa mesma conclusão é defendida por LEVY, Leonard Williams. *Origins of the Fifth Amendment: the right against self-incrimination*, p. 13-24.

mostrava traços marcantes do procedimento inquisitorial⁷⁷. Ambas as cortes eram marcadas por fins essencialmente políticos⁷⁸ e adotavam a obrigatoriedade tanto do juramento *ex officio* quanto do interrogatório inquisitorial⁷⁹. O objetivo era obter a confissão do acusado a qualquer custo – confissão esta sempre utilizada como base para a condenação⁸⁰. Como as práticas inquisitoriais eram a regra para os julgamentos pelas *Court of High Commission* e *Court of the Star Chamber*, não havia espaço para a garantia da não autoincriminação.

A partir do século XVI, iniciou-se uma oposição à obrigatoriedade do juramento e à utilização de métodos inquisitoriais fundamentada no *nemo tenetur prodere se ipsum*⁸¹.

Em 1525, William Tyndale⁸² traduziu para a língua inglesa e publicou, na Inglaterra, a primeira versão do novo testamento bíblico, destacando um comentário do trecho do capítulo de Matheus que condenava e se opunha aos juramentos. Em 1528, o autor publicou um tratado recriminando a adoção do juramento, sob a alegação de que tal prática era contrária à consciência do indivíduo⁸³.

Aqueles que fossem citados a responder a processos perante as cortes eclesiásticas ou outros tribunais que adotavam o sistema inquisitorial – como, por exemplo, a supracitada *Court of the Star Chamber* – poderiam manifestar sua recusa “a submeter-se a

⁷⁷ ASSIS, Éder Pereira de. *Do conflito entre o direito à produção de provas e o direito a não autoincriminação: nemo tenetur se detegere* no tocante às intervenções corporais, p. 36. Nesse mesmo sentido: O'REILLY, Gregory W. England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice, p. 108.

⁷⁸ TEDESCO, Ignacio F. *La libertad de declaración del imputado: una análisis histórico-comparada*. In: HENDLER, Edmundo D. (Comp.). *Las garantías penales y procesuales: enfoque histórico-comparado*, p. 35.

⁷⁹ Gregory W. O'Reilly comenta a utilização do juramento *ex officio* e do interrogatório inquisitorial pelas citadas cortes, deixando evidente que, com isso, era impossível o exercício do direito à não autoincriminação: “O novo método de investigação das cortes eclesiásticas era o juramento inquisitivo, a partir do qual buscava-se obter a confissão do suspeito para utilização como o principal elemento de prova. De acordo com o professor Levy, esse método surgiu do procedimento inquisitorial. Tal procedimento era baseado no interrogatório dos suspeitos sob juramento [...]. Se eles [suspeitos] não fizessem o juramento, eles poderiam ser considerados réus culpados *pro confesso*, como se tivessem confessado, ou poderiam ser presos por desacato. Em alguns casos, os suspeitos enfrentavam a ameaça de prisão perpétua se permanecessem em silêncio [Tradução nossa].” (*Origins of the Fifth Amendment: the right against self-incrimination*, p. 410-411).

⁸⁰ LANGBEIN, John H. The historical origins of the privilege against self-incrimination at Common Law. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 92, p. 1047-1085, 1994, p. 1051.

⁸¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 38.

⁸² William Tyndale, sacerdote e acadêmico inglês, mestre em Artes pela Universidade de Oxford, traduziu a Bíblia para uma versão inicial do moderno inglês. LACERDA, Carolina. *William Tyndale – Série Reformadores*, 29 set. 2017. Disponível em: <http://www.euvosescrevi.com.br/william-tyndale/>. Acesso em: 1º jul. 2018.

⁸³ O'REILLY, Gregory W. *England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice*, p. 412.

juramento *ex officio* e utilizar o *writ* de proibição e o *habeas corpus*, socorrendo-se das cortes de *common law*”⁸⁴.

Em 1568, o juiz Dreyer, presidente da *Court of Common Pleas*⁸⁵, concedeu ordem de *habeas corpus* para libertação de um prisioneiro que havia sido obrigado a prestar juramento, sob o argumento de que nenhum homem poderia ser forçado a produzir evidências contra si mesmo. Como justificativa, o magistrado utilizou expressamente a máxima *nemo tenetur se ipsum prodere*⁸⁶.

O sucessor de Dreyer, o juiz Edward Coke, também travou batalhas judiciais contra o juramento *ex officio* e, em consequência, em defesa da garantia à não autoincriminação⁸⁷.

Em 1607, no caso *Maunsell & Ladd* – considerado por alguns doutrinadores como o *leading-case* em relação à vedação à autoincriminação –, apesar de confirmados, por três votos a dois, os poderes de prender e de interrogar da *Court of High Commission*, os advogados que participaram do julgamento destacaram expressamente que as perguntas autoincriminatórias dirigidas aos acusados violavam o direito natural, a Magna Carta e os estatutos ingleses⁸⁸.

O julgamento crucial nessa batalha – chamado por Gregory W. O’Reilly de “divisor de águas no conflito entre a Coroa inglesa⁸⁹ e os apoiadores da *common law* [Tradução nossa]”⁹⁰ – foi o caso do Sr. John Lilbure, preso por importar e editar livros considerados heréticos. Em 1637, o acusado foi levado a julgamento perante a *Court of the Star Chamber* e, na oportunidade, recusou-se a prestar juramento e a responder às perguntas a

⁸⁴ A autora ainda explica que o *writ* de proibição e o *habeas corpus* eram utilizados como ferramentas das cortes de *common law* para intervenção nos julgamentos eclesiásticos. O primeiro garantia que o réu não fosse submetido a julgamento perante certa corte. O segundo contrapunha-se ao poder da *Court of High Commission* de decretar prisões. QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal* p. 38.

⁸⁵ Corte de *common law*.

⁸⁶ TEDESCO, Ignacio F. La libertad de declaracion del imputado: una análisis histórico-comparada. In: HENDLER, Edmundo D. (Comp.). *Las garantías penales y processuales: enfoque histórico-comparado*, p. 37.

⁸⁷ TEDESCO, Ignacio F. *Loc. Cit.* Nesse mesmo sentido: O’REILLY, Gregory W. *England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice*, p. 416-417.

⁸⁸ ASSIS, E. P. de. *Do conflito entre o direito à produção de provas e o direito a não autoincriminação: nemo tenetur se detegere* no tocante às intervenções corporais, p. 36. Também nesse sentido: QUEIJO, Maria Elizabeth. *Op. Cit.*, p. 39.

⁸⁹ Aqui, é importante lembrar que assuntos eclesiásticos viraram assuntos de Estado, quando o rei Henry VIII fundou a Igreja Anglicana e nomeou a si próprio como líder da instituição religiosa, negando, assim, a autoridade do Vaticano. Logo, a Coroa passou a ter poder absoluto sobre todas as questões religiosas.

⁹⁰ O’REILLY, Gregory W. *England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice*, p. 412.

ele direcionadas⁹¹. Devido à sua recusa, foi torturado e penalizado. Indignado, em 03.11.1640, Lilbune apresentou reclamação ao Parlamento e, no ano seguinte, a Câmara dos Comuns declarou ilegal a sentença decretada em seu desfavor. Mais tarde, em 1645, a Câmara dos Lordes decidiu seguir a mesma linha e determinou que a sentença em questão, por ser ilegal, fosse anulada.

Como afirma Carlos Henrique Borlido Haddad⁹², no século XVII, “o combate entre o juramento e o direito ao silêncio tornou-se a luta entre o Parlamento e os tribunais de *common law* contra a Coroa⁹³”. Foi assim que, em 1641, após entender como ilegal a sentença aplicada em face do Sr. John Lilbune pela *Court of the Star Chamber*, o Parlamento aboliu esta última e a *Court of High Comission*. Nesse mesmo ano, por meio do Estatuto de Carlos I, impediu-se o uso de juramento em julgamentos criminais⁹⁴.

Gregory W. O’Reilly comenta que com a eliminação dos mecanismos inquisitoriais utilizados pelas cortes eclesiásticas e pela Coroa, os tribunais de *common law* passaram a dominar o sistema de justiça criminal inglês e, com isso, o sistema processual caminhou para o modelo acusatório descrito linhas atrás, possibilitando, então, o desenvolvimento do “*privilege against self-incrimination*”⁹⁵.

⁹¹ Ao recusar-se a prestar o juramento, John Lilburne afirmou que este era “um pecaminoso e ilícito juramento [...] contrário à prática do próprio Cristo [...] contrário à lei da natureza, porque esta tende a se auto preservar [Tradução nossa]”. TEDESCO, Ignacio F. La libertad de declaracion del imputado: una análisis histórico-comparada. P. 37.

⁹² HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, p. 109.

⁹³ Nessa época, tendo em vista a Reforma Anglicana, Coroa e Igreja (poder real e poder religioso) eram praticamente sinônimos.

⁹⁴ DELPIZZO, Cláudia Nicolazzi Medeiros da Cunha. *O direito ao silêncio e sua interpretação pelo Superior Tribunal de Justiça*, p. 20.

⁹⁵ O’REILLY, Gregory W. *England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice*, p. 418. Nesse mesmo sentido, Levy Leonard Williams defende que o princípio contra a autoincriminação firmou-se a partir de 1640, passando, assim, a ser reconhecido na *common law*, no fim do século XVII (*Origins of the Fifth Amendment: the right against self-incrimination*, p. 1055). Richard H. Helmholtz, em artigo datado de 1990, discorda da posição adotada por Levy Leonard Williams, segundo a qual a origem do *nemo tenetur se detegere*, na Inglaterra, advém da briga travada entre as cortes de *common law* e as cortes eclesiásticas com a prevalência das primeiras, no século XVII. Para aquele estudioso, o princípio é fruto do *Ius Commune*, pois anos antes, nas cortes eclesiásticas inglesas, defensores já se utilizavam de bases do *Ius Commune* para se oporem ao juramento *ex officio*. Ainda, segundo o seu relato: “Os primeiros anos de sua história somente podem ser entendidos por completo através do exame das leis romanas e canônicas contemporâneas, como entendido nos séculos dezesseis e dezessete. Estas duas fontes do direito europeu foram combinadas na maioria dos aspectos da prática jurídica nos países do continente e eram conhecidas como o *ius commune*. Este *ius commune* era regularmente aplicado nas cortes de prerrogativas e nas cortes eclesiásticas. Foi nestas cortes, e não nas cortes de *common law*, que o *privilege against self-incrimination* foi primeiramente utilizado na prática jurídica inglesa. O *ius commune* em si continha uma regra contra autoincriminação forçada, e a declaração mais antiga do privilégio, na vida jurídica da Inglaterra, surgiu desta fonte continental e não de usos imemoriais na *common law* [Tradução nossa]” (*Origins of the privilege against self-incrimination: the role of the European ius commune. New York University Law Review*, New York, v. 65, 1990, p. 964).

Nas palavras de John Wigmore, após 1640:

[...] começou a ser clamado que nenhum homem é obrigado a se incriminar em relação a nenhuma imputação (não importa o quão corretamente instituída) e em nenhum tribunal (não somente nas cortes eclesiásticas ou nos tribunais da Start Chamber). Então, a demanda começou a ser concedida pelos juízes, mesmo em ocasiões de grande excitação partidária. No fim do reinado de Charles II [em 1685], não havia mais nenhuma dúvida, em nenhum tribunal [Tradução nossa].⁹⁶

John H. Langbein, no entanto, defende que o direito contra a autoincriminação não se firmou no direito inglês no século XVII, mas anos depois, com a crescente participação dos advogados de defesa no processo criminal e com o desenvolvimento do procedimento criminal adversarial, na segunda metade do século XVIII – em oposição ao procedimento do *accused speaks*, até então em vigor⁹⁷.

De maneira resumida, o autor explica que no século XVI era proibida a defesa técnica nos julgamentos criminais. O acusado é quem deveria falar para se defender, exercendo, assim, a sua autodefesa, pois era vedada a participação de defensores⁹⁸. Nesse cenário, “[...] a recusa do suspeito de responder às evidências incriminadoras contra ele apresentadas teria sido um ato suicida [Tradução nossa]”⁹⁹, uma vez que, não havendo advogados de defesa, o silêncio do réu significava que absolutamente nenhuma palavra seria proferida em seu favor¹⁰⁰.

Percebe-se, então, que o direito do acusado não era o de silenciar, mas sim o de poder falar para se defender, pois se assim não o fizesse nenhuma outra pessoa o faria¹⁰¹. Este era o “*accused speaks trial*” – “[...] o julgamento no qual o objetivo era providenciar

⁹⁶ Apud LANGBEIN, John H. The historical origins of the privilege against self-incrimination at Common Law. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 92, p. 1047-1085, 1994, p. 1076.

⁹⁷ LANGBEIN, John H. The historical origins of the privilege against self-incrimination at Common Law, p. 1047-1048.

⁹⁸ Uma das justificativas invocadas para proibição da participação dos advogados de defesa nos julgamentos era a de que se o acusado fosse realmente inocente, ele seria tão eficiente e convincente em sua defesa quanto o seu próprio advogado. Caso fosse culpado, isso ficaria claro enquanto falasse, não devendo a sua culpa ser mascarada pela fala de um terceiro – no caso, o defensor. LANGBEIN, John H. *Ibid.*, p. 1052. Carlos Henrique Borlido Haddad traz ainda uma segunda justificativa segundo a qual era proibida a participação do advogado, pois se entendia que o próprio tribunal – ou seja, o órgão julgador – já funcionava como “patrono do réu, suprimindo as deficiências da defesa (*the court as counsel*)” (*Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, p. 111).

⁹⁹ LANGBEIN, John H. *Op. Cit.*, p. 1048.

¹⁰⁰ O autor vai além e enaltece que: “O *privilege against self-incrimination* é a criação da advocacia de defesa. O privilégio não podia emergir enquanto a corte exigisse que o acusado conduzisse sua própria defesa. No julgamento ‘*accused speaks*’, no início do período moderno, a função do testemunho foi mesclada com a função defensiva. O direito de permanecer calado quando ninguém mais podia falar em sua defesa significava simplesmente o direito de cortarem sua garganta e não é nenhum mistério, portanto, que os acusados não se entusiasmavam em utilizar tal privilégio [Tradução nossa]” LANGBEIN, John H. *Ibid.*, p. 1054.

¹⁰¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 40.

ao acusado a oportunidade de contraditar a hipótese acusatória [Tradução nossa]”¹⁰². Além disso, havia obstáculos à produção da prova testemunhal defensiva, uma vez que o acusado não tinha direito à intimação das suas testemunhas que eventualmente não comparecessem em juízo, assim como a declaração daquelas que compareciam não eram tomadas sob juramento¹⁰³.

Logo, até o fim do século XVII, na maioria dos processos criminais, alguém defender-se significava responder pessoalmente à acusação. Consequentemente, enquanto essa situação perdurou, não havia que se falar em *privilege against self-incrimination*.

A proibição de o acusado ser assistido por um advogado foi flexibilizando-se, no período de 1696 até aproximadamente 1837. Primeiramente, em 1696, por meio do *Treason Act*, permitiu-se a atuação de defensores e garantiu-se ao acusado acesso aos termos da imputação formulada contra si, além de impor-se o juramento para as testemunhas de defesa¹⁰⁴. Tudo isso, no entanto, somente era aplicado em julgamentos de crimes de traição, que eram raros¹⁰⁵. Logo, apesar da nova previsão legal, as defesas por advogados continuaram quantitativamente insignificantes¹⁰⁶. Só em 1730 é que a participação dos advogados de defesa foi estendida também aos julgamentos de crimes comuns e, com isso, a expectativa de que o réu falasse para se defender foi diminuindo. O processo que antes buscava a participação ativa do acusado (“*accused speaks trial*”) passou a ter o intuito de que os advogados de defesa testassem – e comprovassem ou não – a acusação imposta (“*testing the prosecution trial*”)¹⁰⁷. Essa é a razão de John H. Langebin afirmar que a atuação dos advogados de defesa acabou com o modelo *accused speaks trial* e, com isso, o *privilege against self-incrimination* pôde desenvolver-se, sendo esta, portanto, a origem da garantia contra a autoincriminação no direito inglês¹⁰⁸.

Não obstante, mesmo com a flexibilização da proibição da atuação dos advogados de defesa desde a metade do século XVII, os juízes ainda tentavam alternativas para pressionar o imputado a falar. Inicialmente, permitiu-se que o defensor participasse da inquirição das testemunhas e do *cross-examination*, mas não que falasse para o júri – tarefa

¹⁰² LANGBEIN, John H. The historical origins of the privilege against self-incrimination at Common Law, p. 1049.

¹⁰³ QUEIJO, Maria Elizabeth. Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 40.

¹⁰⁴ LANGBEIN, John H. *Op. Cit.* p. 1056.

¹⁰⁵ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, p. 111.

¹⁰⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Op. Cit.*, p. 41.

¹⁰⁷ LANGBEIN, John H. *Op. Cit.*, p. 1068-1069.

¹⁰⁸ LANGBEIN, John H. *Ibid.*, p. 1069.

que continuou exclusiva do réu até a vigência da legislação de 1836¹⁰⁹. Logo, “somente a partir desse marco o processo penal inglês transformou-se do *accused speaks* para o moderno *testing the prosecution* [...] e pôde, enfim, o direito ao silêncio deslancar como garantia assegurada ao acusado em todos os procedimentos criminais”¹¹⁰.

Aliada à atuação mais concreta dos advogados de defesa, no fim do século XVIII e início do século XIX, tem-se a consagração do princípio da presunção de inocência, o que também auxiliou na consolidação do privilégio contra a autoincriminação, pois com a implementação do *standard* probatório, “além da dúvida razoável”, os defensores passaram a ter mais coragem de incentivar o acusado a ficar em silêncio, forçando a acusação a formular sua imputação com base em outras provas¹¹¹.

Outras importantes mudanças relacionadas ao processo penal que ocorreram nessa época e facilitaram o desenvolvimento do *privilege* foram (i) o desenvolvimento de regras de exclusão de provas – fez com que os advogados conseguissem limitar o acervo probatório do caso e, assim, restringir os fatos/elementos sobre os quais o acusado deveria responder¹¹²; e (ii) a restrição dos poderes instrutórios do juiz, devendo o magistrado cada vez mais “permanecer quase que um estranho ao que estava acontecendo [...], limitando-se a tomar notas e a resumi-las ao júri ao final do julgamento [Tradução nossa]”¹¹³.

Percebe-se, assim, que a abolição da *Court of Star Chamber* e da *Court of High Commission* e o combate ao juramento *ex officio* e às práticas inquisitoriais, antes aplicadas em certas cortes inglesas, foram essenciais para o desenvolvimento do *privilege against self-incrimination* no âmbito do direito anglo-saxão. No entanto, essa ideia somente teve significado e aplicação concreta nas cortes de *common law* – que adotavam o processo penal do tipo acusatório –, a partir da concretização da atuação dos advogados de defesa, ou seja, a partir da substituição da autodefesa pela defesa técnica, depois da metade do século XVIII.

Em 1848, o Jervis’s Act passou a determinar que o acusado fosse alertado sobre o seu direito de permanecer em silêncio durante a fase do pré-julgamento (“*pretrial*”). No

¹⁰⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 41-42.

¹¹⁰ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, p. 112.

¹¹¹ LANGBEIN, John H. The historical origins of the privilege against self-incrimination at Common Law, p. 1070.

¹¹² LANGBEIN, John H. *Loc. Cit.*

¹¹³ LANGBEIN, John H. *Ibid.*, p. 1071.

século XIX, o *privilege against self-incrimination* efetivou-se como direito ao silêncio concedido a acusados e testemunhas¹¹⁴.

Com o intuito de esclarecer os contornos objetivos e dar uma maior definição da garantia, três fórmulas processuais foram criadas¹¹⁵: (i) *witness privilege*¹¹⁶; (ii) *confession rule*¹¹⁷; e (iii) *desqualification for interest*¹¹⁸. Apesar da previsão dessas três fórmulas, o limite entre elas era incerto e prejudicava a aplicação da garantia – problema solucionado apenas por ocasião do julgamento do caso *Garbett*, em 1847, o qual “resolveu os problemas de limites entre a *confession rule* e o *witness privilege*”, ao estender a regra de exclusão de confissões obtidas por meio de coação também às testemunhas¹¹⁹.

Finalmente, em 1898, o *Criminal Evidence Act* reconheceu o direito ao silêncio, mas deu ao réu a faculdade de depor como testemunha. Nesse caso, ele ainda seria obrigado a fazer o juramento de dizer a verdade. Essa regra acabou “por tirar valor às declarações prestadas informalmente, lançando suspeitas sob o réu que não utiliza a faculdade de depor como testemunha”¹²⁰.

1.1.3.2 Estados Unidos da América

Maria Elisabeth Queijo conta que no século XVII também predominou nas colônias norte-americanas o procedimento do tipo *accused speaks*, que, como apontado

¹¹⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal, p. 47.

¹¹⁵ ASSIS, Éder Pereira de. *Do conflito entre o direito à produção de provas e o direito a não autoincriminação: nemo tenetur se detegere* no tocante às intervenções corporais, p. 38.

¹¹⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Op. Cit.*, p. 47. Esta regra aplicava-se às testemunhas e determinava que tinham o direito de recusar-se a depor sobre qualquer assunto de cunho autoincriminatório que pudesse expô-las à futura perseguição ou a algum risco de perda patrimonial. É importante notar que, aqui, não cabia à testemunha responder parcialmente às perguntas: ou silenciava durante toda a inquirição ou respondia a todas as indagações.

¹¹⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Loc. Cit.* Esta fórmula foi estabelecida no início do século XIX e era uma regra de exclusão que proibia a admissão, nos julgamentos, de confissões obtidas mediante coação, especialmente na fase do *pretrial*. O ponto principal é que se entendia ser o juramento uma espécie de coação; assim, o depoimento do acusado prestado sob juramento não poderia ser utilizado como prova contra ele. Caso, no entanto, o acusado prestasse informações de maneira espontânea, aí não deveria incidir a *confession rule*.

¹¹⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Ibid.*, p. 46-47. Esta regra era aplicada em processos cíveis e criminais e significava que “[...] a parte não poderia ser testemunha no seu próprio processo, por seu manifesto interesse. Não poderia ser ouvida sob juramento. Extraia-se dela que, conseqüentemente, a parte não poderia ser compelida a fornecer prova contra si mesma”.

¹¹⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Ibid.*, p. 48. Nesse mesmo sentido: ASSIS, Éder Pereira de. *Op. Cit.*, p. 38.

¹²⁰ DELPIZZO, Cláudia Nicolazzi Medeiros da Cunha. *O direito ao silêncio e sua interpretação pelo Superior Tribunal de Justiça*, p. 21.

anteriormente, não dava espaço para o desenvolvimento do direito à não autoincriminação¹²¹.

Em 1641, o Reverendo Nathaniel Ward, advogado puritano, foi responsável pela redação do *Massachusetts Body of Liberties*¹²², que em seu artigo 45 vedava a utilização da tortura para obtenção de confissão, destacando tratar-se de prática bárbara e desumana. Essa primeira previsão foi o embrião norte-americano da garantia contra a autoincriminação¹²³.

Na mesma época, crescia nas colônias norte-americanas o movimento pela autonomia em relação à Inglaterra. Em resposta, e na tentativa de conter a revolta dos colonos, o Almirantado¹²⁴ aumentou a repressão, o que somente gerou mais protestos.

Em 1760, a questão da autonomia ficou bastante latente e os colonos passaram a clamar, cada vez mais, pelos direitos que até então pertenciam somente aos ingleses, especialmente a liberdade¹²⁵. Aqui, além do clamor pela liberdade, a função do júri também foi exaltada¹²⁶.

Em razão disso, ao promulgarem suas Constituições, diversos estados norte-americanos cuidaram para que o texto constitucional fosse antecedido por uma declaração de direitos que previsse garantias processuais, declaração esta chamada de *bill of rights*. As Constituições estaduais que não possuíam um *bill of rights* tendiam, ao menos, a proteger o julgamento pelo júri¹²⁷.

O primeiro estado norte-americano a adotar uma previsão constitucional relacionada às garantias processuais foi Virgínia, em 12.06.1776. Na sessão 8ª da

¹²¹ A autora explica que não havia advogados para atuarem nas colônias até o final do século XVIII. Além disso, até 1702, as testemunhas de defesa não prestavam juramento para depor e, no *pretrial*, métodos inquisitoriais eram aplicados. Logo, o processo acabava dependendo da autoincriminação no *pretrial*. Tudo isso só reforçava a ideia de que não havia espaço para o desenvolvimento do princípio contra a autoincriminação. QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 42.

¹²² CONSTITUTION SOCIETY. *Massachusetts Body of Liberties*, 1641. Disponível em: <http://www.constitution.org/bcp/mabodlib.htm>. Acesso em: 1º maio 2018.

¹²³ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, p. 72.

Maria Elisabeth Queijo discorda da opinião do autor e defende que, apesar da previsão legal do *Massachusetts Body of Liberties*, “esse diploma estava distante de reconhecer o *privilege against self-incrimination*” (*Op. Cit.*, p. 43).

¹²⁴ Segundo João Claudio Couceiro, o Almirantado era uma corte de julgamentos instituída nas colônias norte-americanas que não respeitava princípios da *common law* já aplicados, na época, na Inglaterra. A título de exemplo, o Almirantado não se valia do tribunal do júri e aplicava o juramento *ex officio* – que já havia sido proibido na Inglaterra em 1641. Por conta disso, criou-se uma revolta contra esta Corte, assim como, anos antes, os ingleses haviam lutado contra as *Court of High Commission* e *Court of Star Chamber* (*Op. Cit.*, p. 73).

¹²⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Op. Cit.*, p. 44.

¹²⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Loc Cit.*

¹²⁷ COUCEIRO, João Claudio. *Op. Cit.*, p. 73.

Declaração de Direitos da Virgínia¹²⁸ ficou expressamente previsto o direito do acusado de não ser compelido a dar provas contra si mesmo.

Na sequência, as Declarações de Direitos de Delaware (sessão XV¹²⁹), Carolina do Norte (artigo 8^{o130}), Vermont (artigo 10¹³¹), Massachusetts (artigo 12¹³²), New Hampshire (artigo 15¹³³) e Pensilvânia (artigo 9^{o134}), por exemplo, também trouxeram previsões sobre o direito à não autoincriminação.

A Constituição Federal norte-americana, promulgada em 17.09.1787, não adotou uma “Declaração de Direitos”, fato que não foi aceito pela população. Como consequência, os estados passaram a sugerir emendas constitucionais a fim de suprir as lacunas deixadas pelo texto original¹³⁵. Foi assim que, finalmente, em 1791, foi editada a 5ª Emenda Constitucional, com garantia expressa contra a autoincriminação:

Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; **nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo**; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização [Tradução nossa, grifo nosso].¹³⁶

As garantias trazidas pelas dez primeiras emendas à Constituição norte-americana, inicialmente, tinham aplicação somente no âmbito da jurisdição federal. Em 1868, no entanto, a 14ª Emenda Constitucional inseriu na Magna Carta as cláusulas do devido processo legal e da igualdade perante a lei. As novas disposições, fruto da referida emenda

¹²⁸ CONSTITUTION SOCIETY. *The Virginia Declaration of Rights*. 1776. Disponível em: http://www.constitution.org/bcp/virg_dor.htm. Acesso em: 1º maio 2018.

¹²⁹ DELAWARE DECLARATION OF RIGHTS. *11 Sept. 1776*, Sources 338-340. Disponível em: http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/bill_of_rightss4.html. Acesso em: 1º maio 2018.

¹³⁰ NORTH CAROLINA RATIFYING CONVENTION. *Declaration of Rights and Other Amendments*. 1 Aug. 1788, Elliot 4: 242-46, 248-49. Disponível em: http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/bill_of_rightss10.html. Acesso em: 1º maio 2018.

¹³¹ CONSTITUTION OF THE STATE OF VERMONT. *As established July 9, 1793*, and amended through December 14, 2010. Disponível em: <https://legislature.vermont.gov/statutes/constitution-of-the-state-of-vermont/>. Acesso em: 1º maio 2018.

¹³² MASSACHUSETTS CONSTITUTION OF 1780, PT. 1. Handlin 442-48. Disponível em: http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/bill_of_rightss6.html. Acesso em: 1º maio 2018.

¹³³ NEW HAMPSHIRE STATE CONSTITUTION. *Bill of Rights*. Part 1. 1784. Disponível em: <https://www.nh.gov/glance/bill-of-rights.htm>. Acesso em: 1º maio 2018.

¹³⁴ PENNSYLVANIA CONSTITUTION OF 1776. *Declaration of Rights*. Thorpe 5:3082-84. Disponível em: http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/bill_of_rightss5.html. Acesso em: 1º maio 2018.

¹³⁵ SCHWARTZ, Bernard. *Os grandes direitos da humanidade*. Trad. A. B. Pinheiros de Lemos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979, p. 170.

¹³⁶ UNITED STATES. Senate. *Constitution of United States*. 1787. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 17 jul. 2018.

constitucional, permitiram o reconhecimento de que direitos e garantias aplicáveis à União poderiam ser aplicáveis também perante a jurisdição dos estados-membros da federação estadunidense¹³⁷.

Não obstante, como explica Thiago Bottino, apesar das supracitadas 5ª e 14ª emendas constitucionais datarem dos séculos XVIII e XIX, respectivamente, suas regras passaram a ser observadas e concretamente aplicadas somente na década de 1960¹³⁸, com a campanha pela igualdade dos direitos civis nos Estados Unidos da América, conhecida como *civil right movement*¹³⁹.

Em resumo, apesar da importante ponderação realizada pelo referido autor, a previsão constitucional estadunidense foi fundamental para a propagação do direito à não autoincriminação, uma vez que, como afirma Rogério Lauria Tucci, “o direito de permanecer calado, encartado entre os direitos fundamentais do indivíduo, tem sido, como tal, afirmado de modo mais enfático a partir da edição da 5ª Emenda à Constituição norte-americana, de 1971”¹⁴⁰.

1.1.4 Idade Contemporânea

De acordo com Rogério Lauria Tucci, “mais recentemente, as declarações supranacionais de direitos civis, políticos e humanos têm contemplado, expressamente, o direito de não autoincriminação e, conseqüentemente, ao silêncio”¹⁴¹.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas (ONU) firmou a Carta das Nações Unidas, que prevê, em seu preâmbulo, a “fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres”¹⁴².

¹³⁷ BOTTINO, Thiago. *A doutrina brasileira do direito ao silêncio – o STF e a conformação do sistema processual penal constitucional*. [s.d.], p. 54. Disponível em: <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-110.pdf>. Acesso em: 1º maio 2018.

¹³⁸ Como será brevemente ilustrado na seção 2.3 do presente trabalho, Theodmiro Dias Neto explica que os julgados da Suprema Corte norte-americana tiveram especial relevância, ao longo dos anos, na interpretação e na concretização da aplicação do direito à não autoincriminação, previsto na 5ª emenda constitucional (O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v. 19, p. 179-294, jul./set.1997, p. 13).

¹³⁹ BOTTINO, Thiago. *Op. Cit.*, p. 55.

¹⁴⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 299.

¹⁴¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Ibid.*, p. 301.

¹⁴² BRASIL. *Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de

Esse documento, como anota Sylvia Steiner, é considerado por muitos o primeiro diploma a incentivar e internacionalizar a proteção dos direitos humanos fundamentais, os quais, apesar de não definidos expressamente pela Carta, deixaram de ser tratados somente no âmbito interno de cada Estado, passando a fazer parte da agenda de interesse da comunidade internacional¹⁴³.

A valorização dos direitos fundamentais levou, em 1948, à elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Apesar de sua edição ser vista como uma vitória para solidificação dos direitos humanos internacionais¹⁴⁴, o texto não prevê expressamente o direito ao silêncio, fazendo referência somente à presunção de inocência no artigo 11, §1º¹⁴⁵.

Na sequência, ocorreram o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁴⁶ e a Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁴⁷. O primeiro, aprovado em 16 de dezembro de 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, entrou em vigor no cenário internacional somente em março de 1976. O segundo, assinado em 22 de novembro de 1969 em São José, na Costa Rica, vigorou, de fato, somente em 18 de julho de 1978.

Ambos os documentos preveem o “direito de [toda pessoa acusada de um delito] não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”¹⁴⁸, e a garantia da

junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 26 abr. 2018.

¹⁴³ STEINER, Sylvia Helena de F. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 34.

¹⁴⁴ Conforme Nereu José Giacomolli, a Declaração Universal dos Direitos Humanos trouxe um novo paradigma que influenciou outros diplomas, doutrina e jurisprudência internacionais. No campo do processo penal, a Declaração forneceu “[...] os paradigmas axiológicos e éticos, positivos e negativos da intervenção estatal criminal, com destaque aos direitos e às garantias dos arts. 3º a 21 (proibição da tortura, do tratamento e de castigos cruéis, desumanos ou degradantes; vedação da prisão arbitrária; direito de audiência, a um juiz imparcial e independente; direito a uma decisão fundamental; estado de inocência; julgamento público; garantia da defesa *v.g.*). Igualmente, assenta um norte hermenêutico com base na proteção dos direitos e das liberdades” (*O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 4).

¹⁴⁵ FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. Brasil. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 217 A III), 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 22 abr. 2018.

¹⁴⁶ BRASIL. *Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Diário Oficial, 7 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 6 maio 2018.

¹⁴⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 6 maio 2018.

¹⁴⁸ Artigo 8º, §2º, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos e artigo 14, §3º, g, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

presunção da inocência, ou seja, que “toda pessoa acusada de um delito tem o direito a que se presume a sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”¹⁴⁹.

Diferentemente, a Convenção Europeia de Direitos Humanos – assinada em Roma, em 1950 – não garante expressamente o direito à não autoincriminação ou o direito ao silêncio. A garantia, na verdade, está contida na ideia de processo justo e processo equitativo do artigo 6º, §1º, da Convenção, assunto que será abordado de maneira aprofundada no Capítulo 2 do presente trabalho.

A Carta Africana dos Direitos Humanos, de 27.07.1981¹⁵⁰, em seu artigo 7º, trata de uma série de garantias processuais – como, por exemplo, presunção de inocência, direito de defesa e prazo razoável para conclusão do processo – mas não menciona o direito à não autoincriminação ou o direito ao silêncio, especificamente. A mesma situação ocorre com o artigo 5º do Projeto de Carta de Direitos Humanos e dos Povos para o Mundo Árabe, de julho de 1971¹⁵¹.

O direito à não autoincriminação – na sua vertente relacionada ao direito ao silêncio – também apareceu em estatutos de Tribunais Penais Internacionais.

O Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (08.08.1945), em seu artigo 16, b, assim previa: “Durante qualquer exame ou julgamento de um suspeito, ele terá o direito de dar qualquer explicação em relação às imputações feitas contra si [Tradução nossa]”.¹⁵²

No caso do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia, o Estatuto¹⁵³ trouxe, em seu artigo 21, uma série de garantias processuais ao acusado, como o direito de “não ser obrigado a testemunhar contra si mesmo ou a confessar sua culpa [Tradução nossa]”¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Art. 8º, §2º, da Convenção Americana de Direitos Humanos e artigo 14, §2º, do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos.

¹⁵⁰ COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. 1979. Disponível em: <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>. Acesso em: 22 abr. 2018.

¹⁵¹ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito silêncio*, p. 92.

¹⁵² CONSTITUTION OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. Nuremberg Trial Proceedings. *Charter of the International Military Tribunal*, v. 1, 8 august 1945. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp#art16>. Acesso em: 22 abr. 2018.

¹⁵³ O Estatuto do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia foi estabelecido pela Resolução 827, do Conselho de Segurança da ONU, em 25.05.1993. O diploma legal ainda foi complementado por regras e regulamentos de procedimento e prova posteriores, que previam expressamente o direito ao silêncio.

¹⁵⁴ UNITED NATIONS. *Statute of The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. Disponível em: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf. Acesso em: 22 abr. 2018.

O Estatuto do Tribunal Internacional para Ruanda¹⁵⁵, ao contemplar regras e regulamentos de procedimento e de prova, segue a mesma linha do que aconteceu com a legislação do Tribunal para a ex-Iugoslávia.

Por fim, o Tribunal Penal Internacional, instituído pela Conferência de Roma de 17.07.1998¹⁵⁶, consigna em seu Estatuto algumas previsões legais relacionadas ao direito à não autoincriminação. Primeiramente, o artigo 55 trata dos “Direitos das Pessoas no Decurso do Inquérito” e prevê que “nenhuma pessoa poderá ser obrigada a depor contra si própria ou a declarar-se culpada”. O suspeito, antes de ser interrogado, deverá ser avisado sobre o seu direito de “guardar silêncio, sem que tal seja tido em consideração para efeitos de determinação da sua culpa ou inocência”. O artigo 67 discorre sobre os “Direitos do Acusado”, garantindo, na alínea “g”, que ele tem direito “a não ser obrigado a depor contra si próprio, a declarar-se culpado e a guardar silêncio, sem que isso seja levado em conta na determinação da sua culpa ou inocência”¹⁵⁷.

Portanto, do resgate histórico do princípio *nemo tenetur se detegere* aqui desenvolvido, tem-se que na Idade Média, quando predominava o processo do tipo inquisitório, o réu deveria cooperar com a persecução penal e a sua confissão era vista como rainha das provas, que devia ser obtida a qualquer custo, inclusive com o uso da tortura. O acusado era tido como mero objeto de provas e, portanto, não havia que se falar em qualquer tipo de direito e/ou garantia individual. Na Idade Moderna, especialmente com o Iluminismo, passou-se à adoção do processo penal do tipo acusatório, que atribuiu ao acusado a condição de sujeito de direitos e garantias, entre eles o direito de não se autoincriminar. Historicamente, outro ponto importante, resultado da experiência na *common law* para o reconhecimento do princípio *nemo tenetur se detegere*, foi a possibilidade de desenvolvimento da defesa técnica, por meio da constituição de advogados de defesa, pois, antes disso, era praticamente inviável ao acusado ficar em silêncio, uma vez que precisaria falar em sua própria defesa. Nos Estados Unidos da América, a garantia veio a se manifestar com o *privilege against self-incrimination* por ocasião da edição da 5ª emenda à Constituição norte-americana. Finalmente, na Idade

¹⁵⁵ UNITED NATIONS. *Statute of The International Tribunal for Rwanda*. 1994. Disponível em: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf. Acesso em: 22 abr. 2018.

¹⁵⁶ O Brasil ratificou o Estatuto de Roma em 20.07.2002 e o tratado foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 4.388, de 25.09.2002.

¹⁵⁷ BRASIL. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 22 abr. 2018.

Contemporânea, o princípio passou a ser previsto de maneira expressa ou ao menos implícita em diversos diplomas internacionais – como a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Europeia de Direitos Humanos –, bastante relacionado ao direito do acusado de não ser obrigado a depor contra si mesmo nem de declarar-se culpado.

1.2 CONTEÚDO E LIMITES DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Após analisar a evolução histórica do *nemo tenetur se detegere*, inclusive sua previsão contemporânea, Maria Elisabeth Queijo afirma que o princípio¹⁵⁸ tem sido considerado direito fundamental de primeira geração do indivíduo¹⁵⁹: o direito à não autoincriminação, “que assegura esfera de liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado”¹⁶⁰. Por estar ligado à liberdade individual, entende-se que, além de direito fundamental, o

¹⁵⁸ Não abordaremos neste trabalho as diferenças e discussões trazidas, por exemplo, por Esser entre princípio e norma, nem por Dworkin entre regras e princípios. ALEXY, Roberto. HECK, Luís Afonso. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 180). Partir-se-á da premissa, como ensinado por Maria Elisabeth Queijo, de que o *nemo tenetur se detegere* é um princípio e não uma regra (*O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 28).

¹⁵⁹ O fato de o princípio *nemo tenetur se detegere* manifestar-se com o direito fundamental do indivíduo contra a autoincriminação é largamente defendido pela doutrina: GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, p. 2; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 517; TUCCI, Rogerio Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal*, p. 299; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 210; QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 77; DARIVA, Paulo. Prova científica e o *nemo tenetur*, p. 216; SILVA, Sandra Oliveira e. O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, Porto, v. 10, jan./dez. 2013, p. 370; LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed., rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 346-347; FIORI, Ariane Trevisan. *A prova e a intervenção corporal: sua valoração no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 45; SANGUINÉ, Livia Maman. O direito de não produzir prova contra si mesmo no processo penal (*nemo tenetur se detegere*). *Ibccrim*, São Paulo, 2011 [Biblioteca Digital]. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/260-221-Abril-2011. Acesso em: 1º set. 2016.

¹⁶⁰ QUEIJO, Maria Elisabeth. *Op. Cit.*, p. 77.

princípio *nemo tenetur se detegere* também é considerado garantia¹⁶¹, em especial garantia da liberdade de autodeterminação¹⁶² do investigado/acusado¹⁶³.

Não se ignora a visão de Jorge Miranda, que diferencia direitos de garantias fundamentais quando afirma que os primeiros “representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjectivas”¹⁶⁴. E, seguindo essa linha, há quem afaste a dupla face do princípio *nemo tenetur se detegere* e defenda que ele somente apresenta “natureza jurídica de garantia – e não direito – fundamental”¹⁶⁵.

No presente trabalho não se considerará tal diferenciação ante a premissa, defendida pela primeira corrente doutrinária citada no parágrafo anterior, de que o princípio *nemo tenetur se detegere* apresenta dupla face: como garantia e/ou direito fundamental contra a autoincriminação¹⁶⁶, que resguarda “a liberdade moral do acusado para decidir, conscientemente, se coopera ou não com os órgãos de investigação e com a autoridade judiciária”¹⁶⁷.

Mas, qual é o conteúdo exato e a extensão do direito e/ou garantia do investigado/acusado de decidir se coopera ou não com a investigação ou com a instrução processual?

¹⁶¹ Sandra Oliveira e Silva enfatiza a dupla face do princípio *nemo tenetur se detegere* tanto como direito fundamental de liberdade quanto como garantia processual fundamental (O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, Porto, v. 10, jan./dez. 2013, p. 370). Nesse mesmo sentido, Teresa Armenta Deu destaca que o princípio *nemo tenetur se detegere* se manifesta tanto como direito quanto como garantia fundamental do gênero maior direito de defesa. Nas palavras da autora, “são duas faces da mesma moeda [Tradução nossa]” (*Lecciones de derecho processal penal*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 53).

¹⁶² QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 77. Nesse mesmo sentido: SILVA, Sandra Oliveira e. *Op. Cit.*, p. 370.

¹⁶³ Neste trabalho, adotar-se-á o entendimento de que a garantia e o direito à não autoincriminação são inerentes ao indivíduo – seja ele suspeito, investigado, indiciado, acusado etc. – e não só ao réu, durante o processo. Assim, ao longo da dissertação, o princípio *nemo tenetur se detegere*, a garantia e/ou o direito contra a autoincriminação serão referidos em relação ao investigado/acusado e a qualquer de seus respectivos sinônimos. Como explica Antônio Magalhães Gomes Filho, “a interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia [contra a autoincriminação] abrange toda e qualquer pessoa, pois diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão (art. 5º, inc. LVII, CF e, ainda, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8º, §2º), a prova de culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação” (*Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 113).

¹⁶⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998, t. iv, p. 88-92.

¹⁶⁵ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*, p. 35-36.

¹⁶⁶ Ao longo do presente trabalho, portanto, o princípio *nemo tenetur se detegere* poderá ser referido tanto como direito à não autoincriminação (ou contra a autoincriminação), quanto como garantia.

¹⁶⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Op. Cit.*, p. 50.

De acordo com o padrão evolutivo traçado na seção anterior, nota-se que a garantia contra a autoincriminação sempre esteve muito atrelada ao direito do acusado de falar ou não falar, especialmente no que tange à sua proteção no interrogatório. Acrescente-se que as previsões contemporâneas espalhadas pelos diversos diplomas legais supracitados muitas vezes atrelam o direito do acusado de não se autoincriminar ao direito ao silêncio. Será, no entanto, que o princípio *nemo tenetur se detegere* equivale e se resume ao direito ao silêncio ou ele vai além e possibilita que o investigado/acusado não participe de qualquer meio de prova ou de obtenção de prova distinto da colheita de seu depoimento, equivalendo a um direito absoluto de não produzir provas contra si mesmo?

Nas palavras de Maria Elizabeth Queijo, “literalmente, a expressão *nemo tenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a se descobrir”¹⁶⁸. Já Ionilton Pereira do Vale afirma que o significado literal da garantia é de “não produzir provas contra si mesmo”¹⁶⁹. Ambos os autores ainda lembram que tal garantia também é expressa como outras máximas latinas, entre elas, por exemplo: *nemo tenetur seipsum accusare* (ninguém está obrigado a se auto acusar), *nemo tenetur prodere seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem* (ninguém está obrigado a depor contra si próprio porque ninguém é obrigado a revelar a sua torpeza), *nemo tenetur podere se ipsum* (ninguém pode ser compelido a trair a si mesmo em público). No processo penal moderno, inserido no Estado Democrático de Direito, a máxima *nemo tenetur se ipsum accusare* é enunciada como “o direito de o imputado não ser obrigado a declarar contra si mesmo, a declarar-se culpado ou a ser testemunha contra si mesmo”¹⁷⁰.

Na tentativa de melhor definir os conceitos ora tratados, Joel Tovil diferencia “auto-acusação” da “produção de prova contra si mesmo”. De acordo com o doutrinador, o primeiro caso resume-se à “acusação feita pela pessoa contra si mesma” e o segundo “implica concorrer o imputado, ativa ou passivamente, no curso de investigação ou

¹⁶⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 28.

¹⁶⁹ VALE, Ionilton Pereira do. O direito ao silêncio no interrogatório no direito penal pátrio e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, v. 929, p. 419-458, mar. 2013.

¹⁷⁰ CORDOBA, Gabriela. *Nemo tenetur se ipsum accusare: princípio de pasividad*. In: BAIGUN, David (org.). *Estudios sobre justicia penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 279.

processo penal, na colheita de provas aptas a demonstrar que ele de fato praticou a infração penal de que é acusado”¹⁷¹.

De tais significados, extrai-se que o princípio *nemo tenetur se detegere* – incluindo qualquer de seus supracitados sinônimos e mesmo a ideia de proteção à “auto-acusação” e/ou à “produção de provas contra si mesmo” – apesar de relacionado ao direito ao silêncio¹⁷², não tende a resumir-se a este último.

Debruçando-se sobre a tentativa de solucionar a necessária distinção entre os institutos em questão, salvo raras exceções – como na opinião de Marcelo Schirmer Albuquerque, para quem não há diferenciação entre a garantia contra autoincriminação e o direito ao silêncio, sendo ambos um mesmo instituto¹⁷³ –, grande parte da doutrina assume que o princípio *nemo tenetur se detegere* não se resume ao direito ao silêncio ou ao direito de permanecer calado, sendo estes somente uma das vertentes da garantia contra a autoincriminação¹⁷⁴. Ou seja, o direito ao silêncio decorre do direito do acusado de não se autoincriminar¹⁷⁵, sendo aquele, portanto, espécie do gênero mais abrangente, qual seja: o princípio *nemo tenetur se detegere*¹⁷⁶.

Percebe-se, assim, não haver maiores dúvidas sobre o fato de que o direito ao silêncio – e, conseqüentemente, o direito do investigado/acusado de não ser obrigado a

¹⁷¹ TOVIL, J. A proteção contra a auto-acusação compulsória aplicada à persecução penal. In: LIMA, M. P.; ROBEIRO, B. de M. (coord.). *Estudos criminais em homenagem a Weber Martins Batista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 245.

¹⁷² Vânia Ramos Costa explica que muitas vezes o princípio *nemo tenetur se detegere* se confunde com o direito ao silêncio, pois “os seus conteúdos não são totalmente coincidentes, mas, por vezes, chegam a sobrepor-se” (Corpus Juris 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare* (parte I). *Revista do Ministério Público de Lisboa*, v. 27, n. 108, p. 125-149, out./dez. 2006, p. 132).

¹⁷³ Nas palavras do autor: “não há falar em dois institutos diversos, nem há, entre a garantia de não auto-incriminação e o direito ao silêncio, uma relação de gênero-espécie. Na verdade, existe um único instituto, qual seja a garantia de não auto-incriminação, sendo o silêncio reconhecido apenas como uma forma de exercitar a garantia plenamente” ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*, p. 3.

¹⁷⁴ DARIVA, Paulo. Prova científica e o *nemo tenetur*, p. 223.

¹⁷⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012, p. 264-265.

¹⁷⁶ Além de Paulo Dariva e Antonio Scarance Fernandes, já citados, são também defensores da ideia de que o direito ao silêncio não equivale ao princípio *nemo tenetur se detegere*, sendo aquele espécie da qual este último é gênero, os seguintes autores: GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*, p. 192-193; GRINOVER, Ada Pelegrini; FILHO, Antonio Magalhães G.. FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 77-79; GOMES, Luiz Flavio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>. Acesso em: 3 dez. 2019; BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 38.

declarar contra si mesmo – está protegido pelo direito contra a autoincriminação¹⁷⁷. A controvérsia que permanece, portanto, refere-se a saber se, além disso, o princípio *nemo tenetur se detegere* “proíbe também as demais formas de obter do arguido, contra sua vontade, informações, vestígios ou outros materiais probatórios úteis à demonstração de sua culpabilidade”¹⁷⁸. Ou seja, a questão é definir qual seria o conteúdo exato do direito/garantia contra autoincriminação e se ele poderia ser limitado (ou não) – em outras palavras, definir “sua compreensão e alcance”¹⁷⁹.

Não há consenso sobre o tema, pelo contrário, o que há é uma “verdadeira encruzilhada”¹⁸⁰, sem que a doutrina tenha conseguido chegar a uma definição exata sobre o conteúdo do princípio *nemo tenetur se detegere*¹⁸¹. Esta “encruzilhada” ocorre porque alguns doutrinadores defendem que a garantia contra a autoincriminação é absoluta e, portanto, uma espécie de “salvo-conduto” do investigado/acusado, que possibilitaria que este se eximisse sempre de colaborar, participar ou supostar a colheita de provas referentes à sua culpabilidade; de maneira oposta, outra parcela da doutrina afirma que, apesar de constituir um direito fundamental do investigado/acusado, o princípio *nemo tenetur se detegere* não significa a impossibilidade total de participação do mesmo na atividade probatória, podendo a garantia contra a autoincriminação sofrer algum tipo de limitação em seu alcance e extensão, de acordo com a aplicação de diferentes métodos de restrição.

Os posicionamentos mais aprofundados da doutrina brasileira sobre o conteúdo e eventuais limites ao princípio *nemo tenetur se detegere*, especialmente no que tange à sua possível extensão às intervenções corporais coercitivas, serão abordados no Capítulo 3 do presente trabalho, quando se estudará como a garantia contra a autoincriminação vem sendo entendida e aplicada no direito brasileiro, relativamente a tais meios de obtenção de prova. Nesse momento inicial, o importante é estabelecer que há posicionamentos doutrinários pátrios defendendo o caráter absoluto da garantia, mas isso, como será abordado na sequência, não tende a prevalecer, especialmente no âmbito internacional¹⁸².

¹⁷⁷ SILVA, Sandra Oliveira e. O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, p. 364.

¹⁷⁸ SILVA, Sandra Oliveira e. *Loc. Cit.*

¹⁷⁹ ANDRADE, M. da C. *Sobre a proibição de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 127.

¹⁸⁰ SILVA, Sandra Oliveira e. *Op. Cit.*, p. 365.

¹⁸¹ SILVA, Rodrigo Vaz. *Garantia da não auto incriminação*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-80/garantia-da-nao-auto-incriminacao>. Acesso em: 3 dez. 2019, p. 1.

¹⁸² MARTELETO FILHO, W. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 102.

Nereu José Giacomolli, por exemplo – defensor da primeira corrente supracitada – entende que o princípio *nemo tenetur se detegere* permite que o acusado se recuse a colaborar – seja de maneira ativa ou passiva – com a produção de qualquer prova. Para o autor, “a ‘colaboração’ do suspeito ou do acusado, quando não voluntária, fere o estado de inocência e a ampla defesa. Portanto, não importa ser essa ‘cooperação’ ativa ou passiva, declaratória ou comportamental, nem o grau ou nível de invasividade”¹⁸³.

Nessa mesma linha, Luiz Flávio Gomes, para além do direito ao silêncio, atribui à garantia de não autoincriminação, além do direito ao silêncio, outras várias dimensões:

(1) direito ao silêncio, (2) direito de não colaborar com a investigação ou instrução criminal, (3) direito de não declarar contra si mesmo, (4) direito de não confessar, (5) direito de declarar o inverídico, (6) direito de não apresentar provas que prejudiquem sua situação jurídica [...] (8) direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios e (9) direito de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória.¹⁸⁴

A ideia por trás da defesa absoluta do princípio *nemo tenetur se detegere* é a de que qualquer restrição à garantia contra autoincriminação que implique ao investigado/acusado, ainda que em grau diminuto, obrigação de produzir, colaborar ou suportar a produção de elementos de prova em seu desfavor, poderia fazê-lo regredir à condição de mero objeto de provas e não de sujeito de direitos¹⁸⁵ – algo característico de sistemas inquisitoriais tão combatidos ao longo da evolução do processo penal, como visto anteriormente.

Acontece que o fato de o acusado ser submetido à produção de provas em seu desfavor não necessariamente implica a adoção de um processo do tipo inquisitorial. Apesar de o processo penal moderno e democrático buscar as características do processo acusatório e, por óbvio, garantir a posição do investigado/acusado enquanto sujeito de direitos e garantias individuais, isso não exclui por completo o seu envolvimento na atividade probatória, pois “o acusado é, sempre foi e, provavelmente, nunca deixará de ser,

¹⁸³ GIACOMOLLI, N. J. *O devido processo penal* – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica, p. 193.

¹⁸⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*, p. 4.

¹⁸⁵ Como alerta Manoel da Costa Andrade, o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* figura como “critério seguro de demarcação e de fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações do processo inquisitório [...] a sua denegação anda indiscutivelmente associada às concreções históricas do processo inquisitório” (*Sobre a proibição de prova em processo penal*, p. 123). Em complementação, Jacobo López Barja de Quiroga, mesmo reconhecendo que esta não é a posição majoritária trazida pela doutrina e pela jurisprudência espanhola, defende que, na hipótese de o acusado ser obrigado a se submeter à produção de provas contra a sua vontade, a ele é outorgado processualmente o significado de “coisa”, (exemplo: submissão coercitiva a perícias corporais) (*Tratado de derecho processual penal*. Navarra: Aranzadi, 2004, p. 530).

objeto de prova”, estando a evolução do sistema de garantias fundamentais, na verdade, “na civilidade dos meios para usufruir desse objeto [Tradução nossa]”¹⁸⁶ e não no afastamento total de tais meios¹⁸⁷.

Seguindo essa linha de raciocínio, nos termos pesquisados, a corrente majoritária¹⁸⁸ – especialmente da doutrina¹⁸⁹ e da jurisprudência estrangeiras baseadas nos parâmetros trazidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos¹⁹⁰ –, em maior ou menor grau, defende que o princípio *nemo tenetur se detegere* não é absoluto e, portanto, pode sofrer algum tipo de limitação. Não obstante, não há definição legal e expressa de quais seriam tais limites, sendo eles “implícitos e decorre[ntes] da necessidade de coexistência com outros valores que, igualmente, são protegidos pelo ordenamento”¹⁹¹.

Diante disso, será necessário analisar, na sequência, como vêm sendo entendidas e aplicadas as supramencionadas restrições ao princípio *nemo tenetur se detegere*, quais são as modalidades/regras de restrição sugeridas e, ao final, verificar se tais modalidades/regras englobam (ou não) as intervenções corporais coercitivas.

¹⁸⁶ HADDAD, Carlos Henrique B. *A Constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação*, p. 239. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista39/Revista39_216.pdf. Acesso em: 3 dez. 2019.

¹⁸⁷ DE LUCA, Javier Augusto. Notas sobre la cláusula contra la incriminación. *Cuadernos de doctrina y jurisprudência penal*, Buenos Aires, v. 5, 9B, 1999, p. 271.

¹⁸⁸ QUEIJO, M. E. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 373; Nesse mesmo sentido: ANDRADE, M. da C. *Op. Cit.*, p. 120-132; ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 108; MARTELETO FILHO, W. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*, p. 86.

¹⁸⁹ Segundo Joel Tovil, “a tendência no Direito estrangeiro é a de não conferir aos investigados direitos absolutos em face do Estado e da sociedade”, e entre tais direitos dos investigados, pode-se citar o princípio *nemo tenetur se detegere*, que traz a garantia contra a autoincriminação (A proteção contra a auto-acusação compulsória aplicada à persecução penal, p. 270).

¹⁹⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado de derecho processual penal*, p. 543. Nesse mesmo sentido: RAMOS, Vania Costa. *Corpus Juris 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare (parte I)*, out./dez. 2006, p. 82-83. Exemplo de julgado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos nesse sentido, ver: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *John Murray vs. Reino Unido against The United Kingdom*. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57980%22%5D>. Acesso em: 3 dez. 2019.

¹⁹¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Op. Cit.*, p. 406.

1.2.1 Podem ser impostas limitações ao princípio *nemo tenetur se detegere*?

1.2.1.1 Ponderação entre o interesse persecutório estatal e o interesse individual do investigado/acusado: aplicação do princípio da proporcionalidade

Diante da ocorrência de uma infração penal, o Estado tem o poder-dever de investigar, buscar a verdade dos fatos e punir o autor do delito – este poder-dever é chamado de *ius puniendi*. Isso porque, o cometimento de um crime afeta e ameaça a vivência comunitária, cabendo ao Estado “a restauração da ordem jurídica por ele atendida, de sorte a reestabelecer, simultaneamente, a paz social, assecuratória da segurança pública”¹⁹².

A busca da verdade com a consequente punição do autor do crime é, portanto, uma das finalidades do processo penal¹⁹³ e se destina a proteger os supracitados valores e interesses coletivos. Não obstante, tal busca não pode ser realizada de maneira desenfreada e a qualquer custo¹⁹⁴, sendo papel do processo penal “assegurar que os métodos estatais de prevenção e controle do crime sejam compatíveis com a proteção dos direitos de personalidade do acusado, a sua privacidade, integridade moral e física, identidade pessoal”, entre outras garantias individuais¹⁹⁵. Ou seja, o Estado deve dar à sociedade a resposta penal ao cometimento de crimes, mas sem desprezar os direitos do cidadão¹⁹⁶, sob pena de se retroceder a métodos inquisitórios, típicos de sistemas autoritários, o que levaria à diminuição ou até mesmo à aniquilação de garantias individuais e faria com que o acusado regredisse à condição de mero objeto de prova.

Tais garantias e direitos individuais do acusado, por sua vez, não podem ganhar extensão tamanha que acabem por “transformar a pesquisa da verdade e o exercício da

¹⁹² TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, p. 25.

¹⁹³ DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano, p. 180.

¹⁹⁴ Javier Augusto de Luca alerta que, no processo penal, não se pode condenar o réu a todo custo, pois “administrar justiça em um Estado Democrático de Direitos é questão totalmente diferente a transformar-se em justiceiro [Tradução nossa]” (Notas sobre la clausula contra la incriminación, p. 273). Nessa mesma linha: HADDAD, Carlos Henrique B. *A Constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação*, p. 239-240.

¹⁹⁵ DIAS NETO, Theodomiro. *Op. Cit.*, p. 180. Nesse mesmo sentido: SANTOS, Daniel Leonhardt dos; SANTOS, Lívia Limas. *Nemo tenetur se detegere e verdade no processo penal*. In: GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes (coord.). *Processo penal e garantias constitucionais: estudos para um processo penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 113.

¹⁹⁶ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*, p. 44.

potestade estatal em figuras cativas à vontade do réu”¹⁹⁷ – impossibilitando por completo o exercício do *ius puniendi*, o qual, como explicado linhas atrás, é necessário para garantia de direitos coletivos fundamentais.

Nas palavras de Marcelo Schirmer Albuquerque, as garantias fundamentais notadamente de cunho processual penal, apesar de terem o importante papel de coibir práticas abusivas por parte dos agentes públicos, não são “um escudo contra a atuação estatal”, mas sim “apenas uma forma de controle ou regulação da atividade jurisdicional e, conseqüentemente, do exercício do poder”¹⁹⁸.

É por isso que, salvo raras exceções¹⁹⁹, a visão majoritária da doutrina, exemplificada, aqui, por Humberto Ávila²⁰⁰, Robert Alexy²⁰¹ e Virgílio Afonso da Silva²⁰², defende que direitos e garantias fundamentais – entre eles o direito à não autoincriminação do acusado²⁰³ – não são absolutos, podendo ser ponderados e conseqüentemente restritos²⁰⁴, uma vez que encontram limitações em outros direitos e garantias fundamentais, geralmente de cunho social e/ou coletivo, igualmente previstos no ordenamento jurídico, como a paz social e a segurança pública²⁰⁵.

¹⁹⁷ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, p. 88.

¹⁹⁸ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*, p. 43-44.

¹⁹⁹ Luiz Flavio Gomes, por exemplo, defende que diante de qualquer impasse entre princípios ou valores, deve sempre preponderar “a máxima efetividade dos direitos fundamentais individuais (que são vinculantes e de aplicação direta e imediata CF, art. 5º)” (*Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*, p. 4).

²⁰⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed., ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 173.

²⁰¹ ALEXY, Roberto; HECK, Luís Afonso. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*, p. 204.

²⁰² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 130-131.

²⁰³ O respaldo doutrinário de que o direito contra a autoincriminação é direito fundamental do indivíduo já foi exposto em nota de rodapé anterior.

²⁰⁴ Além de Robert Alexy, Humberto Ávila e Virgílio Afonso da Silva, já citados, também defendem que direitos fundamentais não são absolutos e, portanto, podem ser ponderados e restritos em determinadas situações: BADARÓ, Gustavo H. R. I. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 43; CASABONA, Carlos Maria R.; MALANDA, Sérgio Romeo. *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*. Navarra: Thomson Reuters, 2010, p. 71-72; ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *Op. Cit.*, p. 113-114; BOTELHO, Marta Maria M. M. *Utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico, em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN para fins de investigação criminal*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 231; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 357; CARVALHO, Gustavo Grandinetti C. *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 4. ed., rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 17; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. São Paulo, 16 mar. 2001. Disponível em file:///C:/Users/maria/Downloads/46798-95434-1-PB.pdf. Acesso em: 9 dez. 2019.

²⁰⁵ CARVALHO, Gustavo Grandinetti C. *Op. Cit.*, p. 17. Nesse mesmo sentido são as palavras de Ignácio Otto y Pardo: “Os direitos e liberdades, por encontrarem-se no interior do ordenamento jurídico, entrarão em conflito com outros bens que o ordenamento protege, não podendo prevalecer de maneira absoluta

É clara a existência de conflito entre (i) os direitos coletivos da paz social e da segurança pública, que devem ser perseguidos pelo exercício do *ius puniendi* estatal e (ii) os direitos fundamentais do investigado/acusado, como o direito à não autoincriminação, que não podem ser ignorados na busca pela verdade e, conseqüentemente, na coleta de provas ao longo da persecução penal²⁰⁶.

Diante de tal conflito, é preciso buscar um equilíbrio²⁰⁷ entre “o respeito dos direitos fundamentais do acusado e os interesses de repressão do Estado”²⁰⁸, fazendo valer a coexistência entre os valores da liberdade e da segurança. O problema é que alcançar esse ponto de equilíbrio não é tarefa fácil, nem pacífica, devendo a restrição do direito fundamental ser feita a partir da ponderação entre os direitos colidentes envolvidos²⁰⁹, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade²¹⁰.

Como ensina Luís Roberto Barroso, o processo de ponderação deve ser feito em três etapas: (i) na primeira, o juiz, no caso concreto, deverá apontar as normas do ordenamento jurídico relevantes para a solução do caso e identificar eventuais conflitos entre elas; (ii) na segunda, o julgador examinará os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos delimitados na etapa anterior; (iii) na última, o magistrado analisará conjuntamente os pontos referentes às primeiras duas

frente a estes últimos [Tradução nossa].” (*Derechos fundamentales y Constitución*. Civitas: Madrid, 1988, p. 110).

²⁰⁶ Maria Elizabeth Queijo explica que os limites da garantia contra autoincriminação dizem respeito justamente à solução do conflito entre tal direito fundamental individual do acusado e a “necessidade de preservação de outros bens protegidos constitucionalmente, representados pela segurança pública e a paz social, que são alcançados por meio da persecução penal”. Na sequência, complementa: “Se não se admitisse limitação ao *nemo tenetur se detegere*, seria ele um direito absoluto e, conseqüentemente, em diversas situações, o interesse público na persecução penal restaria completamente aniquilado, comprometendo a paz social e a segurança pública, bens diretamente relacionados ao interesse na persecução penal, que seriam sacrificados, conduzindo a situações indesejáveis socialmente e que causariam repulsa. As limitações, pois, são inevitáveis, mas não deverão conduzir ao extremo sacrifício do direito fundamental restringindo-o, tornando-o irreconhecível ou desnaturado.” (*O direito de não produzir provas contra si mesmo*, p. 406).

²⁰⁷ BOTELHO, Marta Maria M. M. *Utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico, em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN para fins de investigação criminal*, p. 240.

²⁰⁸ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, p. 52.

²⁰⁹ Segundo Roberto Alexy e Luís Afonso Heck, “se um princípio colide com um outro princípio, de modo que um somente pode ser realizado às custas do outro, então a possibilidade jurídica da realização de ambos os princípios depende do, cada vez, outro. Para chegar a uma decisão, uma ponderação é necessária” (*Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*, p. 204). Nesse mesmo sentido: MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 301; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 345; COUCEIRO, João Claudio. *Op. Cit.*, p. 180.

²¹⁰ Nas palavras de Gustavo Badaró: “no caso em que é necessário realizar o sopesamento entre princípios – verdadeiros princípios – que colidam no caso concreto, a proporcionalidade é a ferramenta para fazê-lo” (*Processo penal*, p. 46).

etapas, quais sejam, as normas aplicáveis e a repercussão dos fatos no caso concreto para, assim, “apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar”²¹¹. É nesta terceira e última fase que será aplicado o princípio da proporcionalidade para avaliar a validade (ou não) da atividade estatal que implique restrições ou limitações aos direitos fundamentais individuais²¹², a fim de atestar qual interesse/direito fundamental deve prevalecer²¹³ – no caso em estudo: (i) o *nemo tenetur se detegere* como direito fundamental à não autoincriminação e, conseqüentemente, a impossibilidade da execução forçada de um meio de prova ou de obtenção de prova em face do acusado ou (ii) o *ius puniendi* estatal e o interesse coletivo pela busca da verdade na persecução penal, a fim de se assegurar a segurança pública e a paz social.

Para tanto, o princípio da proporcionalidade deverá ser observado em seus três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito²¹⁴.

Em relação ao princípio da adequação, há uma “relação de meio-fim”²¹⁵, isto é, a atividade estatal que resultar restrição ao direito individual contra a autoincriminação será adequada²¹⁶ se for apta e idônea para alcançar o fim pretendido²¹⁷, qual seja: a colheita ou produção da prova²¹⁸. Maria Elisabeth Queijo ainda acrescenta a ideia de utilidade, segundo a qual a medida também só será adequada se útil à investigação ou ao processo²¹⁹.

No que tange à necessidade, a ação estatal deve ser imprescindível²²⁰, ou seja, não pode haver meio alternativo apto a promover o mesmo fim pretendido sem restringir, na

²¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 360-361.

²¹² GÓMEZ AMIGO, Luis. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*. Navarra: Aranzadi, 2003, p. 52.

²¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 360-362.

²¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 201-202. Nesse mesmo sentido: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 175.

²¹⁵ BADARÓ, Gustavo H. R. I. *Processo penal*, p. 47.

²¹⁶ A adequação “exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à relativização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim”. ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 177. A medida tem que ser adequada para fomentar a realização do fim perseguido, que deve necessariamente ser constitucionalmente legítimo. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. Cit.*, p. 169.

²¹⁷ CASABONA, Carlos Maria R.; MALANDA, Sérgio Romeo. *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, p. 81.

²¹⁸ QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*, p. 408.

²¹⁹ QUEIJO, Maria Elisabeth. *Loc. Cit.*

²²⁰ GÓMEZ AMIGO, Luis. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, p. 54.

mesma intensidade, o direito fundamental individual ²²¹. Trazendo essa ideia especificamente ao princípio *nemo tenetur se detegere*, significa dizer que não pode haver outro meio de obtenção da prova pretendida, sem a necessidade de qualquer envolvimento do acusado – e, portanto, sem qualquer possível afetação do seu direito à não autoincriminação. Em outras palavras: o meio de prova ou de obtenção de prova que de alguma maneira implique restrição ao princípio *nemo tenetur se detegere* só será necessário se for a *ultima ratio*²²².

Finalmente, no exame de proporcionalidade em sentido estrito, exige-se a comparação entre a importância da realização do fim pretendido (aqui, a colheita da prova) e a intensidade da restrição do direito fundamental conflitante (no caso, o direito à não autoincriminação)²²³, sendo necessário que o grau de importância da perseguição de tal fim justifique o grau de limitação ao direito fundamental individual atingido²²⁴. É dizer: a restrição deste último só será proporcional se, após ponderada, entender-se que derivam de sua limitação benefícios ou vantagens maiores ao interesse social e coletivo, do que os prejuízos causados ao indivíduo afetado²²⁵.

Além disso, quanto maior for o grau de afetação do direito fundamental limitado, mais necessário, benéfico e importante deve ser o fim perseguido, levando-se em conta, para tal definição, a gravidade do delito investigado, o *quantum* da pena a ele atribuído e o bem jurídico tutelado²²⁶, bem como a robustez, no feito concreto, dos indícios de autoria ou participação²²⁷ do investigado/acusado, que terá seu direito à não autoincriminação restringido.

²²¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 182. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva: “um ato estatal que limita direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido (*Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 171).

²²² Gustavo Badaró traduz esta ideia em outras palavras ao afirmar que “um meio é necessário quando não houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim pretendido, sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados” (*Processo penal*, p. 47-48).

²²³ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 185. Nessa linha, Virgílio Afonso da Silva explica que a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito consiste em “um sopesamento entre os direitos envolvidos” (*Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 175).

²²⁴ Para tanto, Humberto Ávila explica que as seguintes perguntas devem ser respondidas: “As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?” (*Op. Cit.*, p. 185).

²²⁵ GOMEZ AMIGO, Luis. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, p. 81.

²²⁶ ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho processal penal*, p. 160.

²²⁷ QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*, p. 409.

Maurício Zanoide de Moraes²²⁸ lembra, ainda, que quando o exame da proporcionalidade é aplicado no âmbito processual penal anteriormente à supramencionada análise de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – elementos denominados pelo autor de requisitos intrínsecos da proporcionalidade – devem ser analisados os pressupostos da legalidade e justificação teleológica ou constitucional²²⁹, bem como os requisitos extrínsecos da judicialidade e da motivação²³⁰.

Como regra geral, portanto, os direitos e as garantias fundamentais individuais devem ser observados e cumpridos, mas não de maneira absoluta. Nesse sentido, se conflitantes com interesses e direitos sociais/coletivos podem ser ponderados, sendo utilizado – para solução de tal conflito, no caso concreto – o princípio da proporcionalidade. Especificamente, com relação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, no conflito entre (i) o direito do investigado/acusado à não autoincriminação – que poderia impedi-lo de participar, suportar ou contribuir com a colheita de provas sobre sua culpabilidade (direito de não produzir provas contra si mesmo) e (ii) a busca pela verdade na persecução penal, por meio da coleta de tais provas e, com isso, a garantia da segurança pública e da paz social, esta última pode prevalecer, desde que, a partir da ponderação, por meio do princípio da proporcionalidade, a intervenção estatal seja adequada ao fim pretendido, necessária e respeite a proporcionalidade em sentido estrito²³¹.

Gustavo Badaró alerta que essa regra geral para solução de colisão de direitos e garantias fundamentais, baseada na ponderação pela proporcionalidade, vem sendo banalizada com a simplista referência ao conflito entre “direito individual do acusado *versus* direito da sociedade, em especial o direito à segurança”²³². Assim, citando as

²²⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial, p. 312-313. Nesse mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo H. R. I. *Processo penal*, p. 48; SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 69.

²²⁹ Nas palavras do autor, para podneração de direito fundamental “é imprescondível uma lei formalmente correta e com um fim constitucionalmente justificável”. MORAES, Maurício Zanoide de. *Op. Cit.*, p. 315.

²³⁰ Explica o autor: “uma intervenção estatal na área processual penal somente poderá ocorrer com lei e finalidade constitucionais e quem verificará essa ocorrência, tanto no plano abstrato do exame da (in)constitucionalidade da norma quanto no plano concreto da sua aplicabilidade casuística, será uma autoridade judiciária constitucionalmente competente e por meio de uma decisão motivada”. MORAES, Maurício Zanoide de. *Ibid.*, p. 321.

²³¹ Levando em consideração o apontamento trazido por Maurício Zanoide de Moraes, além disso, a medida estatal deve ser prevista em lei, apresentar justificativa teleológica constitucional e ser decretada por decisão judicial motivada.

²³² BADARÓ, Gustavo H. R. I. *Op. Cit.*, p. 46-49. Antônio Magalhães Gomes Filho também traz críticas de parte da doutrina sobre a ponderação de direitos com base na proporcionalidade, que considera “intolerável uma compressão dos direitos fundamentais para a repressão de determinados delitos, pois isso significa admitir uma banalização dos referidos direitos, cuja eficácia, na matéria examinada, ficaria

palavras de Eros Grau, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 95.009-4²³³, “se nos afastarmos da utilização da proporcionalidade para prevalecer os preceitos garantidores das liberdades em face daqueles que fundamentam a sua supressão, retornaremos à barbárie”²³⁴.

Para além da opinião sobre a sua balização na atualidade, a ponderação por meio da proporcionalidade é uma regra genérica, que se mostra insuficiente para solucionar a controvérsia sobre o conteúdo e os limites do princípio *nemo tenetur se detegere*, especialmente na hipótese de um meio de obtenção de prova delicado e invasivo como as intervenções corporais coercitivas.

Dessa forma, a doutrina tem defendido outros métodos/regras especificamente voltados à garantia contra a autoincriminação, para determinar em quais situações esta garantia poderia (ou não) ser limitada. Ou seja, trata-se de definir em quais situações – ou diante de quais meios de prova ou de obtenção de prova – o investigado/acusado poderia ser coercitivamente submetido à atividade probatória e, por outro lado, em quais situações isso seria proibido aos olhos do direito de não produzir provas contra si mesmo.

1.2.1.2 Interpretação literal: o princípio *nemo tenetur se detegere* limitado às declarações verbais ou orais do investigado/acusado

Dentro dessa ideia, passou-se a limitar a garantia contra a autoincriminação somente “às manifestações testemunhais do acusado”²³⁵, ficando excluídas todas e quaisquer formas de colheita probatória²³⁶, ainda que impliquem ao investigado/acusado a condição de objeto ou fonte de prova²³⁷. Ou seja, passou-se a defender uma interpretação literal dos dispositivos legais que asseguram a garantia contra a autoincriminação, segundo

limitada aos agentes de delitos menos graves, enquanto nas situações de criminalidade mais grave haveria sempre uma frustração da tutela dos direitos fundamentais (*Direito à prova no processo penal*, p. 105).

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 95.009-4, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 6 de novembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570249>. Acesso em: 5 jan. 2020.

²³⁴ BADARÓ, Gustavo H. R. I. *Processo penal*, p. 49.

²³⁵ DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano, p. 19.

²³⁶ RAMOS, João Gualberto G. *Curso de processo penal norte-americano*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 134-135.

²³⁷ Mesmo em países com reconhecida tradição no âmbito dos direitos humanos e no desenvolvimento da dogmática penal e processual penal, “o *nemo tenetur se detegere* quase nunca vai além da prerrogativa de se calar em interrogatório ou de se recusar a depor, protegendo o acusado contra a obrigatoriedade de emitir declarações verbais de conteúdo, em nada inferindo na questão probatória, contexto em que sequer é estudado” ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*, p. 59.

a qual a redação de tais dispositivos não prevê o direito dos investigados/acusados de não colaborarem com as investigações, mas tão só de não se declararem culpados²³⁸. Então, de acordo com essa corrente, o princípio *nemo tenetur se detegere* restringir-se-ia às declarações verbais do acusado e não a outros meios de prova ou de obtenção de prova²³⁹.

Eugênio Pacelli de Oliveira ressalta o caráter meramente testemunhal atribuído à garantia contra a autoincriminação ao afirmar que²⁴⁰:

[...] é direito a permanecer calado, direito a não ser obrigado a depor – nos países em que não existe o interrogatório como meio de defesa – e que tem por objetivo e por justificativa a proteção da integridade física e psíquica do acusado relativa à obtenção forçada de seu depoimento, de sua personalidade e dignidade e, além disso, o exercício de um certo controle da atividade judicante, impedindo que se construam certezas judiciais com base exclusivamente na atuação passiva do réu.²⁴¹

Nessa linha, Luigi Ferrajoli, apesar de entender o princípio *nemo tenetur se detegere* como “a primeira máxima do garantismo processual acusatório penal” e atribuir à garantia uma série de vertentes, não as estende a todos os meios de prova ou de obtenção de prova, limitando-as a situações relacionadas – em maior ou menor grau – às declarações verbais do acusado:

Disso resultam, como corolários [do *nemo tenetur se detegere*]: a proibição daquela ‘tortura espiritual’, como chamou Pagano, que é o juramento do imputado; o ‘direito ao silêncio’, nas palavras de Filangieri, assim como a faculdade do imputado de responder o falso; a proibição não só de arrancar a confissão com violência, mas também de obtê-la mediante manipulação da psique, com drogas ou com práticas hipnóticas, pelo respeito devido à pessoa do imputado e pela inviolabilidade de sua consciência; a consequente negação do

²³⁸ COLARES, Samuel Miranda. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/artigo/10659-O-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo> Acesso em: 8 dez. 2019.

²³⁹ SOUZA, José Barcelos de. “Bafômetro, intervenções corporais e direitos fundamentais”. *Recursos, artigos e outros escritos: doutrina e prática civil e criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 148. Nessa mesma linha, Cleber Masson e Vinícius Marçal entendem que das cláusulas legais que preveem o princípio *nemo tenetur se detegere* não se pode extrair a existência “dos equivocadamente proclamados ‘direitos’ (tupiniquins) à mentira; à fuga; à apresentação de documentação falsa para eximir-se do processo; à omissão de socorro; à imunidade contra a revista de bagagens em aeroportos; etc.”. A garantia contra a autorincriminação deve ficar restrita “aos lindes do direito de não ser obrigado a se autodeclarar culpado (não depor contra si)” (A identificação compulsória pelo perfil genético e a hipérbole do direito ao silêncio. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58233/a-identificacao-compulsoria-pelo-perfil-genetico-e-a-hiperbole-do-direito-ao-silencio> Acesso em: 8 dez. 2019).

²⁴⁰ O presente trabalho foca nos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos, mas vale citar, a título de exemplo, no que tange exclusivamente ao princípio *nemo tenetur se detegere* – e não à sua aplicação às intervenções corporais coercitivas, pois isto não é abordado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – que Eugênio Pacelli de Oliveira destaca que o artigo 8º, 2, “g”, da Convenção Americana de Direitos Humanos nada mais assegura do que “o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado” e o artigo 14, 3, “g”, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis também prevê apenas “o direito de não ser obrigado a testemunhar contra si mesma ou confessar-se culpada”. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos humanos*, p. 211.

²⁴¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Loc. Cit.*

papel decisivo da confissão, tanto pela refutação de qualquer prova legal como pelo caráter indisponível associado às situações penais; o direito do imputado à assistência e do mesmo modo à presença de seu defensor no interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violações das garantias processuais.²⁴²

Esse método de interpretação é bastante restritivo porque atribui ao princípio *nemo tenetur se detegere* extensão tão somente às declarações orais ou verbais do investigado/acusado, impedindo que ele seja obrigado a atuar como testemunha contra si mesmo, ou seja, obrigado a depor contra si mesmo ou a declarar-se culpado. De acordo com este entendimento, outros meios de prova ou de obtenção de prova não estariam abarcados pela garantia da não autoincriminação e, portanto, poderiam ser realizados mesmo contra a vontade do imputado – o que autorizaria a realização de intervenções corporais coercitivas.

Tal posição é criticada ante o entendimento de que por meio de outras condutas, além das manifestações verbais, “é possível produzir prova de caráter incriminatório, utilizável contra quem a produziu”²⁴³.

Buscando, então, outros métodos que impliquem maior abrangência²⁴⁴ ao princípio *nemo tenetur se detegere* e, com isso, possibilitem a extensão da garantia contra a autoincriminação também às condutas probatórias não verbais do investigado/acusado, a doutrina identificou no direito alemão a diferenciação entre meios de prova ou de obtenção de prova que necessitem de cooperação ativa do acusado e aqueles que impliquem um mero tolerar passivo²⁴⁵.

1.2.1.3 Diferenciação entre condutas ativas e condutas passivas

Manoel da Costa Andrade destaca a possibilidade de as provas produzidas se dividirem em dois grupos: (i) aquelas que dependem da cooperação ativa do acusado; e (ii) aquelas que implicam mero tolerar passivo²⁴⁶. No primeiro caso, há um atuar positivo, ou

²⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 560.

²⁴³ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, p. 58.

²⁴⁴ SOUZA, José Barcelos de. “Bafômetro, intervenções corporais e direitos fundamentais”, p. 145.

²⁴⁵ Segundo Sandra Oliveira e Silva, “no panorama jurídico alemão, a doutrina tradicional e (ainda) dominante aponta como critério do *nemo tenetur* a qualidade da conduta (“Handlungsqualität”) esperada do arguido, distinguindo entre os meros deveres de tolerância passiva (“passive Duldungspflichten”) e as obrigações de colaboração ativa (“active Mitwirkungspflichten”)” (O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, p. 377).

²⁴⁶ ANDRADE, M. da C. *Sobre a proibição de prova em processo penal*, p. 120-132.

seja, o acusado traz informações para o processo. Na segunda hipótese, o acusado simplesmente suporta que tal aconteça, tolerando a ação de um terceiro²⁴⁷.

Em relação às condutas ativas, Carlos Henrique Borlido Haddad defende que não pode haver qualquer restrição ao princípio *nemo tenetur se detegere*²⁴⁸. Ou seja, em nenhuma hipótese o investigado/acusado poderia ser obrigado a cooperar ativamente com a produção de provas em seu desfavor²⁴⁹. Por sua vez, em relação às condutas passivas, considera plausível compelir o indivíduo a cooperar passivamente com a coleta de provas (suportar que isso aconteça) sem que haja violação à garantia da não autoincriminação²⁵⁰.

José María Asencio Mellado traz exemplos de condutas consideradas um mero tolerar passivo e que, portanto, poderiam ser executadas contra a vontade do imputado, por exemplo, ser fotografado para arquivos policiais, participar do reconhecimento, ser alvo de busca e apreensão domiciliar e de interceptações telefônicas²⁵¹. Somam-se a tais medidas as intervenções corporais²⁵².

²⁴⁷ Rodrigo Vaz Silva conceitua as condutas ativas como um fazer ativo que se configura “como uma atividade que só a pessoa do acusado poderia realizar, como soprar ar no etilômetro para o exame de alcoolemia ou fornecer padrões gráficos de próprio punho”. E as condutas de tolerar passivo como “um ato em que o acusado não terá ação, apenas suportará ação de agentes do Estado, como no caso da revista pessoal, onde a autoridade policial, com base em fundada suspeita (artigo 244 do CPP)” (*Garantia da não auto incriminação*, p. 2).

²⁴⁸ Nas palavras exatas do autor: “O princípio contra a auto-incriminação se limita à faculdade de todo indivíduo de não ser convertido em meio ativo de prova contra si próprio. Quando se permite ao réu não contribuir para a própria incriminação, autoriza-se possa ser omissivo. Sempre que se requeira um comportamento ativo de caráter probatório – poque a prova somente se produz através da ação – facultase a recusa em agir. Desde logo, portanto, são excluídas da tutela do princípio contra auto-incriminação a produção de prova que prescinde da vontade do acusado.” HADDAD, Carlos Henrique B. *A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação*, p. 239.

²⁴⁹ ANDRADE, M. da C. *Sobre a proibição de prova em processo penal*, p. 189-129; Nesse mesmo sentido: QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 414; DIAS NETO, Theodomiro. *O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*, p. 185; SILVA, Sandra Oliveira e. *O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, p. 377; ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 139; SANGUINÉ, Livia Maman. *O direito de não produzir prova contra si mesmo no processo penal (nemo tenetur se detegere)*, p. 21; MELLADO, José María Asencio. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Tirant lo Blanch, 2010, p. 151; SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 296.

²⁵⁰ De acordo com Maria Ángeles Pérez Marin, “não existe inconveniente algum que impessa a imposição ao suspeito do dever de suportar ‘passivamente’ uma intervenção corporal sempre e quando seu comportamento, em tais casos, for unicamente negativo, isto é, não requeira colaboração ativa de nenhuma classe”. O que, segunda a autora, não é possível, por outro lado, é “esperar dele [suspeito] uma atitude ativa que pudesse ajudar na sua autoincriminação” (El ADN como método de identificación em el proceso penal. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 33, n. 132, 2012, p. 144).

²⁵¹ MELLADO, José María Asencio. *Op. Cit.*, p. 151; Nesse mesmo sentido: SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Op. Cit.*, p. 296.

²⁵² Para Gabriela Córdoba, os melhores exemplos do que a doutrina entende como meios de prova ou de obtenção de prova que impliquem um mero tolerar passivo são: o reconhecimento e a extração de sangue (intervenção corporal) (*Nemo tenetur se ipsum accusare: principio de pasividad*, p. 282).

Na interpretação de Claus Roxin:

O acusado não tem porque auxiliar as autoridades de persecução penal de forma ativa, porém deve tolerar não só uma investigação de sua vida privada, o que será explicado adiante, como também intervenções físicas, as quais podem perfeitamente fornecer uma contribuição decisiva na prova de sua culpabilidade [Tradução nossa].²⁵³

A propósito, quando o investigado/acusado está sujeito somente a uma obrigação de tolerância, “o desejo de investigar a verdade deve ser preferencial ao interesse [do investigado/acusado] em conservar em segredo qualquer informação acerca de seu corpo e impedir seu uso como prova [Tradução nossa]”²⁵⁴.

Como demonstrado anteriormente, a possibilidade de compelir o investigado/acusado a cooperar passivamente com a coleta de provas sem prejuízo à garantia contra a autoincriminação vem sendo largamente adotada, especialmente pela doutrina estrangeira citada. Não obstante, com o desenvolvimento da tecnologia, que permite a construção de novos e sofisticados meios de prova e de obtenção de prova, algumas medidas que implicam mero tolerar passivo do indivíduo a elas submetido, por vezes, podem mostrar-se mais invasivas e/ou vexatórias do que práticas para obtenção de elementos probatórios que exijam um colaborar ativo do imputado²⁵⁵.

Wolflast reforça esse pensamento quando afirma que “o tormento, a humilhação de ter de ser instrumento contra si próprio podem, em caso de passividade forçada e se verificadas certas circunstâncias, ser maiores do que em casos de colaboração ativa”²⁵⁶.

Imagine-se, por exemplo, a hipótese de obtenção de prova para demonstrar a embriaguez de um indivíduo: a pessoa não tem obrigação de soprar o etilômetro por ser considerada conduta ativa; logo, está protegida pelo direito de não produzir provas contra si mesmo. No entanto, pode ser obrigada a se submeter à extração compulsória de sangue

²⁵³ ROXIN, Claus. *Passado, presente y futuro del derecho procesal penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 98. Em outra obra, intitulada *La evolucion de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, o autor ainda complementa esta ideia: “o réu não tem obrigação de colaborar com as autoridades encarregadas da investigação mediante um comportamento ativo; [...] deve suportar ingerências corporais, que podem contribuir definitivamente com o reconhecimento de sua culpabilidade. Assim, segundo o parágrafo 81a do Código de Processo Penal [alemão], deve deixar que extraiam sangue para esclarecimento de sua eventual responsabilidade o que, para o crime de direção sob o efeito de bebidas alcoólicas (parágrafo 126 do Código Penal) se converte no meio de prova mais decisivo. Desde 1997, estão permitidos também os exames genéticos para determinar a responsabilidade dos suspeitos [...] [Tradução nossa]”. ROXIN, Claus. *La evolucion de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, p. 139.

²⁵⁴ ROXIN, Claus. *Ibid.*, p. 98-99.

²⁵⁵ Manuel da Costa Andrade contesta a pertinência e a validade unânimes do critério de incidência do *nemo tenetur se detegere* baseado exclusivamente na distinção conceitual entre ação e omissão/passividade (*Sobre a proibição de prova em processo penal*, p. 131).

²⁵⁶ Wolflast apud ANDRADE, M. da C. *Ibid.*, p. 131-132.

para dosagem alcoólica porque, neste caso, não estaria cooperando ativamente para a produção da prova, mas tão somente suportando a ação de um terceiro com este objetivo²⁵⁷. Nesse caso, pode-se dizer que a cooperação passiva é mais gravosa e afeta em maior extensão a dignidade da pessoa humana – que tem sua integridade física violada – do que o ato de soprar o etilômetro, considerado conduta ativa e, portanto, protegida pela garantia da não autoincriminação²⁵⁸.

Além disso, o fato de o investigado/acusado, contra sua vontade, ser submetido a meios de obtenção de provas que impliquem somente um tolerar passivo acaba, muitas vezes e de forma indireta, coagindo-o a preliminarmente colaborar ativamente com a investigação, uma vez que tal cooperação seria menos gravosa e invasiva do que a conduta passiva a qual ele acabaria coercitivamente submetido após eventual recusa inicial. Desse modo, há quem defenda²⁵⁹ que a participação do investigado/acusado na produção da prova acaba não sendo realmente voluntária – como exigido pelo princípio *nemo tenetur se detegere* –, mas tão somente uma alternativa para evitar sofrer uma coação passiva pior.

Gabriela Cordoba²⁶⁰ destaca outros problemas ligados à classificação entre passividade e atividade como base para determinação da incidência ou não do princípio *nemo tenetur se detegere*. O primeiro deles é que nem sempre é possível diferenciar claramente se a medida investigativa implica conduta totalmente ativa ou passiva do sujeito, pois há situações nebulosas que geram dúvida na diferenciação entre ação e omissão, como, por exemplo, a submissão do investigado/acusado ao reconhecimento pela vítima, solicitando a ele que permaneça em determinada posição²⁶¹. E a dúvida surge porque não existe um critério expresso e infalível para diferenciar tais modalidades de

²⁵⁷ Theodomiro Dias Neto, ao comentar a diferenciação trazida pelo direito alemão, entre condutas ativas e passivas, explora esse mesmo exemplo (O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano, p. 185).

²⁵⁸ Nessa mesma linha, merece destaque a hipótese de obtenção de elemento de prova que tenha sido engolido pelo suspeito e que esteja dentro de seu organismo (eventual traficante de drogas que, ao ser abordado pela autoridade policial, engole papelotes contendo substância entorpecente para esconder a droga, por exemplo). Ele não seria obrigado a engolir/tomar por vontade própria um comprimido vomitivo que faria com que regurgitasse os papelotes ingeridos, pois isso seria considerado um colaborar ativo do suspeito com a produção de provas contra si e, portanto, estaria protegido pelo *nemo tenetur se detegere*. No entanto, poderia ser forçado a tolerar que os médicos introduzissem em seu organismo uma sonda neonasal pela qual seria injetada a substância vomitiva coercitivamente, pois isso só exigiria um tolerar passivo do arguido em relação à investigação. Hipótese semelhante foi tratada pela Corte Europeia de Direitos Humanos no julgamento do caso “Jalloh v. Alemanha”, como será estudado na seção 2.1 do presente trabalho.

²⁵⁹ CORDOBA, Gabriela. *Nemo tenetur se ipsum accusare*: principio de pasividad, p. 289-290.

²⁶⁰ CORDOBA, Gabriela. *Ibid.*, p. 283.

²⁶¹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, p. 87.

conduta, o que, na visão de Carlos Henrique Borlido Haddad, “somente a análise do caso concreto possibilitará saber se foi desempenhada uma atividade ou simplesmente se [houve] sujeição a uma ação de terceiro”²⁶². O segundo problema é que mesmo as atividades que exigem mero tolerar passivo do investigado/acusado acabam necessitando de algum tipo de colaboração ativa de sua parte – por menor que seja – para que seja concluída a obtenção do elemento de prova de seu próprio corpo. No caso de extração compulsória de amostras de sangue, por exemplo, apesar de o indivíduo somente suportar passivamente uma pequena ingerência em seu organismo para extração do material corpóreo, em um primeiro momento necessitará deslocar-se até o local apropriado para a realização da intervenção e, na sequência, terá de arregañar as mangas da camisa e estender o corpo/braço em uma posição que possibilite ao médico a extração do material²⁶³. Finalmente, o último problema apontado pela autora é que tanto quando colabora ativamente como quando tolera passivamente a produção de provas contra si, o acusado é considerado mero objeto de provas²⁶⁴ – o que, como visto na seção anterior referente à evolução histórica da garantia, é algo típico de sistemas inquisitórios e não de um Estado Democrático de Direito.

Torsten Verrel entende que, em ambos os casos, “o acusado terá se convertido em um instrumento involuntário de prova da sua própria culpa, pois ele, pessoalmente, tem que suportar ser o prestador de uma prova material, cuja obtenção e valoração contradizem sua vontade e seus interesses”²⁶⁵. Sim, pois se a garantia contra a autoincriminação busca em tese evitar que o investigado/acusado contribua com a colheita de provas em seu desfavor, “a forma como se dá a contribuição (ativa ou passiva) não deveria ser levada em consideração”²⁶⁶.

²⁶² HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, p. 87.

²⁶³ Marcelo Schiermer Albuquerque, fazendo referência a Eugênio Pacelli de Oliveira, cita outro exemplo nesta mesma linha, qual seja, o reconhecimento de pessoas que, apesar de tido como um mero tolerar passivo do acusado, pode implicar que este também tenha que desempenhar um comportamento ativo de comparecer em juízo para o ato. Por conta disso, conclui que “quem pode se recusar a fornecer padrões gráficos, a fornece padrões sonoros (voz), pode também recusar-se a dirigir-se voluntariamente ao juízo” (*A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*, p. 107).

²⁶⁴ Vão ao encontro de Gabriela Córdoba: SILVA, Sandra Oliveira e. O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, p. 378-379 e DE LUCA, Javier Augusto. Notas sobre la cláusula contra la incriminación, p. 271.

²⁶⁵ VERREL, Torsten. *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren: ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten Verfahrensgrundsatzes*. Munique: Bezk, 2001, p. 228.

²⁶⁶ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Oo. Cit.*, p. 88. Vânia Costa Ramos também defende que, para a definição do conteúdo e do alcance da garantia contra a autoincriminação, pouco importa o tipo de prova ou o meio pelo qual será produzida (se de maneira ativa ou passiva), mas sim a sua finalidade. Ou seja, se tiver fim autoincriminatório, a colaboração do arguido (seja ativa ou passiva) irá de encontro do *nemo*

Javier Augusto de Luca também critica a regra da atividade *vs.* passividade e na tentativa de buscar um método alternativo e em tese mais apropriado para a problemática ora apresentada propõe que se deve diferenciar os meios de prova e de obtenção de prova entre (i) aqueles que buscam elementos probatórios que “estejam na mente, na vontade do sujeito” ou que “sua obtenção dependa de sua consciência” como, por exemplo, seu depoimento ou sua participação na reconstrução dos fatos; e (ii) aqueles que buscam elementos que existam independentemente da vontade ou da consciência do investigado/acusado como, por exemplo, extração de sangue ou de pelos, tomada de fotografias ou o reconhecimento forçado. Segundo o autor, no primeiro caso, o sujeito passivo da medida é tratado como sujeito de provas, no segundo, como objeto de prova, e somente nesta última hipótese não há violação à garantia contra a autoincriminação²⁶⁷.

A discussão trazida neste ponto do estudo, na verdade, mostra-se relevante para o presente trabalho porque as intervenções corporais, por serem consideradas um meio de obtenção de prova que implica para o investigado/acusado somente um tolerar passivo²⁶⁸, não estariam protegidas pela garantia contra a autoincriminação e poderiam ser aceitas e executadas coercitivamente. Ou, ainda, de acordo com o critério proposto por Javier Augusto de Luca, por visarem a coleta de elementos probatórios corporais que existem independentemente da vontade ou da consciência do investigado/acusado, tais medidas probatórias também não feririam o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Todavia, a divisão dos meios de prova e de obtenção de prova entre condutas ativas e condutas passivas não é pacífica para determinar a extensão do princípio *nemo tenetur se detegere* e ainda, como explicado linhas atrás e alertado por Sandra Oliveira e Silva, apresenta dificuldades de aplicação, fragilidades e inconsistências²⁶⁹. Logo, entende-se que tal método, por si só, não basta para atestar de maneira inquestionável o conteúdo e os limites da garantia contra a autoincriminação, sendo insuficiente para confirmar a possibilidade de execução de intervenções corporais para colheita de elementos probatórios do corpo do investigado/acusado contra sua vontade, à luz do direito de não produzir provas contra si mesmo.

tenetur se detegere (Corpus Juris 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare* (parte I), p. 133).

²⁶⁷ DE LUCA, Javier Augusto. Notas sobre la cláusula contra la incriminación, p. 270-271.

²⁶⁸ Em outras palavras, na hipótese de intervenções corporais, o acusado apenas suporta que agentes retirem elementos probatórios de seu próprio corpo, sendo desnecessária, em tese, qualquer colaboração ativa de sua parte.

²⁶⁹ SILVA, Sandra Oliveira e. O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, p. 377.

Lembrando que neste estudo não serão abordados todos os meios de prova e de produção de provas que dependam da cooperação ativa ou passiva do investigado/acusado como participação no reconhecimento, acareação, reconstituição do fato, exame grafotécnico, fornecimento de documentos, entre outros. A análise recairá sobre elementos probatórios obtidos por meio de intervenções corporais coercitivas, tema que emoldura a problemática definida nesta investigação.

Para tanto, será necessário aprofundar a análise das intervenções corporais coercitivas e de sua relação com o princípio *nemo tenetur se detegere*, mas não sem antes esmiuçar os diferentes conceitos da medida explorados pela doutrina.

1.2.2 Condutas passivas: conceito de intervenções corporais

Antes de aprofundar o estudo sobre a extensão do princípio *nemo tenetur se detegere* às intervenções corporais e, com isso, vislumbrar a possibilidade de tais medidas serem executadas coercitivamente, é preciso entender como a medida vem sendo conceituada.

José Maria Ascencio Mellado traz um conceito genérico segundo o qual intervenções corporais significam “a utilização do corpo do próprio imputado mediante atos de intervenção para efeito de investigação e comprovação de delitos [Tradução nossa]”²⁷⁰.

Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, demonstrando uma visão ainda *latu sensu* do tema, mas com delimitação um pouco mais elaborada, apresenta o seguinte conceito:

Por intervenções corporais cabe entender, dentro do processo, as medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem necessidade de obter seu consentimento, e por meio de coação direta, se for preciso, com o fim de descobrir circunstâncias fáticas que sejam de interesse para o processo, em relação às condições ou ao estado físico ou psíquico do sujeito, ou com o fim de encontrar objetos escondidos nele [Tradução nossa].²⁷¹

O mencionado autor considera que intervenções corporais já são, por natureza, coercitivas. Ou seja, não haveria dúvida sobre a possibilidade de execução coativa da

²⁷⁰ MELLADO, José Maria A. *Prueba prohibida y prueba preconstituída*. Madrid: Trivium, 1989, p. 137.

²⁷¹ SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 290.

medida, pois esta já pressupõe, em sua essência, ser efetivada “sem necessidade de obter seu consentimento [do investigado/acusado], e por meio de coação direta se for preciso”²⁷².

O mesmo doutrinador ainda destaca a possível diferenciação trazida pelo direito alemão, dentro do conceito supracitado, entre investigação corporal do acusado e registro corporal. A primeira hipótese consiste “na investigação corporal propriamente dita (por exemplo: do estado mental do imputado ou da dosagem alcoólica no sangue [Tradução nossa]”. A segunda hipótese alude à busca de “objetos escondidos na superfície ou nas cavidades naturais do corpo (boca, anus e vagina) [Tradução nossa]”²⁷³. Não obstante a existência de tal diferenciação, a doutrina alemã não tem atribuído maior importância à questão pois o tratamento dado tanto às investigações quanto ao registro corporal do acusado – do ponto de vista legislativo ou jurisprudencial – é o mesmo²⁷⁴.

Luis Gómez Amigo mantém a mesma linha de raciocínio ao prever que:

As medidas de intervenção corporal constituem procedimentos sumários de investigação, de obtenção e de garantia de fontes de provas (prova preconstituída), que recaem ou são praticados sobre a materialidade física da pessoa, com o fim de comprovar a existência do delito e a participação do imputado em tal delito, bem como seu grau de responsabilidade, restringindo ou limitando seus direitos fundamentais (integridade física ou intimidade corporal, de maneira geral); que podem ser praticados sem a necessidade do consentimento do imputado e que devem ser decretadas no curso de um processo em trâmite [Tradução nossa]”²⁷⁵

O autor sequer cita o princípio *nemo tenetur se detegre* como um dos direitos fundamentais possivelmente afetados pela prática das intervenções corporais, assumindo também, como parte do conceito da medida, a possibilidade de execução, independentemente do consentimento do sujeito passivo.

Luis Gómez Amigo²⁷⁶ e Teresa Armenta Deu²⁷⁷ destacam ainda que o direito espanhol, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional²⁷⁸ daquele país, diferencia intervenções corporais dos registros ou inspeções corporais (*inspecciones y*

²⁷² Luis Gómez Amigo elogia o conceito trazido por Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, especialmente por ter destacado que as intervenções corporais podem ser realizadas sem a necessidade do consentimento do indivíduo sujeito à medida (*Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, p. 25).

²⁷³ SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 290.

²⁷⁴ SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Loc. Cit.* Nessa mesma linha: CARVALHO, Luis Gustavo G. C. A Constituição e as intervenções corporais no processo penal: existirá algo além do corpo? *In*: PRADO, Geraldo (coord.). *Proceso penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 345.

²⁷⁵ GÓMEZ AMIGO, Luis. *Op. Cit.*, p. 26.

²⁷⁶ GÓMEZ AMIGO, Luis. *Ibid.*, p. 96-97.

²⁷⁷ ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho processal penal*, p. 158-159.

²⁷⁸ ESPAÑA. Tribunal Constitucional. STC 207/1996, de 16 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3259>. Acesso em: 11 dez. 2019.

registros): estas medidas afetam a intimidade corporal do sujeito passivo, mas sem comprometimento/afetação do corpo²⁷⁹; aquelas afetam a integridade física do sujeito passivo por consistirem na “extração do corpo de determinados elementos externos ou interno para serem submetidos a exames periciais (como análises de sangue, urina ou pelos), exames radiológicos (raios X, TAC) [Tradução nossa]”²⁸⁰. Relativamente às intervenções corporais, os doutrinadores citados ainda diferenciam as medidas como (i) leves – aquelas que não colocam em risco o direito à saúde, nem causam sofrimento à pessoa afetada como, por exemplo, extração de sangue ou pelos; e (ii) graves – aquelas que, pelo contrário, apresentam risco à saúde ou causam sofrimento como, por exemplo, extração de líquido cefalorraquidiano (líquido cérebro espinhal) ou punção lombar²⁸¹.

Segundo José Francisco Etxeberria Guridi²⁸², o conceito de intervenção corporal é impreciso e deve ser estendido a diversos atos probatórios:

As medidas enquadradas no que se veio a chamar de inspeção corporal (com a ressalva de que elas têm que afetar com maior ou menor intensidade o pudor ou a intimidade corporal); os registros corporais que excedam às buscas superficiais anteriormente descritas; as diligências que suponham uma intervenção (só de inspeção ou de pesquisa ou atuação médica) nos orifícios naturais do corpo (anus, boca ou vagina); [...] aquelas medidas que impliquem uma lesão aos tecidos ou revestimentos cutâneos e musculares (equivalentes às ingerências corporais alemãs); de igual modo, a extração de amostras corporais.²⁸³

Além de estender o conceito de intervenções corporais, o autor contraria os anteriores, ao sustentar que todas as supramencionadas medidas – por significarem restrição, geralmente grave, de direitos fundamentais do sujeito passivo a elas submetido – não podem ser executadas mediante coação física direta. Logo, não há possibilidade de intervenções corporais coercitivas²⁸⁴.

²⁷⁹ Exemplos trazidos por ambos os autores: reconhecimento pela vítima, exame datiloscópico, eletrocardiograma e exames ginecológicos. Em tais hipóteses, em princípio não há lesão à integridade física “por não produzir lesão ou comprometimento do corpo, mas pode ser afetado o direito fundamental à intimidade corporal (art. 18.1 CE) se [a medida] recai sobre partes íntimas do corpo, como foi o caso analisado na STC 37/1989 (exame ginecológico), ou se incide na privacidade [Tradução nossa]”. Trecho da STC 207/1996 retrocitada.

²⁸⁰ ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho processal penal*, p. 158-159.

²⁸¹ ARMENTA DEU, Teresa. *Loc. Cit.*; GÓMEZ AMIGO, Luis. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, p. 96-97.

²⁸² GURIDI, José Francisco Etxeberria. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal – inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*. Madrid: Trivium, 1999, p. 64.

²⁸³ GURIDI, José Francisco Etxeberria. *Loc. Cit.*

²⁸⁴ GURIDI, José Francisco Etxeberria. *Ibid.*, p. 35.

De acordo com o conceito abrangente de José Francisco Exteberria Guridi, os institutos do direito italiano da *ispezione personale* (inspeção pessoal) e da *perquisizioni personali* (buscas pessoais) – medidas investigatórias relacionadas ao corpo do acusado, mas que não afetam a sua integridade física – também seriam classificados como intervenções corporais. A inspeção pessoal tem uma finalidade principalmente descritiva de pessoas, coisas e/ou lugares²⁸⁵, por meio do uso da visão²⁸⁶, não objetivando, portanto, a apreensão de qualquer elemento para fins probatórios²⁸⁷.

As buscas pessoais são determinadas quando “existe um motivo fundado para considerar que alguém está ocultando o corpo de delito ou objetos a este pertinentes”²⁸⁸, por exemplo, busca do próprio corpo do delito ou de outros elementos a ele relacionados, de interesse probatório, em partes íntimas do corpo do sujeito passivo como cavidade vaginal, anal ou bucal²⁸⁹.

Na doutrina nacional, segundo Wagner Marteleto Filho, intervenções corporais *strictu sensu* são “medidas de ingerência corporal, que resultam em lesão, ainda que de pequena monta, à integridade física, porquanto demandam extração, do corpo do sujeito passivo, de determinados elementos externos ou internos para que sejam submetidos à perícia”²⁹⁰.

O autor deixa claro que somente constituem intervenção corporal as medidas que afetam a integridade física do sujeito submetido ao exame, ficando, assim, excluídos do conceito as buscas pessoais, as inspeções corporais, os registros corporais – incluindo-se, aqui, os institutos do direito espanhol (*inspecciones y registros corporals* e *cacheos*) e do direito italiano (*ispezione e perquisizioni*) apresentados linhas atrás²⁹¹ – e o reconhecimento pessoal²⁹².

²⁸⁵ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 243.

²⁸⁶ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 831.

²⁸⁷ FELICIONI, Paola. *Le ispezioni e perquisizioni*. Tratado di Procedura Penale (série), Milão: Giuffrè, 2004, p. 67.

²⁸⁸ TONINI, Paolo. *Op. Cit.*, p. 244-245.

²⁸⁹ MARTELETO FILHO, W. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*, p. 105.

²⁹⁰ MARTELETO FILHO, W. *Ibid.*, p. 107-108.

²⁹¹ Somente o conceito de *cacheos* não foi apresentado anteriormente. Trata-se da previsão espanhola de buscas pessoais, entendidas como “medidas destinadas à descoberta de armas ou instrumentos que causem risco à incolumidade pública, bem como do corpo de delito, sendo realizadas por meio de investigação do corpo e das vestimentas do sujeito passivo [...] não produzem afetação alguma da integridade física”. MARTELETO FILHO, W. *Ibid.*, p. 104. Luis Gómez Amigo, por sua vez, explica que os *cacheos* do direito espanhol são “registros superficiais na pessoa, que afetam unicamente a superfície externa do corpo, a sua roupa e os objetos por ele portados [Tradução nossa]”. E, segundo o autor, não

Maria Elisabeth Queijo concorda com a ideia genérica de que intervenções corporais são atos de investigação ou de obtenção de prova no corpo do investigado/acusado, mas vai além e divide tais atos em provas que impliquem intervenção invasiva e não invasiva no corpo do sujeito passivo submetido à medida:

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

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

As provas não invasivas compreendem outras tantas perícias, como o exame de matérias fecais, os exames de DNA realizados a partir dos fios de cabelo e pelos; as identificações dactiloscópicas, de impressões de pés, unhas e palmar e também a radiografia, empregada em buscas pessoais.²⁹³

Marcelo Schirmer Albuquerque complementa esse conceito para dizer que as provas não invasivas nunca atingem de forma direta os direitos fundamentais do sujeito passivo, limitando-se, assim, “a uma sujeição passiva, a uma tolerância ou, quando muito, ao fornecimento de materiais ou objetos para exames comparativos, desde que isso possa ser feito de forma simples, rápida e imediata [...] sem a necessidade de uma ingerência no corpo do indivíduo”²⁹⁴. Ou seja, uma vez que não afetam os direitos fundamentais do imputado, não interferem na sua integridade física. As provas invasivas, por sua vez, têm maior ingerência sobre a pessoa do investigado/acusado, correspondendo a procedimentos mais ou menos complexos, realizados sobre o corpo do indivíduo²⁹⁵.

O conceito de intervenção corporal, portanto, não é pacífico. Para o escopo do presente trabalho, e seguindo o corte metodológico proposto, consideraremos que intervenções corporais são diligências investigativas que visam retirar do corpo do sujeito passivo elementos de prova necessários à investigação da ocorrência de um fato delituoso e de sua autoria, importando em afetação da integridade física do indivíduo a elas submetido. Logo, não serão consideradas intervenções corporais e, portanto, não serão aprofundadas

constituem intervenções corporais (*Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, p. 107-108).

²⁹² MARTELETO FILHO, W. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*, p. 104-105.

²⁹³ QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 290.

²⁹⁴ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*, p. 99.

²⁹⁵ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *Ibid.*, p. 108.

neste estudo o reconhecimento, as buscas pessoais, os registros e as inspeções corporais²⁹⁶, bem como outras medidas que atinjam o corpo, mas que não interfiram na integridade física do imputado.

Isso posto, o quanto estudado até aqui dá a entender que o direito do investigado/acusado de não produzir provas contra si mesmo não alcança as intervenções corporais coercitivas, pois, em resumo: (i) a garantia à não autoincriminação não é absoluta e, portanto, pode ser restringida; (ii) pela regra da ponderação, se adequado, necessário e estritamente proporcional, o interesse estatal na busca da verdade, ao longo do exercício do *ius puniendi*, pode prevalecer sobre o interesse individual do acusado de não produzir provas contra si mesmo; (iii) há quem defenda que o princípio *nemo tenetur se detegere* só alcança declarações verbais/orais do investigado/acusado ou, no máximo, condutas probatórias ativas, sendo as intervenções corporais medidas que implicam somente um mero tolerar passivo; e (iv) diversos autores conceituam a medida como um ato probatório que independe do consentimento do sujeito passivo.

Não obstante as lições apresentadas, é importante conhecer como a Corte Europeia de Direitos Humanos vem entendendo e eventualmente autorizando a prática de intervenções corporais coercitivas à luz da garantia contra a autoincriminação, no âmbito internacional, bem como os parâmetros por ela estabelecidos para tanto. Tudo isso, diga-se, para atender ao propósito de, ao final, analisar as intervenções corporais coercitivas e sua relação com o princípio *nemo tenetur se detegere* no direito brasileiro – em sedes legislativa, doutrinária e jurisprudencial, verificando se tais medidas são aqui permitidas ou não: em caso positivo, importa saber também se estão de acordo com os parâmetros internacionais; ou, se não permitidas, sob qual fundamento.

²⁹⁶ Incluindo-se, aqui, as *inspecciones y registros corporales*, bem como os *cacheos* do direito espanhol apontados acima; e as *ispeziones e perquisizioni* do direito italiano, ao menos nas hipóteses em que não afetarem a integridade física do sujeito passivo.

2 INTERVENÇÕES CORPORAIS COERCITIVAS À LUZ DOS JULGADOS DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A abordagem deste capítulo, como explicado na introdução do presente trabalho, recai apenas sobre julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos, uma vez que não se encontrou nenhum julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos que trate especificamente de intervenções corporais coercitivas²⁹⁷.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (Convenção) entrou em vigor em 3 de setembro de 1953 e consiste em “tratado internacional ao abrigo do qual os Estados Membros do Conselho da Europa garantem os direitos fundamentais, civis e políticos, não apenas aos seus próprios cidadãos, mas também a qualquer pessoa que se encontre sob sua jurisdição”²⁹⁸.

Com o passar do tempo, a Convenção se tornou um diploma relevante para a tutela dos direitos humanos. A interpretação e a aplicação desses direitos a casos concretos ficam a cargo do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)²⁹⁹ e se firmam como matéria de estudo obrigatório para a compreensão do desenvolvimento dos direitos e garantias fundamentais, entre eles o direito contra a autoincriminação, tanto no continente europeu como também, por consequência e comparação, no continente americano – especialmente em relação a assuntos não tratados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como mencionado na seção 1.1.4 do presente trabalho, a Convenção não prevê expressamente a garantia contra a autoincriminação, sequer em sua vertente do direito ao

²⁹⁷ Nereu José Giacomolli elabora um pequeno histórico de julgados das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos no que tange ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Em relação à Corte Europeia, o autor também deixa claro não haver qualquer julgado relacionado às intervenções corporais coercitivas (*O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*, p. 203-208).

²⁹⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS – Court in brief. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 5 jan. 2020. Neste sítio está disponível a íntegra da Convenção. Logo, todos os artigos da Convenção citados ao longo da presente seção podem ser acessados com o endereço eletrônico retromencionado.

²⁹⁹ Inicialmente, era vedado ao indivíduo apresentar queixa diretamente ao TEDH. No modelo de peticionamento original, o caso devia ser primeiramente apresentado à Comissão Europeia de Direitos Humanos (Comissão), que fazia uma análise preliminar de admissibilidade e tentativa de conciliação entre o indivíduo e o Estado reclamado para, ao final, arquivar o pleito ou enviá-lo ao Tribunal. Em 1998, foi editado e assinado o Protocolo 11 (onze) à Convenção, quando o indivíduo passou a ter legitimidade ativa perante o Tribunal. Foi assim que as pessoas físicas passaram a poder peticionar à Corte direta e individualmente. COUNCIL OF EUROPE. *Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby*. Disponível em: <http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/155>. Acesso em: 10 jun. 2017.

silêncio. No entanto, segundo a doutrina e o entendimento já pacificado pela própria Corte³⁰⁰, essa garantia está implícita na ideia de processo equitativo, justo, trazida pelo artigo 6º, §1º, da Convenção³⁰¹, segundo o qual:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.³⁰²

Nas palavras de Joana Costa:

No âmbito do princípio *nemo tenetur*, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante, TEDH), tem no seu epicentro a ideia segundo a qual o ‘direito ao processo equitativo’ assegurado pelo artigo 6º, n.º I, da Convenção é integrado, expressa ou implicitamente, por um conjunto de diferentes elementos, entre os quais o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação.

Segundo o TEDH, apesar de não expressamente mencionado no artigo 6º da Convenção, o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação constituem *standards* internacionais que se situam no coração da noção de ‘processo equitativo’ (*fair procedure*), tendo na sua razão de ser a ideia de proteção do acusado contra o exercício impróprio de poderes coercitivos pelas autoridades,

³⁰⁰ Nesse sentido: (i) caso Saunders v. Reino Unido. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Court Chamber. *Case of Saunders v. United Kingdom (Application no. 19187/91)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-58009"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 5 fev. 2018; (ii) caso Heaney and McGuinness v. Irlanda. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Fourth Section. *Case of Heaney and McGuinness v. Ireland (Application no. 34720/97)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-59097"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 2 fev. 2018; (iii) caso J.B. v. Suíça. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Second Section. *Case of J.B. v. Switzerland. (Application no. 31827/96)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-59449"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 2 fev. 2018; (iv) caso Allan v. Reino Unido. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Fourth Section. *Case of Allan v. The United Kingdom (Application no. 48539/99)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-60713"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 2 fev. 2018; e (v) caso Jalloh v. Alemanha. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. *Case of Jalloh v. Germany (Application no. 54810/00)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-76307"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 2 fev. 2018.

³⁰¹ Segundo Anderson Rodrigo Silvano: “O reconhecimento do privilégio contra a autoincriminação, no que concerne aos direitos humanos, ocorreu, na Europa, de forma tímida. Tal evento aconteceu somente [em] 25 de fevereiro de 1993, quando a Corte Europeia de Direitos Humanos conheceu e julgou o caso Funk versus France.” (*O conteúdo do princípio do nemo tenetur se detegere na Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017). Como se vê, no julgado Funk v. França, a Corte Europeia de Direitos Humanos, pela primeira vez, reconheceu a garantia à não autoincriminação como implicitamente prevista no artigo 6º, §1º da Convenção. Foi a partir de então que a garantia passou a ser adotada e desenvolvida pela Corte em outros julgados, como aqueles apontados na nota anterior.

³⁰² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 5 jan. 2020.

enquanto condição essencial ao acautelamento do perigo de adulteração da justiça e, neste sentido, à própria realização plena do espírito do artigo 6º da Convenção.³⁰³

No que tange às intervenções corporais coercitivas e à possibilidade de se utilizar como elemento de prova no processo o material obtido por meio de tais medidas, tanto a Comissão, quando ainda existia, quanto o TEDH, já se debruçaram sobre o tema em algumas oportunidades. A matéria de intervenções corporais coercitivas, no entanto, vai além do artigo 6º, §1º, da Convenção. Isso porque, tendo em vista o caráter invasivo e muitas vezes agressivo da medida, os julgadores têm suscitado o estudo da questão também aos olhos dos artigos 3º (proibição da tortura e outros tratamentos desumanos ou degradantes) e 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) da Convenção.

Além disso, em alguns julgados, a Corte chegou a estudar se as intervenções corporais coercitivas estariam de acordo com os artigos 2º (direito à vida), 5º (direito à liberdade e segurança) e 6º, §2º (presunção de inocência), do mesmo diploma legal.

O que se vê – como será demonstrado a seguir, a partir da análise dos julgados – é que, nas hipóteses em que está em jogo a validade de uma condenação baseada em elemento de prova obtido por meio de intervenções corporais coercitivas, ao longo de sua argumentação a Corte invoca o artigo 6º, §1º, da Convenção. Nos casos em que a tarefa é avaliar o modo como a medida foi realizada em face do investigado ou eventuais consequências quanto à sua recusa em se submeter ao procedimento, a regra é trazer à tona os ditames dos demais dispositivos legais retrocitados.

A seção seguinte se dedica a expor casos já julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos – ou seja, tanto pela Comissão quanto pelo TEDH –, envolvendo intervenções corporais coercitivas e o objetivo é avaliar como a Corte evoluiu o seu entendimento sobre este tema e qual o posicionamento atualmente defendido por ela, especialmente à luz do princípio *nemo tenetur se detegere*. Para possibilitar esse estudo, optou-se por expor os julgados em ordem cronológica.

³⁰³ COSTA, J. O princípio *nemo tenetur* na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 32, n. 128, p. 117-183, out./dez. 2011, p. 117-118.

2.1 ANÁLISE DAS INTERVENÇÕES CORPORAIS COERCITIVAS À LUZ DOS JULGADOS DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

2.1.1 Caso X v. República Federativa da Alemanha³⁰⁴

2.1.1.1 Fatos

O requerente (Sr. X) era um cidadão alemão nascido em 1923. Em 1958, foi preso por supostamente ter cometido o delito previsto no artigo 175 do Código Penal da época (relações homossexuais). Nos anos de 1941 e 1953, o Sr. X já havia sido condenado por crimes dessa natureza.

Ao longo das investigações, ele negou ter praticado relações homossexuais e em pelo menos duas ocasiões requereu a designação de advogado para defendê-lo. Um defensor acabou nomeado, mas os autos do processo não deixam claro quando isso aconteceu.

Em 02.01.1959, o requerente foi condenado à pena de dois anos de reclusão. Alegando terem ocorrido ilegalidades ao longo de seu julgamento, o Sr. X interpôs recurso de apelação. O Tribunal deferiu o pleito defensivo e, com isso, anulou a sentença condenatória, determinando o retorno dos autos à Primeira Instância para novo julgamento.

Ao receber novamente o caso, o magistrado determinou que o requerente fosse submetido, ainda que contra a sua vontade, a alguns exames – entre eles, exames corporais invasivos –, a fim de determinar se as “tendências homossexuais” do Sr. X se equiparariam a distúrbios mentais, os quais poderiam caracterizar circunstâncias atenuantes. O requerente, no entanto, se opôs à medida e diante dessa questão específica apresentou recurso às instâncias superiores. Em seu pleito, alegou que o órgão julgador não poderia determinar a sua submissão compulsória a esse tipo de exame, uma vez que ainda não havia sido exarada sentença condenatória. Logo, até que sua culpa estivesse definida, ele não poderia ser submetido a exame para comprovar (ou não) uma eventual circunstância atenuante da pena. Por fim, afirmou que a ordem para a realização dos exames confirmou que o julgador já estava convencido da culpa do réu e, na verdade, somente queria atestar

³⁰⁴ Queixa n. 986/61. Disponível no *yearbook* n. 5, 1962 (esta decisão não está disponível no banco de dados eletrônico da Corte Europeia de Direitos Humanos, podendo ser encontrada apenas fisicamente, no *yearbook* de 1962).

suas tendências homossexuais, a fim de colher mais provas para subsidiar novo édipo condenatória.

2.1.1.2 Procedimento perante a Comissão

O Sr. X apresentou queixa perante a Comissão, alegando violação aos artigos 3º (proibição da tortura e outros tratamentos desumanos ou degradantes), 5º (direito à liberdade e segurança) e 6º, §2º (presunção de inocência), da Convenção, tendo em vista a ordem exarada pelo julgador de Primeira Instância, que o obrigava a se submeter a exames corporais com o propósito de confirmar suas “tendências homossexuais”.

Apesar disso, o órgão julgador decidiu analisar a questão de maneira expressa, somente à luz do último dispositivo legal invocado pelo requerente.

Violação ao artigo 6º, §2º, da Convenção

Argumentos do requerente

Segundo alegado pelo requerente, nos termos do art. 6º, §2º, da Convenção, o réu deve ser presumido inocente até sentença condenatória, ou seja, até a sua culpabilidade restar comprovadamente inconteste. Diante disso, no caso concreto, o fato de o julgador determinar a realização de exame com o intuito, em tese, de avaliar a incidência de circunstância atenuante da pena antes de decidir pela condenação ou absolvição do imputado violaria a sua presunção de inocência.

Argumentos da Comissão

De acordo com a Comissão, intervenções médicas ou corporais coercitivas em face de pessoas investigadas constituem meios normais de obtenção de provas, regularmente utilizados em investigações completas e cuidadosas. Assim, a determinação de tais medidas não é algo tendencioso ou suspeito e, portanto, não viola a presunção de inocência daquele que a elas se submeter.

A Comissão decidiu ser infundada a queixa apresentada pelo Sr. X e, nos termos do artigo 27, §2º, da Convenção, que atribui aos juízes singulares competência para declarar a inadmissibilidade de qualquer pleito, o feito foi definitivamente arquivado, sem ser submetido à apreciação do Tribunal.

2.1.1.3 Análise

Esse caso foi o primeiro analisado pela Comissão referente às intervenções corporais coercitivas para fins de coleta de evidências. Naquela oportunidade, o estudo foi realizado à luz do artigo 6º, §2º, da Convenção, que trata da presunção de inocência.

Apesar de o acórdão não trazer uma rica argumentação sobre o assunto, a Comissão atestou expressamente que tais medidas são meios normais de obtenção de prova e que podem ser utilizadas normalmente ao longo de investigações, sem que isso caracterize violação à presunção de inocência.

Percebe-se, assim, que desde 1962, a Comissão vem autorizando a realização de intervenções corporais coercitivas para obtenção de evidências contra quem a elas for submetido.

2.1.2 Caso X v. Holanda³⁰⁵

2.1.2.1 Fatos

O requerente (Sr. X), enquanto dirigia uma motocicleta, foi parado pela polícia por suspeita de estar dirigindo sob a influência de bebida alcoólica. Nesse momento, foi submetido ao teste do etilômetro (bafômetro), o qual resultou positivo. Os policiais então requisitaram que o sujeito realizasse um exame de sangue para que se confirmasse o nível de álcool em seu organismo. O Sr. X recusou-se a fazer tal exame.

Acontece que a legislação de trânsito holandesa criminalizava a recusa do motorista de se submeter a exames de sangue em casos de suspeita de dirigir sob a influência de bebida alcóolica ou outra substância psicoativa. Por conta disso, o Sr. X foi denunciado e

³⁰⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case X v. Netherlands (Application/Requete 8239/78)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-74224"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 20 jan. 2018.

processado. Ao ser julgado, depois de condenado à pena de dois meses de prisão, teve suspensão a sua carteira de motorista pelo período de seis meses.

O requerente apelou da sentença, mas o seu pleito não foi admitido.

2.1.2.2 Procedimento perante a Comissão

O Sr. X apresentou queixa perante a Comissão por entender que a previsão legal holandesa – que criminalizava a recusa do motorista de se submeter a exame de sangue para comprovar (ou não) o nível de álcool em seu organismo – violaria os artigos 6º, §2º (presunção de inocência), e 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) da Convenção.

Violação ao artigo 6º, §2º, da Convenção

Argumentos do requerente

O requerente afirmou que a aplicação da legislação holandesa em seu desfavor, que criminalizava a recusa do motorista de se submeter a exame de sangue, violaria o princípio da presunção de inocência, uma vez que tal regra obriga o suspeito de dirigir sob a influência de bebida alcóolica a produzir provas contra si mesmo.

Argumentos da Comissão

Segundo a Comissão, o exame de sangue realizado em situações como a apresentada no feito vertente pode ter dois resultados: (i) se positivo, pode comprovar que o motorista estava dirigindo sob a influência de bebida alcóolica – o que é considerado crime, nos termos do artigo 26, §2º, do Código Penal holandês; ou, (ii) se negativo, pode inocentar o motorista. Assim, tal procedimento não necessariamente será contrário ao suspeito, podendo, em alguns casos, funcionar em seu favor.

Além disso, em casos de recusa do indivíduo de se submeter ao exame, a Comissão afirmou que entende ser válida – e, portanto, de acordo com a ideia de presunção de

inocência – a iniciativa das autoridades de requererem que o suspeito se submeta ao procedimento mesmo assim. Segundo afirmaram os julgadores:

A Comissão entende ser razoável que autoridades, no cumprimento de suas tarefas, sejam capazes de tomar certas medidas contra a pessoa suspeita de ter cometido um delito. O artigo 5º, § 1.c, da Convenção até permite a decretação de prisão preventiva nesses casos. Assim, a *fortiori*, devem ser permitidas intervenções mais leves como um exame de sangue [Tradução nossa].³⁰⁶

Na sequência, a Comissão alegou que a legislação holandesa tem parâmetros a serem seguidos para a realização do exame de sangue em questão, por exemplo: (i) o exame somente poderia ser determinado após um teste de etilômetro positivo, para garantir a existência de verdadeira suspeita de que o motorista havia dirigido sob a influência de bebida alcoólica; (ii) a medida somente poderia ser determinada por um promotor de justiça, seu substituto ou um policial autorizado para tanto; e (iii) o exame somente poderia ser realizado por um médico, o qual, constatando qualquer risco, poderia recusar-se a realizar a medida.

Por fim, na Holanda, o crime de dirigir embriagado somente poderia caracterizar-se com a comprovação de que o nível de álcool no sangue do motorista excedia a 0,005 g/ml. Logo, o exame de sangue era extremamente necessário para a comprovação, ou não, do delito.

A Comissão decidiu então que “obrigar o motorista de um veículo motorizado, suspeito de dirigir sob a influência de álcool, a se submeter a um exame de sangue, não é contrário ao princípio da presunção de inocência [Tradução nossa]”, previsto no artigo 6º, §2º, da Convenção³⁰⁷.

Violação ao artigo 8º da Convenção

Argumentos do requerente

O requerente afirmou que a aplicação, em seu desfavor, da legislação holandesa que criminalizava a recusa do motorista de se submeter a exame de sangue também interferiria

³⁰⁶ Fl. 5 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case X v. Netherlands (Application/Requete 8239/78)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-74224"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 6 jan. 2018.

³⁰⁷ Fl. 1 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case X v. Netherlands (Application/Requete 8239/78)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-74224"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 6 jan. 2018.

indevidamente em sua vida privada, uma vez que tal regra obriga o suspeito de dirigir sob a influência de bebida alcoólica a produzir provas contra si mesmo.

Argumentos da Comissão

Segundo a Comissão, o artigo 8º da Convenção garante a todo e qualquer indivíduo o direito de ter respeitada a sua vida privada. Intervenções corporais realizadas contrariamente à vontade da pessoa, ainda que mínimas, têm o condão de violar o dispositivo legal em questão.

No caso concreto, para entender se a lei que criminaliza a realização de exame de sangue contra a vontade do motorista suspeito viola ou não o seu direito à vida privada, a Comissão afirmou ser preciso analisar o objetivo pelo qual a legislação impõe tal medida. Aqui, segundo os julgadores, a previsão legal ora discutida tinha o intuito de proteger a sociedade – especificamente, a segurança das rodovias e a saúde de terceiros, sejam eles pedestres ou outros motoristas.

O Parlamento holandês, ao votar e aprovar tal lei chegou a reconhecer que o diploma legal incluía elementos de coação e de constrição. No entanto, para os congressistas, situações em que interesses vitais estão em jogo e não há outra solução menos drástica – como no presente caso – tais coações e constrições devem ser toleradas.

O entendimento da Comissão restou assim sedimentado:

Portanto, ainda que exame de sangue compulsório possa ser visto como violação à vida privada, de acordo com o significado do Artigo 8º, §1º, também pode ser visto como necessário para proteção do direito de outros, de acordo com o significado do §2º do mesmo artigo [Tradução nossa].³⁰⁸

Por fim, decidiu-se não ter havido, no caso vertente, nenhuma violação de direitos e/ou liberdades garantidos pela Comissão, o que a levou a considerar infundada a queixa apresentada pelo Sr. X, resultando, nos termos do artigo 27, §2º, da Convenção que atribui aos juízes singulares competência para declarar a inadmissibilidade de qualquer pleito, o arquivamento definitivo do feito, sem ser submetido à apreciação do Tribunal.

³⁰⁸ Fl. 6 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case X v. Netherlands (Application/Requete 8239/78)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-74224\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 6 jan. 2018.

2.1.2.3 Análise

A Comissão analisou as intervenções corporais coercitivas sob dois aspectos: (i) respeito à presunção de inocência e (ii) respeito à vida privada do sujeito submetido à medida.

Em relação ao primeiro ponto, o julgado foi importante, pois a Comissão aprofundou o entendimento inicialmente trazido no julgamento do caso “X v. República Federativa da Alemanha” e atestou que legislações que criminalizam a conduta de um indivíduo suspeito de não se submeter a exames para obtenção de provas contra si mesmo não violam a presunção de inocência defendida pelo artigo 6º, §2º, da Convenção.

Desse modo, confirmou a validade de se determinar a realização de intervenções corporais coercitivas ao longo de investigações. Isso porque, conforme demonstrado linhas atrás, tais intervenções não necessariamente resultam na obtenção de provas incriminatórias contra o investigado, podendo, ao revés, gerar elementos probatórios de inocência. Não obstante, a Comissão deixou claro que a medida deve ser encarada como *ultima ratio*, ou seja, somente pode ser empregada se nenhum outro meio de obtenção de prova menos invasivo for suficiente para comprovar o delito investigado. No presente caso, é importante lembrar que estava em jogo o crime de “dirigir embriagado”, o qual somente poderia ser configurado se comprovado que o nível de álcool no sangue do motorista excedia 0,005 g/ml. Logo, nenhuma outra medida poderia substituir o exame de sangue.

Ainda em relação à análise à luz da presunção de inocência, a Comissão reconheceu – ao citar parâmetros impostos pela legislação holandesa para a realização do exame – que alguns requisitos devem ser observados para se garantir a segurança e o controle das intervenções corporais coercitivas, por exemplo: (i) haver indícios suficientes de que o indivíduo cometeu o crime ora investigado; (ii) a medida deve ser autorizada por autoridade competente para tanto; e (iii) o procedimento deve ser efetivado por um médico.

No que tange à análise da adequação das intervenções corporais coercitivas ao artigo 8º da Convenção que defende a vida privada e familiar, segundo a Comissão, tais medidas caracterizam violação à vida privada daquele a elas submetido, mas, ainda assim, podem ser realizadas, dependendo do seu objetivo. Na esteira desse entendimento, fixou-se o seguinte parâmetro: se a legislação previr tais medidas com o fim de salvaguardar direitos fundamentais de terceiros (como segurança de pedestres e de motoristas), estas serão válidas.

2.1.3 Caso X v. Áustria³⁰⁹

2.1.3.1 Fatos

O requerente, Sr. X, nasceu e foi registrado como filho do casal formado pelo Dr. A e pela Sra. B. Em fevereiro de 1975, o Dr. A entrou com uma ação em face do filho alegando não ser o pai biológico do menino.

O Tribunal Regional de Viena determinou que o Sr. X – que figurava como réu na ação de paternidade – fosse submetido a um exame de sangue a fim de esclarecer a questão. Diante da recusa, o Tribunal ordenou que fosse conduzido ao exame, mesmo contra sua vontade.

A Corte de Apelação (Segunda Instância), na sequência, confirmou a determinação do Tribunal, sob o argumento de que o exame de sangue forçado para confirmação de paternidade estava previsto na legislação local e que a medida era razoável e necessária para solucionar controvérsias sobre o assunto.

2.1.3.2 Procedimento perante a Comissão

O requerente apresentou queixa perante a Comissão afirmando que os fatos supracitados violariam os artigos 2º (direito à vida), 5º (direito à liberdade e segurança) e 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar), todos da Convenção.

Violação ao artigo 2º da Convenção

Argumentos do requerente

Segundo o requerente, a decisão que determinou que fosse submetido, à força, a exame de sangue para comprovação de paternidade violou o seu direito à vida, previsto no artigo 2º da Convenção.

³⁰⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case X v. Austria (Application/Requete 8278/78)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-74223"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 20 jan. 2018.

Argumentos da Comissão

De acordo com a Comissão, o artigo 2º da Convenção protege somente violações diretas à vida. E, ainda que tal entendimento fosse estendido para também englobar a proteção à integridade psicológica de um indivíduo, uma intervenção insignificante – como um exame de sangue – não estaria protegida pelo direito à vida.

Além disso, o requerente não apresentou evidências de que o exame de sangue realizado teria colocado em risco a sua vida ou mesmo a sua integridade psicológica. Logo, decidiu-se que os fatos narrados no presente caso não apresentaram violação ao artigo 2º da Convenção.

Violação ao artigo 5º da Convenção

Argumentos do requerente

Segundo o requerente, a decisão que determinou que ele fosse submetido, à força, a coleta de sangue para exame de paternidade, violou o seu direito à liberdade, previsto no artigo 5º da Convenção.

Argumentos da Comissão

A Comissão destacou que, a princípio, até concordaria que a submissão coercitiva do réu a exame de sangue caracterizaria violação ao seu direito à liberdade, nos termos do artigo 5º, §1º, da Convenção. Entretanto, a alínea “b” do citado dispositivo legal prevê uma exceção para tal garantia, segundo a qual se autoriza que seja determinada a prisão, decretada por um tribunal, de quem desobedecer à ordem legal ou de quem estiver colocando em risco o cumprimento de uma obrigação prevista em lei.

Portanto, se é possível decretar a mais drástica das medidas – a prisão – por conta do descumprimento de ordem judicial legal, de acordo com o artigo 5º da Convenção, o cumprimento compulsório da determinação de realização de exame de sangue, no presente caso, não pode ser tido considerado violação da liberdade do Sr. X.

Violação ao artigo 8º da Convenção

Argumentos do requerente

Segundo o requerente, a extração compulsória de sangue para comprovação de paternidade, contrariamente à sua vontade, violou o direito de ter sua vida privada protegida, nos termos do artigo 8º da Convenção.

Argumentos da Comissão

Nesse ponto, a Comissão destacou que intervenções médicas compulsórias até podem ser tidas como ingerências indevidas na vida privada daquele submetido à medida, de acordo com o artigo 8º, §1º, da Convenção. No entanto, a questão deve ser analisada também à luz do parágrafo 2º do mesmo dispositivo legal, que prevê a possibilidade de “ingerência da autoridade pública no exercício deste direito” quando:

[...] estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, para a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiro.³¹⁰

No presente caso, assim como destacado pela Corte de Apelação austríaca, o exame de sangue compulsório estava devidamente previsto na legislação nacional. Logo, de acordo com o artigo 8º, §2º, da Convenção, não viola o direito à vida privada daquele submetido ao procedimento.

Com relação ao objetivo e à necessidade da medida, a Comissão afirmou que diversos direitos familiares – entre eles o direito de sucessão ou de receber auxílios financeiros – estão diretamente ligados aos laços parentais. Por essa razão, é grande o interesse da sociedade no assunto, o que justifica a atribuição de poder ao judiciário para determinar compulsoriamente a realização de um método científico inofensivo (o exame de sangue), quando for necessário averiguar relações parentais.

³¹⁰ Art. 8º, §2º, da Convenção. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 9 jan. 2018.

Na avaliação dos julgadores, “de acordo com as circunstâncias do caso, esses interesses devem prevalecer sobre os interesses do requerente de ser protegido contra interferências em sua vida privada [Tradução nossa]”³¹¹. Portanto, a determinação do exame, mesmo contra a vontade do requerente, é necessária em uma sociedade democrática, a fim de proteger os direitos de outros. Na situação concreta, portanto, não se vislumbrou violação ao artigo 8º da Convenção.

A Comissão decidiu que a queixa apresentada pelo Sr. X era infundada. Com isso, nos termos do artigo 27, §2º, da Convenção, que atribui aos juízes singulares competência para declarar a inadmissibilidade de qualquer pleito, o feito foi definitivamente arquivado, sem ser submetido à apreciação do Tribunal.

2.1.3.3 Análise

Este julgado deve ser considerado paradigmático, pois foi a primeira vez que a Comissão analisou as intervenções corporais coercitivas (aqui, trata-se de exame compulsório de sangue) à luz dos artigos 2º e 5º da Convenção.

Em relação ao primeiro dispositivo legal citado, os julgadores expressaram que intervenções corporais em si, ainda que coercitivas, são consideradas insignificantes em face do direito à vida e, por esta razão, não caracterizam violação a tal direito, a não ser que reste comprovado que a execução da medida chegou a colocar em risco a vida do indivíduo a ela submetido ou à sua integridade psicológica.

Quanto à segunda previsão legal, a Comissão também entendeu que as intervenções corporais coercitivas não implicam violação à liberdade, uma vez que o artigo 5º, §1º, “b”, da Convenção autoriza a prisão – solução mais gravosa – daquele que descumprir ordem legal. Assim, sedimentou-se o entendimento de que as medidas aqui discutidas não têm o condão de ferir o direito à vida e a liberdade daquele a elas submetido.

Ainda, no presente caso, a Comissão aprofundou os argumentos relacionados ao artigo 8º da Convenção, que já haviam sido trazidos à tona no julgamento do caso “X v. Holanda”, citado anteriormente. Isso porque, apesar de o órgão julgador continuar entendendo que as intervenções corporais coercitivas caracterizam violação à vida privada,

³¹¹ Fl. 4 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case X v. Austria (Application/Requete 8278/78)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-74223"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 20 jan. 2018.

os magistrados foram além e definiram requisitos/parâmetros claros para determinar as situações de exceção que autorizam, nos termos do parágrafo 2º do artigo 8º em questão, as intervenções corporais coercitivas.

A propósito, os parâmetros para aplicação dessas medidas podem ser assim resumidos: (i) existência de previsão legal expressa; (ii) análise da necessidade da medida – ou seja, não pode haver outro meio apto, mas menos ofensivo para alcançar o fim desejado (iii) objetivo – a medida deve ter o objetivo de proteger direitos fundamentais de terceiros; e (iv) a necessidade e os objetivos supracitados devem estar de acordo com uma sociedade democrática.

No presente julgado, portanto, demonstrou-se que, no que diz respeito à previsão do artigo 8º da Convenção, crucial não é a intervenção corporal coercitiva em si, mas sim a existência de uma previsão legal e de uma ordem válida para tanto, que indique claramente a necessidade e os fins a que se destina a medida. Essa posição – como será demonstrada na análise dos casos a seguir – passou a ser mais utilizada pela Comissão e pelo TEDH ao longo dos anos.

Por fim, vale destacar que em diversas passagens do julgado a Comissão se refere ao exame de sangue como intervenção corporal insignificante ou como procedimento científico inofensivo, atestando, assim, que aos seus olhos essa espécie de medida corporal coercitiva não é considerada grave.

2.1.4 Caso Acmanne e outros v. Bélgica³¹²

2.1.4.1 Fatos

Tendo em vista um surto de tuberculose ocorrido na Bélgica, foi determinado, de acordo com previsão legal, que diversas crianças realizassem exames de triagem da doença, como raio-x e exame de pele. Alguns pais e professores se revoltaram contra a ordem e acabaram não permitindo que seus filhos e/ou alunos fossem submetidos aos procedimentos médicos. Devido a tal recusa, pais e professores foram processados e condenados.

³¹² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Roger ACMANNE and others v. BELGIUM (Application/Requete 10435/83)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-74749"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 20 jan. 2018.

2.1.4.2 Procedimento perante a Comissão

Os requerentes, condenados por impedirem que seus filhos ou alunos fossem submetidos a exames de triagem de tuberculose autorizados pela legislação belga, argumentaram que tal previsão legal e as condenações dela decorrentes violariam o direito ao respeito pela vida privada e familiar, protegido pelo artigo 8º da Convenção.

Violação ao artigo 8º da Convenção

Argumentos do requerente

Inconformados, os requerentes alegaram que a lei que determinava a realização compulsória de exames de triagem de tuberculose, sob pena de condenação, bem como as respectivas sanções a eles aplicadas devido à recusa, violariam o artigo 8º da Convenção. Alegaram, ademais, que os exames coercitivos afrontariam a vida privada das pessoas e sequer seriam necessários para a proteção da saúde.

Argumentos da Comissão

De acordo com a Comissão, deve-se primeiramente analisar se uma intervenção corporal coercitiva caracteriza ou não violação ao direito à vida privada daquele submetido à medida e, em caso positivo, ponderar se a violação pode ou não ser justificada nos termos do artigo 8º, §2º, da Convenção.

No que tange ao primeiro ponto, assim como nos casos anteriores, entendeu-se que procedimentos médicos compulsórios – como exame de sangue e, neste caso, raio-x – podem configurar interferência na vida privada dos indivíduos a eles submetidos. No entanto, somente essa constatação não é suficiente para determinar a violação (ou não) ao artigo 8º da Convenção. A questão também deve ser estudada à luz do parágrafo segundo deste mesmo artigo.

Nesse caso, a Comissão confirmou os requisitos/parâmetros a serem observados, a fim de determinar se uma conduta está (ou não) de acordo com o artigo 8º, §2º, da Convenção; são eles: (i) existência de previsão legal autorizando a medida; (ii) necessidade

da medida; (iii) objetivos da medida; e (iv) a necessidade e os objetivos supracitados, de acordo com uma sociedade democrática.

Em relação ao item (i), no caso concreto, a Comissão afirmou que os exames de tuberculose estavam devidamente previstos na legislação belga. Além disso, o delito decorrente da recusa em se submeter a tais exames também tinha respaldo legal.

Quanto à necessidade de realização dos exames, os julgadores informaram que, nesse ponto, deve-se examinar se a intervenção corporal imposta é proporcional aos objetivos perseguidos. Na situação concreta, os exames não constituíam procedimento degradante nem desumano, mas sim medida simples e inofensiva, sem contar que a preservação da saúde pública era de extrema importância para a sociedade. Ademais, os requerentes tinham “um dever social de aderir ao interesse geral e não colocar em risco a saúde de outros, considerando que suas vidas não estavam em risco [Tradução nossa]”³¹³. Com esse raciocínio, a Comissão julgou que a intervenção compulsória discutida foi proporcional aos fins por ela perseguidos, além de necessária à proteção da saúde em uma sociedade democrática.

Ainda, no que tange aos objetivos da medida (item iii), a legislação em questão foi criada e, posteriormente, os exames foram determinados com o propósito de proteger a saúde pública e também, no caso analisado, a saúde dos requerentes. Em conclusão, não se vislumbrou violação ao artigo 8º da Convenção.

Na sequência, a Comissão julgou infundada a queixa apresentada pelo Sr. X e este *decisum*, nos termos do artigo 27, §2º, da Convenção, que atribui aos juízes singulares competência para declarar a inadmissibilidade de qualquer pleito, suscitou o arquivamento definitivo do feito, sem ser submetido à apreciação do Tribunal.

2.1.4.3 Análise

Nesse caso, mais uma vez, a Comissão analisou as intervenções corporais coercitivas à luz do artigo 8º da Convenção e, com isso, confirmou o que já havia defendido nos julgados antecedentes: as intervenções corporais coercitivas podem

³¹³ Fl. 6 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Roger ACMANNE and others v. BELGIUM* (Application/Requete 10435/83). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-74749"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 9 jan. 2018.

caracterizar interferência na vida privada, porém, em algumas situações, tal interferência pode ser justificada.

A Comissão confirmou os mesmos parâmetros/requisitos anteriormente destacados inicialmente no julgamento “X v. Áustria”. No entanto, a presente decisão tem especial importância porque, pela primeira vez, evidenciou-se expressamente a ideia de proporcionalidade atrelada à adoção das medidas discutidas. Os julgadores deixaram claro que a intervenção corporal coercitiva somente será válida se proporcional aos objetivos desejados³¹⁴.

2.1.5 Caso Peters v. Holanda³¹⁵

2.1.5.1 Fatos

O Sr. Peters, cidadão alemão, encontrava-se preso em um estabelecimento prisional na cidade de 's-Hertogenbosch, na Holanda.

Em 21.11.1991, as autoridades prisionais suspeitaram que o requerente estava usando drogas dentro da penitenciária e, por este motivo, solicitaram que se submetesse a teste de urina. A recusa do Sr. Peters à realização do exame culminou na aplicação de punição disciplinar de cinco dias de confinamento na própria cela.

Inconformado, o Sr. Peters enviou reclamação à Comissão de Supervisão prisional alegando que a obrigação de se submeter a teste de urina, sob pena de ter contra si uma sanção aplicada, violava o seu direito à integridade psicológica – direito este protegido pela Constituição Federal holandesa e pelo artigo 8º da Convenção. Além disso, afirmou que as regras relacionadas ao exame compulsório de urina, em casos como o presente, foram estabelecidas por meio de portaria e não por meio de lei; logo, a previsão legal seria insuficiente. Por fim, declarou que tal portaria diria respeito a testes de urina compulsórios realizados quando houvesse suspeita de que determinado detento estivesse consumindo drogas dentro da prisão, não se relacionando, portanto, a testes praticados regular e ordinariamente contra os presos (“exames de rotina”), sem qualquer fundamentação.

³¹⁴ A Corte atrela o conceito de proporcionalidade à ideia de subsidiariedade, ou seja, a intervenção corporal coercitiva somente será proporcional se não houver outro meio de obtenção de prova menos invasivo apto/capaz de alcançar os fins perquiridos.

³¹⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Theodorus Albert Ivo PETERS v. Netherlands (Application n. 21132/93)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-1835"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 20 jan. 2018.

O pleito defensivo foi indeferido pela Comissão de Supervisão, a qual confirmou que o diretor da penitenciária teria poderes para determinar que um detento se submetesse a exame de urina, a fim de comprovar se estava ou não consumindo drogas dentro do presídio. Alegou ainda que a base legal para a medida tomada era válida e que a sanção disciplinar aplicada devido à recusa do detento era legal e razoável.

O Sr. Peters apresentou novo recurso, ao qual anexou a declaração de outro detento, confirmando que as autoridades prisionais cotidianamente obrigavam os presos a se submeterem a exames de urina, de maneira aleatória, e que as amostras de urina coletadas não eram propriamente lacradas e armazenadas, o que facilitava a falsificação desse material. Mais uma vez, a demanda foi rejeitada.

2.1.5.2 Procedimento perante a Comissão

Em 16.12.1992, o Sr. Peters apresentou queixa em face da Holanda, alegando que os fatos narrados caracterizavam infração ao artigo 8º da Convenção (direito ao respeito pela vida privada e familiar).

Violação ao artigo 8º da Convenção

Argumentos do requerente

Segundo o requerente, a obrigação imposta pelas autoridades prisionais de que um detento se submeta a exame de urina a fim de examinar a presença (ou não) de drogas em seu organismo violaria o direito de ter sua vida privada respeitada.

O procedimento também não teria previsão legal – uma vez que fora autorizado por uma circular extremamente vaga –, em desacordo com o artigo 8º, §2º, da Convenção. Ademais, o exame de urina realizado em face do requerente sequer estaria de acordo com a circular, pois foi realizado aleatoriamente e não em razão de uma conduta suspeita por ele praticada que levasse as autoridades a suspeitar que estaria usando drogas.

Por fim, o Sr. Peters também invocou as seguintes questões: (i) as autoridades prisionais não poderiam impor o teste de urina de maneira autônoma, ou seja, sem que houvesse autorização judicial para tanto; (ii) não havia nenhuma assistência legal no

processo de tomada de tal decisão; (iii) o teste de urina era realizado de maneira humilhante, pois o detento, enquanto urinava, era assistido pelo supervisor do presídio; (iv) a amostra de urina não era propriamente lacrada e armazenada, facilitando eventual falsificação; (v) a circular que previa o exame nada dizia sobre como a amostra deveria ser armazenada, nem como poderia ser realizado um segundo exame de confirmação.

Argumentos da Comissão

Inicialmente, a Comissão determinou a inadmissibilidade da queixa apresentada pelo Sr. Peters em relação aos itens “iv” e “v” retromencionados, ante o argumento de que o requerente não chegou a ser submetido ao exame e, portanto, não poderia ser considerado vítima de qualquer irregularidade referente a armazenamento, lacração ou checagem de sua amostra de urina. Por fim, ainda nesse ponto, destacou-se que a Comissão somente analisa a situação específica e individual do requerente e não o escopo geral da lei a ele aplicada.

No que tange à alegação de que a coleta da urina seria humilhante, a Comissão relacionou a questão também ao artigo 3º da Convenção, que proíbe tortura e tratamentos desumanos ou degradantes. No entanto, tendo em vista a necessidade de se controlar o uso de drogas dentro dos presídios, entendeu que o fato de o detento urinar em frente ao supervisor da prisão não chega ao nível mínimo de crueldade e de severidade necessário para caracterizar violação a tal dispositivo legal.

Em relação aos demais argumentos, a Comissão destacou que a obrigação de se submeter a exame de urina consiste em violação ao direito do requerente de ter respeitada a sua vida privada, de acordo com uma interpretação literal do artigo 8º, §1º, da Convenção. No entanto, para determinar se essa medida poderia ou não ser justificada, seria necessária uma análise da questão, de acordo com o parágrafo 2º do mesmo dispositivo legal.

A Comissão considerou então que o exame de urina compulsório estava devidamente previsto na Circular emitida pelo presídio. Assim, o procedimento estava “de acordo com a legislação”, exatamente como exigido pelo artigo 8º, §2º, da Convenção.

Sobre a necessidade do teste em questão, a Comissão entendeu que em caso de “prevenção de desordem ou crime” as autoridades prisionais podem autorizar medidas mais drásticas em relação a detentos suspeitos de estarem praticando irregularidades – como, por exemplo, o consumo de drogas dentro da prisão.

De acordo com os julgadores: “A Comissão está convencida de que a interferência contra a qual reclama o requerente pode ser considerada necessária, em uma sociedade democrática, para a prevenção de desordem e crimes, estando, portanto, justificada, de acordo com o artigo 8º, §2º, da Convenção [Tradução nossa].”³¹⁶.

Diante disso, considerando que o exame de urina compulsório estava previsto na legislação holandesa e a medida era necessária para prevenir desordem e crimes dentro de estabelecimentos prisionais, a Comissão decidiu não haver violação alguma ao artigo 8º da Convenção.

Com base nos fatos, a Comissão julgou infundada a queixa apresentada pelo Sr. Peters e, nos termos do artigo 27, §2º, da Convenção, que atribui aos juízes singulares competência para declarar a inadmissibilidade de qualquer pleito, o feito foi definitivamente arquivado, sem ser submetido à apreciação do Tribunal.

2.1.5.3 Análise

A análise das intervenções corporais coercitivas pela Comissão, à luz do artigo 8º da Convenção, como se percebe, é recorrente. Também é recorrente o entendimento de que tais medidas constituem uma intervenção na vida privada, mas podem ser autorizadas à luz do parágrafo segundo do mesmo dispositivo legal, quando presentes os requisitos/parâmetros destacados nos casos anteriores.

No presente feito, a Comissão foi além e trouxe uma importante novidade ao tema, que é a definição do conteúdo da expressão “previsão legal” – um dos parâmetros necessários para a autorização das intervenções corporais coercitivas, de acordo com o artigo 8º, §2º, da Convenção. E, nesse ponto, estabeleceu-se um conceito mais abrangente da expressão, elevando a previsão oriunda de uma circular policial a patamar de previsão legal.

Com base nesse julgado, entende-se que a Comissão considera válida a previsão – ou autorização – das medidas compulsórias ora discutidas, tanto por meio de leis como por meio de portarias, decretos, circulares etc.

³¹⁶ Fl. 5 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Theodorus Albert Ivo PETERS v. Netherlands (Application n. 21132/93)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-1835"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 20 jan. 2018.

Outro ponto relevante diz respeito à afirmação da Comissão de que as autoridades prisionais podem autorizar medidas mais drásticas em relação a detentos suspeitos de estarem praticando irregularidades. Ao utilizar o termo “detentos suspeitos”, a Corte dá a entender que para autorização de medidas mais drásticas, como as intervenções corporais coercitivas, deve haver suspeita/indícios da autoria delitiva, assim como já tinha feito no caso “X. v. Holanda”.

2.1.6 Caso Saunders v. Reino Unido³¹⁷

No presente caso, o tema principal alegado pelo representante e analisado pelo TEDH, apesar de relacionado ao *nemo tenetur se detegere* – especificamente sobre o direito do acusado de não ser obrigado a testemunhar contra si mesmo – não está diretamente ligado às intervenções corporais coercitivas. No entanto, em algumas passagens acessórias do julgado, a título de *obiter dictum*, as intervenções corporais coercitivas, entre outros métodos compulsórios de obtenção de provas, são tratadas pelo Tribunal.

Em razão disso, o caso Saunders v. Reino Unido vem sendo recorrentemente citado como paradigma no tema e, tendo em vista o escopo deste trabalho, será explorado na sequência.

2.1.6.1 Fatos

Em 1981, o reclamante galgara o cargo de diretor executivo da empresa Guinness PLC (Guinness). No início de 1986, a Guinness iniciou uma disputa societária com outra companhia aberta, chamada Argyll Group PLC (Argyll), a fim de tomar o controle de uma terceira empresa, a Distillers Company PLC (Distillers). A disputa foi vencida pela Guinness.

Durante a disputa, o preço das ações da Guinness aumentou muito, mas em seguida caiu significativamente. Esse aumento de preço foi resultado de uma operação ilegal de compra de ações envolvendo certas pessoas (apoiadores), que adquiriram ações da Guinness

³¹⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Court Chamber. *Case Saunders v. United Kingdom (Application n. 19187/91)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-58009\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 20 jan. 2018.

justamente com o objetivo de inflar/aumentar o seu valor. Na ocasião, prometeram-se indenizações aos apoiadores por eventuais perdas que pudessem sofrer e, em alguns casos, taxas de sucesso, se a oferta da Guinness para aquisição da Distillers saísse vencedora. Os incentivos, no entanto, eram ilegais e desencadearam investigações, lideradas pela Secretaria de Comércio e Indústria britânica.

Investigações administrativas e criminais

A Secretaria de Comércio e Indústria nomeou investigadores para analisar a questão no âmbito administrativo e, em 10.12.1986, o procedimento foi iniciado com a colheita de testemunhos de pessoas envolvidas na disputa societária travada pela Guinness. Ao longo desse procedimento administrativo, o representante foi ouvido em nove diferentes ocasiões, sempre acompanhado por seu advogado.

À época dos fatos, é importante mencionar, vigorava no Reino Unido o *Companies Act 1985*, segundo o qual, investigados pela Secretaria de Comércio e Indústria britânica eram obrigados a testemunhar e responder às perguntas formuladas pelos investigadores administrativos nomeados. A recusa do suspeito em falar poderia resultar em acusação de desacato e aplicação de pena de multa e prisão de até dois anos³¹⁸.

Depois de algum tempo, os investigadores apuraram evidências sobre eventual cometimento de crimes, o que resultou no compartilhamento de todo o material até então colhido na apuração administrativa com órgãos persecutórios britânicos.

O inquérito policial só foi aberto alguns meses depois. O requerente, em conjunto com outros suspeitos, foi inicialmente investigado e na sequência denunciado como incurso em diversos delitos referentes à operação ilegal de compras de ação da Guinness.

Durante o julgamento, um dos defensores alegou que as transcrições dos depoimentos colhidos pelos investigadores, ao longo do procedimento administrativo, seriam inadmissíveis e, portanto, deveriam ser excluídas porque (i) os depoimentos teriam sido obtidos em situação de opressão em relação aos declarantes ou em circunstâncias que não seriam confiáveis e, (ii) tendo em vista a situação de opressão a que foram submetidos os acusados, a admissão de tais depoimentos colocaria em xeque a equidade do julgamento. Ainda, segundo o defensor, a autoridade que colheu os testemunhos deveria

³¹⁸ UNITED KINGDOM. Legislation. *Companies Act 1985*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/6/contents>. Acesso em: 4 jan. 2018.

ter informado aos declarantes sobre o direito de ficarem calados e de não se autoincriminarem.

Ao analisar a questão, o juiz manifestou-se pela admissibilidade dos depoimentos. Posteriormente, o tribunal realizou nova análise da questão com base em pedido efetuado pela defesa do requerente, que pleiteava a inadmissibilidade das transcrições das suas oitava e nona inquirições, sob o argumento de que a admissão do material afetaria a equidade do julgamento, tendo em vista que à época dos testemunhos o Sr. Saunders estava fortemente doente e também já havia sido denunciado; logo, figurando como réu em processo criminal tinha o direito de ficar silente e de não se autoincriminar.

Com base nesses argumentos, o magistrado determinou a exclusão dos depoimentos por entender que na qualidade de réu em processo criminal instaurado com base nos mesmos fatos, o Sr. Saunders não poderia ter sido compulsoriamente inquirido pelos investigadores, mesmo que em sede administrativa.

O julgamento do Sr. Saunders

O Sr. Saunders, em conjunto com outros três corréus, foi julgado pela prática, em tese, de quinze delitos: oito acusações de contabilidade falsa, duas acusações de roubo e demais acusações de conspiração para cometer a fraude.

Ao longo do julgamento, os diversos depoimentos prestados aos investigadores administrativos pelo requerente e por um colaborador³¹⁹ foram largamente invocados pela acusação para demonstrar a culpa do Sr. Saunders. Por exemplo, o promotor leu passagens das respostas fornecidas pelo requerente aos investigadores, nas quais o depoente afirmava conhecer e até ter autorizado pagamentos feitos pela Guinness a alguns colaboradores. Esses depoimentos foram apresentados ao júri pela acusação durante três dias seguidos.

O requerente decidiu produzir provas e, assim, acabou dirigindo-se ao júri para rebater as citações acusatórias. O réu afirmou que nada sabia sobre o pagamento de indenizações ou prêmios pela empresa Guinness relacionados à compra de ações da companhia e que jamais foi consultado sobre o assunto. No momento do *cross-examination*, o advogado do colaborador também confrontou o Sr. Saunders com base em trechos do seu depoimento prestado perante os investigadores administrativos, a fim de

³¹⁹ O diretor financeiro da Guinness (Mr. Roux) atuou no caso como colaborador da acusação, em troca de imunidade.

demonstrar que o depoente não estava dizendo a verdade ao júri. Ao final, o requerente foi condenado por doze delitos relacionados a conspiração, contabilidade falsa e roubo, o que resultou em uma sentença de cinco anos de reclusão.

A defesa apelou da condenação alegando, em síntese, que (i) foi dado valor muito alto ao depoimento e às informações fornecidas pelo diretor financeiro da Guinness, o qual atuou como colaborador da acusação em troca de imunidade, e que (ii) a utilização dos depoimentos prestados aos investigadores administrativos comprometeu a equidade do julgamento.

Os argumentos defensivos foram rejeitados. Nesse caso concreto, a Corte de Apelação expressamente registrou que as respostas dadas por indivíduos aos investigadores administrativos podem ser admitidas como evidências em procedimentos criminais, mesmo que tal admissão se sobreponha ao direito à não autoincriminação. Destacou também que as entrevistas realizadas pelos investigadores administrativos com os acusados “formaram uma parte significativa da hipótese acusatória [Tradução nossa]”³²⁰.

Por fim, a Corte de Apelação afirmou que o juiz de Primeiro Grau exagerou ao condenar o Sr. Saunders por doze crimes. A exclusão de um dos crimes gerou uma redução de dois anos e meio na pena inicialmente imposta.

2.1.6.2 Procedimento perante a Comissão

Em 20.07.1988, o representante apresentou queixa à Comissão, alegando que o fato de a acusação ter utilizado como elemento de prova em procedimento criminal os depoimentos por ele compulsoriamente prestados a investigadores administrativos feriu o seu direito a um julgamento justo e equitativo, previsto no artigo 6, §1º, da Convenção (direito a um processo equitativo).

Em 07.12.1993, a queixa foi admitida e a Comissão opinou pela violação ao citado artigo da Convenção.

³²⁰ Fl. 11 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Court Chamber. *Case Saunders v. United Kingdom (Application n. 19187/91)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-58009"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 3 jan. 2018.

2.1.6.3 Procedimento perante o TEDH

Violação ao artigo 6º, §1º, da Convenção

Argumentos do requerente

O requerente alegou violação ao artigo 6º, §1º, da Convenção porque lhe teria sido negado o direito a um julgamento justo já que os seus depoimentos, colhidos compulsoriamente pelos investigadores administrativos, foram utilizados como prova contra ele em procedimento criminal. Como se não bastasse, tais depoimentos formaram uma relevante parte da hipótese acusatória, conforme destacado pela Corte de Apelação britânica.

Nesse caso, afirmou-se que o direito à não autoincriminação está implícito ao direito a um julgamento justo, especificamente o direito de não ser obrigado a produzir provas a serem utilizadas contra si mesmo.

Argumentos do Estado britânico

Para os julgadores do Estado britânico, as respostas dadas pelo requerente aos investigadores administrativos não foram autoincriminadoras e somente em caso positivo é que não poderiam ser utilizadas em procedimento criminal. Ainda, admitiu-se que um réu ou investigado em procedimento criminal não pode ser obrigado a testemunhar contra si mesmo, tampouco pode ser obrigado a responder perguntas a ele dirigidas. A não observância de tal regra levaria à infração do direito a um julgamento justo e equitativo.

O direito à não autoincriminação, contudo, não pode ser considerado absoluto e imutável. Outras jurisdições (como Noruega, Canadá, Austrália, Nova Zelândia e Estados Unidos da América) admitem a tomada compulsória de declarações no bojo de investigações administrativas relacionadas a fraudes financeiras e empresariais, bem como a utilização de tais depoimentos em julgamentos criminais a fim de confrontá-los com declarações prestadas por réus e testemunhas durante o julgamento perante o júri.

Feitos esses esclarecimentos, o Estado britânico alegou que nem sempre a acusação é proibida de utilizar evidências autoincriminadoras obtidas sem o consentimento dos

acusados. E, nesse ponto, há a primeira menção, ao longo desse julgado, às intervenções corporais coercitivas, quando são descritos documentos e outras evidências que podem ser obtidos como resultado do exercício, pelas autoridades persecutórias, de poderes coercitivos, por exemplo: buscas e apreensões de documentos por meio de mandados judiciais e extração de amostras de saliva, urina ou sangue do corpo do investigado.

Assim, argumentou-se que não pode haver uma regra absoluta, implícita no artigo 6º, §1º, da Convenção, sob a alegação de que o uso de qualquer declaração – ou outro elemento de prova – obtida compulsoriamente resultaria automaticamente em julgamento injusto.

Argumentos da Comissão

Segundo a Comissão, o direito à não autoincriminação é essencial para salvaguardar indivíduos contra as mais diversas formas de opressão e coação. O princípio está ligado diretamente à presunção de inocência e deve ser aplicado a todo e qualquer investigado – incluindo aqueles que supostamente tenham praticado complexas fraudes empresariais. Logo, o tipo de crime cometido não deveria influenciar a interpretação e a aplicação do *nemo tenetur se detegere*.

No presente caso, o Sr. Saunders só foi obrigado a depor – fornecendo, assim, evidências – porque a acusação, em diversas oportunidades, citou os depoimentos prestados por ele e pelo colaborador aos investigadores administrativos. Por essa razão, a Comissão entendeu que o uso de tais depoimentos, compulsoriamente obtidos, mostrou-se opressivo e prejudicou a defesa do acusado, privando-o de um julgamento justo.

Argumentos do *Amicus Curiae*

A *Liberty* requereu que o TEDH declarasse que o artigo 6º, §1º, da Convenção proíbe que evidências autoincriminadoras sejam obtidas de um indivíduo ameaçado de qualquer sanção judicial e que, conseqüentemente, proíbe que tais evidências sejam admitidas em procedimento criminal.

Argumentos do TEDH

Preliminarmente, o TEDH deixou claro que o artigo 6º, §1º, da Convenção não se aplica a investigações preparatórias realizadas no âmbito administrativo da Secretaria de Comércio e Indústria britânica.

Para o Tribunal, o ponto a ser analisado em relação ao caso em exame alude ao uso dos depoimentos no julgamento do Sr. Saunders – ou seja, se eles foram utilizados com o único propósito de incriminar o réu – e não o fato, ou não, de terem sido colhidos no âmbito administrativo.

O Tribunal destacou ainda que o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação são o coração da ideia de julgamento justo e equitativo, previsto no artigo 6º, §1º, da Convenção. Além disso, o direito à não autoincriminação, especificamente, pressupõe que a acusação não construa seu caso com base em evidências obtidas por métodos de coação ou opressão, contrariamente à vontade do acusado, motivo pelo qual tal direito também é ligado à ideia de presunção de inocência prevista no artigo 6º, §2º, da mesma Convenção.

Nos desdobramentos do direito à não autoincriminação, o TEDH apontou inicialmente que este direito se relaciona majoritariamente ao direito do acusado de permanecer em silêncio. Na sequência, abordou as intervenções corporais coercitivas, destacando expressamente que o direito à não autoincriminação não se estende ao material que pode ser obtido do acusado pelo uso de poderes compulsórios, mas que tenha existência independente da sua vontade, como por exemplo, amostras de sangue e urina:

O direito de não se autoincriminar está primordialmente ligado ao respeito em relação à vontade do acusado de permanecer em silêncio. Assim, como comumente entendido nos ordenamentos jurídicos dos países aderentes da Convenção e em outros locais, esse direito não se estende ao uso, em processos criminais, de materiais que possam ser obtidos do acusado mediante a utilização de poderes compulsórios, mas que tenham existência independente da sua vontade, assim como, *inter alia*, documentos adquiridos no cumprimento de um mandado de busca, amostras de sangue e urina coletadas para realização de exames de DNA [Tradução nossa].³²¹

Na sequência, o TEDH passou a analisar o caso concreto do Sr. Saunders, o qual, por não ser relacionado diretamente às intervenções corporais coercitivas, mas sim às

³²¹ Fl. 20 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Court Chamber. *Case Saunders v. United Kingdom* (Application n. 19187/91). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-58009"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 3 jan. 2018.

declarações prestadas pelo acusado e ao direito ao silêncio, temas não vinculados ao objeto deste trabalho, não será aqui explorado.

Ao final, ficou decidido que os depoimentos do requerente tinham cunho autoincriminador e foram utilizados larga e propositadamente pela acusação ao longo do julgamento, com o intuito de oprimir e incriminar o réu. Logo, restou caracterizada a violação ao artigo 6º, §1º, da Convenção.

Voto divergente apresentado pelo juiz Martens e seguido pelo juiz Kuris

O juiz Martens – seguido pelo juiz Kuris – apresentou voto divergente, alegando não ter vislumbrado, no caso sob análise, violação ao artigo 6º, §1º, da Convenção, uma vez que o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação não são absolutos e não foram contrariados no feito vertente.

Ao longo de sua argumentação, o magistrado criticou a supracitada decisão do TEDH por reconhecer que o direito à não autoincriminação está primordialmente vinculado ao “respeito à vontade da pessoa acusada [Tradução nossa]”³²² e que o direito ao silêncio e o direito de não produzir provas contra si mesmo fazem parte “do coração da noção de processo justo e equitativo [Tradução nossa]”³²³, aliados à necessidade de se garantir a dignidade e a autonomia humanas.

Segundo o juiz, essa é uma interpretação exagerada do artigo 6º, §1º, da Convenção, pois na sociedade moderna – na qual alguns tipos de crime demandam combate efetivo – é imprescindível que suspeitos de terem praticado delitos graves sejam obrigados a cooperar com as investigações, mesmo que isso os leve à própria condenação. E completa a sua argumentação:

Eu acredito que especialmente o amplo princípio contra a autoincriminação pode ser retringido por lei a fim de se protegerem interesses legítimos da comunidade. Na minha opinião, em princípio, fica a cargo da legislação nacional obrigar suspeitos específicos, por meio de ameaças ou sanções, a contribuírem passiva

³²² Fl. 41 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Court Chamber. *Case Saunders v. United Kingdom* (Application n. 19187/91). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-58009\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 4 jan. 2018.

³²³ Fl. 38 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Court Chamber. *Case Saunders v. United Kingdom* (Application n. 19187/91). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-58009\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 4 jan. 2018.

ou ativamente para a produção de evidências, mesmo evidências decisivas contra eles mesmos [Tradução nossa].³²⁴

O magistrado, nesse tópico, abordou expressamente as intervenções corporais coercitivas ao defender que investigados possam ser obrigados a concordar/suportar – ou até mesmo cooperar – que terceiros colem suas impressões digitais e/ou extraiam amostras de seu sangue para exames de alcoolemia ou DNA:

Em todos os casos dessa natureza ou similares, a legislação nacional é, em princípio, na minha opinião, livre para decidir se o interesse social em descobrir a verdade e trazer os culpados para a justiça deve prevalecer em relação ao princípio contra a autoincriminação [Tradução nossa].³²⁵

No entendimento do julgador, ao definir o direito ao silêncio do acusado e o direito a não produzir provas contra si mesmo, como parte do coração da ideia de processo justo e equitativo, e vinculá-los à proteção da dignidade humana, o Tribunal deu ao direito à não autoincriminação um alcance mais abrangente e absoluto do que deveria.

O juiz ainda defendeu que o interesse público em combater alguns tipos de crimes graves deve ter o condão de justificar o uso, em procedimentos criminais, de respostas e outros elementos obtidos contra a vontade do agente. Com base nessa conclusão, votou pela não violação do artigo 6º §1º, da Convenção no caso analisado.

2.1.6.4 Análise

No presente caso, o TEDH decidiu pela violação ao princípio da não autoincriminação – que, segundo afirmado pelos magistrados, faz parte do coração do direito a um julgamento justo e equitativo, nos termos do artigo 6º, §1º, da Convenção, estando também ligado à ideia de presunção de inocência prevista no artigo 6º, §2º, do mesmo diploma legal.

Apesar de a questão principal dizer respeito ao direito de se utilizar – e de como utilizar –, em procedimento criminal, depoimentos obtidos coercitivamente no bojo de investigações administrativas, as intervenções corporais coercitivas são também abordadas ao longo do acórdão, ainda que a título de *obter dictum*. Isso porque, tanto no voto

³²⁴ Fl. 39 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Court Chamber. *Case Saunders v. United Kingdom* (Application n. 19187/91). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-58009"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 4 jan. 2018.

³²⁵ Fl. 39 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Court Chamber. *Case Saunders v. United Kingdom* (Application n. 19187/91). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-58009"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 4 jan. 2018.

vencedor quanto em um dos votos divergentes, os julgadores foram uníssimos em admitir que o direito à não autoincriminação não é absoluto e, por tal razão, não abrange a utilização, em investigações ou processos penais, de evidências obtidas coercitivamente – ou seja, contra a vontade do acusado – incluindo-se aqui os elementos de prova colhidos do próprio corpo do averiguado, como amostras de sangue para exame de alcoolemia ou DNA, urina, saliva e outros.

O TEDH, além de reconhecer que os depoimentos prestados coercitivamente pelo Sr. Saunders aos investigadores administrativos ao serem utilizados pela acusação para demonstração da culpabilidade do réu durante o julgamento criminal violaram o artigo 6º, §1º, da Convenção, também destacou expressamente que não há tal violação quando autoridades lançam mão de poderes compulsórios para colher elementos probatórios do próprio corpo do acusado, desde que a existência de tais elementos independa de sua vontade. Com base nesse argumento, atestou-se que tal prática não é protegida pelo princípio da não autoincriminação.

Por fim, a Comissão, seguida pelo TEDH – ainda que de maneira genérica e não especificamente no que tange às intervenções corporais coercitivas –, firmou entendimento de que o tipo de crime cometido não deve influenciar a interpretação nem a aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere*. Desse modo, o interesse público em investigar e combater crimes considerados graves não pode ser invocado como justificativa para autorizar o acusado a produzir provas contra si mesmo.

2.1.7 Caso Schmidt v. Alemanha³²⁶

2.1.7.1 Fatos

Em 1993, quatro extremistas alemães – entre eles o Sr. Schmidt, requerente desse caso – atearam fogo em uma casa em Solingen e, com isso, mataram cinco pessoas de nacionalidade turca que se encontravam dentro do imóvel. Esses quatro extremistas foram localizados, denunciados e processados perante a Corte Regional de Düsseldorf.

³²⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Third Section. *Case Detlef-Harro Schmidt v. Germany* (Application n. 32352/02). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-72120\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 26 jan. 2018.

Durante a instrução processual, o juízo recebeu uma carta anônima denunciando, como autor do incidente em Solingen, outro indivíduo: um cidadão turco que morava em Berlim e com quem o requerente tinha uma disputa legal. A carta, no entanto, estava baseada em documentos notariais falsos. O requerente negou ser o autor do documento.

Com o objetivo de averiguar a identidade do remetente da citada carta, a Corte Regional de Düsseldorf determinou a coleta, para futuros testes de DNA, de amostras de saliva existentes no selo colado no envelope do documento. Na sequência, com base no artigo 81a do Código Penal alemão, determinou que o requerente fosse submetido à coleta de sangue e saliva para comparação com a amostra extraída do selo da carta. O Sr. Schmidt recusou-se a participar do procedimento, mas, mesmo assim, um médico coletou o seu material corpóreo coercitivamente.

Analisadas as amostras de sangue e a saliva coletada, verificou-se que o DNA do requerente era o mesmo daquele contido na carta enviada à Corte Regional de Düsseldorf. Com isso, o Sr. Schmidt foi condenado à pena de dois anos e meio de reclusão pela prática dos delitos de falsidade documental, difamação e denunciação caluniosa.

O requerente apresentou diversos recursos em face da sentença condenatória questionando a determinação judicial para coleta compulsória do material corpóreo. O Tribunal, no entanto, indeferiu os pleitos defensivos afirmando que a medida determinada e aplicada era válida, pois necessária para a investigação da autoria da carta em questão. Além disso, informou que o fato de haver outros elementos de prova, em tese suficientes para comprovar a autoria do documento – como por exemplo, a caligrafia do requerente e uma confissão sua perante a autoridade policial –, não afastaria a proporcionalidade da intervenção corporal. Isso porque o requerente não confirmou a confissão em juízo; logo, era necessário coletar o máximo de evidências possível sobre o caso. Ademais, a carta enviada dizia respeito aos envolvidos no assassinato de cinco pessoas, largamente veiculado pela mídia, ou seja, referia-se a crime gravíssimo e com grande interesse público.

A condenação do Sr. Schmidt foi confirmada.

2.1.7.2 Procedimento perante o TEDH

Tendo em vista os fatos narrados na seção anterior, o requerente apresentou queixa ao TEDH alegando violação aos artigos 3º (proibição da tortura e outros tratamentos desumanos ou degradantes) e 6º, §1º (direito a um processo equitativo), da Convenção.

Violação ao artigo 3º da Convenção

Argumentos do requerente

O requerente afirmou que a determinação e a consequente coleta de amostras de sangue e saliva de seu corpo, a fim de obter evidências contra si mesmo, teria violado o artigo 3º da Convenção.

Argumentos do TEDH

O TEDH declarou que a medida aplicada (coleta de sangue e saliva) não chega ao nível de severidade necessário para a caracterização de tratamentos desumanos ou degradantes. Logo, entendeu não haver violação ao artigo 3º da Convenção, no caso em questão.

Violação ao artigo 8º da Convenção

Argumentos do requerente

O requerente não alegou violação ao artigo 8º da Convenção.

Argumentos do TEDH

Apesar de o requerente não ter alegado violação ao artigo 8º da Convenção, o TEDH decidiu analisar a questão nesse sentido porque o órgão julgador afirmou ter jurisdição para capitular os fatos apresentados da maneira que julgasse pertinente.

O Tribunal iniciou sua decisão confirmando considerar intervenções médicas compulsórias para extração de sangue e saliva do corpo do investigado uma interferência na vida privada. Afirmou que essas medidas consistem em violação ao artigo 8º, desde que não se enquadrem na exceção trazida no §2º deste dispositivo legal. Para determinar (ou não) o cabimento de tal exceção, é necessário avaliar: (i) se a intervenção médica compulsória possui previsão legal; (ii) os objetivos perquiridos com a medida; e (iii) sua necessidade em uma sociedade democrática.

Ao associar esses conceitos ao caso concreto, o TEDH atestou que a decisão que determinou a coleta de sangue e saliva do Sr. Schmidt foi baseada no artigo 81a do Código Penal alemão, decisão esta expedida por juiz competente para tanto. Além disso, o procedimento foi realizado por um médico e não prejudicou nem colocou em risco a saúde do requerente.

Em relação aos objetivos da medida, o Tribunal manifestou-se pela sua validade, pois a intervenção corporal foi ordenada com o intuito de coletar evidências sobre a autoria dos delitos de falsidade documental, difamação e denúncia caluniosa – todos crimes graves e relacionados ao assassinato de cinco pessoas (os cidadãos turcos), situação ainda mais grave e mais séria.

O Tribunal expressamente reconheceu que a extração de sangue e saliva não causa sofrimento psicológico ou mental intenso: “A Corte destaca que a coleta de amostras de sangue em geral, quando realizada legalmente por um médico, com curta duração, causa somente uma pequena lesão corporal e não pode ser considerada sofrimento físico ou mental intenso [Tradução nossa]”³²⁷.

Portanto, se o requerente não apresentou evidências de que, no caso concreto, teria sido utilizado algum tipo de força excessiva para a realização do procedimento, não há como dizer que houve ilegalidade.

³²⁷ Fl. 4 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Third Section. *Case Detlef-Harro Schmidt v. Germany* (Application n. 32352/02). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-72120\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 26 jan. 2018.

O TEDH atestou que a intervenção era imprescindível para se confirmar a autoria da carta – o que levaria à autoria dos crimes de falsidade documental, difamação e denúncia caluniosa relacionados ao assassinato de cinco pessoas. Mesmo havendo confissão do requerente em sede policial, o Tribunal entendeu que a coleta de DNA era necessária diante da fragilidade probatória de tal confissão³²⁸. Desse modo, decidiu que a medida foi proporcional aos fins perquiridos.

Violação ao artigo 6º, §1º, da Convenção

Argumentos do requerente

O requerente alegou que o fato de não ter sido formalmente interrogado – e, com isso, não ter tido a oportunidade de exteriorizar a sua versão dos fatos – anteriormente à extração compulsória de seu sangue e saliva violou o seu direito a um julgamento justo e equitativo, nos termos do artigo 6º, §1º, da Convenção.

Argumentos do TEDH

Segundo o TEDH, o procedimento para coleta de sangue e saliva do Sr. Schmidt foi realizado em fase de investigação preliminar, ou seja, quando ainda se coletavam elementos decisivos e insubstituíveis³²⁹ para decidir se apresentava (ou não) uma acusação formal contra ele. Aquele, portanto, não era o momento de realizar nenhum interrogatório. Além disso, o artigo 6º, §1º, da Convenção não determina que a autoridade interrogue o suspeito antes da realização de intervenções corporais para obtenção de provas.

Sobre o direito à não autoincriminação, o TEDH expressamente confirmou que:

O direito de não se autoincriminar está primordialmente ligado ao respeito em relação à vontade do acusado de permanecer em silêncio. Tal direito, no entanto, não se estende ao uso, em processos criminais, de materiais que possam ser obtidos do acusado por intermédio da utilização de poderes compulsórios mas

³²⁸ A confissão em questão não foi confirmada pelo Sr. Schmidt em juízo. Pelo contrário, foi por ele contestada.

³²⁹ Ideia de *ultima ratio*, pois aquele meio de obtenção de prova seria insubstituível.

que tenham existência independente da sua vontade, assim como amostras de sangue [Tradução nossa].³³⁰

Por considerar que os fatos apresentados pelo Sr. Schmidt não caracterizaram nenhuma violação aos direitos consagrados pela Convenção, o Tribunal inadmitiu a queixa, nos termos do artigo 35, §3º, da Convenção, que traz uma série de condições de admissibilidade aos pleitos apresentados.

2.1.7.3 Análise

O precedente em comento se tornou importante por ser a primeira análise das intervenções corporais coercitivas feitas pelo TEDH, à luz do artigo 3º da Convenção. Nesse ponto, ainda que superficialmente, os julgadores consignaram que a coleta de sangue e urina do corpo do investigado, mesmo realizada contrariamente à sua vontade, é um procedimento simples/não severo e, por si só, não pode ser equiparado à tortura ou a tratamentos desumanos e degradantes.

Relativamente ao artigo 8º da Convenção, o Tribunal confirmou o que a Comissão já vinha decidindo desde os anos 1960, ou seja, que intervenções corporais coercitivas, ainda que simples, são uma violação à vida privada, mas se observados os requisitos/parâmetros do parágrafo 2º do mesmo dispositivo legal, tais intervenções são consideradas válidas.

Os parâmetros apontados no presente feito são os mesmos citados nos casos anteriores. No que tange aos objetivos da medida, o TEDH entendeu como válido o propósito de se obterem, exclusivamente, evidências sobre a autoria de crimes graves. Em relação à necessidade da medida, os julgadores invocaram a ideia de proporcionalidade para justificar a utilização da intervenção coercitiva, pacificando, assim, a ligação, para a Corte, entre necessidade e proporcionalidade.

Além disso, percebe-se que o Tribunal invocou a gravidade dos crimes investigados no presente caso como justificativa para autorizar a coleta compulsória de sangue e saliva do investigado, contrariando o que anteriormente havia defendido no julgado “Saunders v. Reino Unido”, no sentido de que a necessidade de investigar crimes graves não poderia justificar a autorização da obtenção de provas contra a vontade do imputado.

³³⁰ Fl. 5 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Third Section. *Case Detlef-Harro Schmidt v. Germany* (Application n. 32352/02). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-72120\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 26 jan. 2018.

Os julgadores ainda ressaltaram a necessidade de acompanhamento médico e cuidados com a saúde do suspeito ao longo da realização do procedimento compulsório para coleta de evidências, deixando clara a preocupação do TEDH com a observância de tais requisitos.

Por fim, em relação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, assim como no caso “Saunders v. Reino Unido”, confirmou-se que o alcance deste princípio está ligado ao direito ao silêncio e não engloba a coleta forçada – e a posterior utilização em processo criminal – de elementos extraídos do corpo do investigado (como amostras de sangue), desde que a existência de tais elementos independa de sua vontade.

2.1.8 Caso Jalloh v. Alemanha³³¹

2.1.8.1 Fatos

Jalloh, cidadão nacional de Serra Leoa que vivia na Alemanha, em 29.10.1993 foi flagrado por quatro policiais fornecendo saquinhos plásticos em troca de dinheiro para pessoas na rua. Os saquinhos estavam em sua boca e em duas ocasiões os policiais o viram retirar um saquinho e entregar para um terceiro. Por acreditarem tratar-se de venda de drogas, os policiais aproximaram-se para abordar o sujeito. Nesse momento, ele engoliu o último saquinho plástico que ainda se encontrava em sua boca. Ao revistarem o suspeito, os policiais não encontraram nenhuma substância ilícita em seu poder. Mesmo assim, a autoridade policial efetuou a prisão e comunicou os fatos à promotoria.

O órgão acusatório, então, ordenou que Jalloh fosse levado ao hospital para que um médico injetasse em seu corpo substâncias eméticas para que o suspeito vomitasse e, com isso, expelisse o saquinho plástico que supostamente continha drogas.

No hospital, Jalloh recusou-se a tomar os eméticos que provocariam vômito, mas foi segurado e imobilizado por quatro policiais para que o médico introduzisse – de maneira forçada – uma sonda nasal até o seu estômago, através da qual foi injetada a substância química. Ao ingerir tal substância, o indivíduo vomitou e acabou expelindo o saquinho plástico que, de fato, continha 0,2182 gramas de cocaína.

³³¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. *Case of Jalloh v. Germany (Application n. 54810/00)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-76307"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 20 jan. 2018.

Passado o intervalo de tempo de 1h30min do procedimento, Jalloh foi examinado por outro médico que declarou estar ele apto (saudável) para ser encaminhado ao estabelecimento prisional. Nos três dias seguintes, o preso só conseguiu alimentar-se de substâncias líquidas e, por duas semanas, reclamou que seu nariz sangrava o tempo todo como consequência da introdução da sonda nasal. Por fim, após dois meses e meio, Jalloh sofreu um ataque gástrico e foi encaminhado ao hospital penitenciário, sendo diagnosticado com problemas no estômago – consequência, talvez, da ingestão dos eméticos e da passagem forçada da sonda.

Durante o julgamento na Alemanha por crime de tráfico de drogas, a defesa alegou que o método realizado para que Jalloh vomitasse os saquinhos contendo a droga era ilegal, pois o acusado teria sido obrigado a produzir provas contra sua vontade, por meio de procedimento desproporcional. As autoridades poderiam ter esperado que ele expelisse naturalmente o saquinho (evacuasse), sem a necessidade de introdução da sonda e das substâncias eméticas.

Os argumentos defensivos, no entanto, foram rejeitados, e Jalloh acabou condenado por tráfico de drogas com base na cocaína contida dentro do saquinho que ele vomitou forçadamente.

O réu apelou, mas o tribunal confirmou a condenação, somente diminuindo o *quantum* da pena aplicada, sob o seguinte argumento:

A Corte Regional entendeu que a evidência obtida de acordo com a ordem que determinou a regugitação da embalagem de cocaína era admissível. A medida foi tomada porque atraso adicional poderia ter prejudicado a condução da investigação. De acordo com a seção 81a do Código de Processo Penal, a administração das substâncias em questão [eméticos], mesmo que realizada contra a vontade do suspeito, é legal. O procedimento, necessário para garantir prova de delito de tráfico de drogas, foi realizado por profissional médico e de acordo com as normas médico-científicas. A saúde do arguido não foi colocada em risco e o princípio da proporcionalidade também foi resguardado [Tradução nossa].³³²

Portanto, com base nos supracitados parâmetros, a droga obtida de maneira coercitiva foi considerada legal e admissível no processo em face de Jalloh, resultando confirmada a sua condenação por crime de tráfico de entorpecentes.

³³² Fl. 5 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. *Case of Jalloh v. Germany (Application n. 54810/00)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-76307\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 20 jan. 2018.

2.1.8.2 Procedimento perante o TEDH

Afirmando ter sido submetido a tratamento desumano e degradante ao ser obrigado a ingerir substâncias eméticas que o fizeram vomitar evidências utilizadas para sua condenação por tráfico de drogas, Jalloh ajuizou queixa perante a Corte Europeia de Direitos Humanos. A defesa alegou violações aos artigos 3º (proibição da tortura e outros tratamentos desumanos ou degradantes), 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) e 6º (direito a um processo equitativo) da Convenção.

Violação ao artigo 3º da Convenção

Argumentos do requerente

A defesa alegou violação ao artigo 3º da Convenção, por entender que a administração de eméticos de maneira forçada constituiria séria interferência na integridade física do indivíduo, apresentando consideráveis riscos à saúde – e até mesmo à vida –, uma vez que tal substância poderia causar efeitos colaterais.

Além disso, a passagem forçada da sonda nasal poderia resultar em machucados no nariz, na garganta e no esôfago do indivíduo, até mesmo perfurar os saquinhos de droga, o que levaria a infecções e até mesmo à morte. Esse procedimento, inclusive, já havia resultado na morte de dois investigados na Alemanha. E, como se não bastasse, segundo alegado, com a aplicação forçada de eméticos, a intenção era intimidar e degradar Jalloh, em contrariedade à sua dignidade humana, além de ter sido um procedimento extremamente violento, agonizante e humilhante.

Argumentos do Estado alemão

O Estado alemão, em contrapartida, defendeu que o procedimento atacado não trazia riscos à saúde, pois eméticos não são substâncias perigosas e a sonda nasal utilizada era flexível, não apresentando, assim, perigo ao ser introduzida no estômago do suspeito. Além disso, o procedimento seria benéfico, pois possibilitaria a saída de substâncias entorpecentes de seu corpo – pelo vômito do saquinho – e preveniria o risco de o material

plástico romper-se naturalmente dentro de seu organismo, o que poderia causar uma infecção letal.

Por fim, argumentou que a aplicação dos eméticos fora realizada por um médico, dentro de um hospital, e que os procedimentos não foram além do necessário para a obtenção da evidência do delito de tráfico de drogas. Ademais, a defesa de Jalloh não teria apresentado provas de que os ferimentos e os danos sofridos por ele, posteriormente, teriam sido causados pela ingestão dos eméticos.

Argumentos do TEDH

Segundo o Tribunal, há alguns procedimentos forçados realizados para obtenção de evidências que não contrariam o artigo 3^a da Convenção. Por essa razão, em um primeiro momento, o órgão julgador analisou os parâmetros a serem seguidos para autorização ou não de tais procedimentos.

Inicialmente, destacou-se que é necessário seguir certo nível de rigidez e controle para a autorização da coleta forçada de prova, consideradas as circunstâncias do caso, a duração do procedimento, os seus efeitos físicos e psicológicos e, em algumas situações, o sexo, a idade e a saúde da pessoa envolvida. Além da dúvida razoável, deve haver fortes indícios de que aquela pessoa cometeu crime, sendo o procedimento, portanto, realmente necessário para a coleta de provas.

O Tribunal tem entendido como desumano o procedimento aplicado por horas a fio e que cause ferimentos no corpo do investigado ou intenso sofrimento físico ou mental. Alerta ainda que o procedimento será considerado degradante quando: (i) despertar no investigado sentimentos de medo, angústia ou inferioridade; (ii) possibilitar a aniquilação da resistência física ou psicológica do indivíduo; ou (iii) levar o investigado a agir fora de sua consciência.

Outro aspecto suscitado pelo Tribunal, a ser analisado em casos dessa natureza, é o intuito do procedimento. Ou seja, se o intuito for humilhar ou rebaixar o indivíduo envolvido, o procedimento não pode ser aceito. Além disso, o Estado tem a obrigação de garantir assistência médica para proteger o bem-estar do investigado submetido a uma intervenção forçada em seu corpo, devendo o procedimento ser realizado e sempre supervisionado por um médico – não podendo agravar nem trazer consequências para a saúde do envolvido.

Segundo os julgadores do presente caso, o procedimento só pode ser realizado se for extremamente necessário, ou seja, se aquela prova não puder ser obtida de nenhuma outra maneira a não ser pela introdução forçada de eméticos.

Ao analisar, então, o caso concreto, com base nos parâmetros supramencionados, o Tribunal entendeu que apesar de o Estado alemão ter afirmado que realizou o procedimento porque este era necessário para obtenção da prova de um crime de tráfico de drogas e para a preservação da saúde do investigado – uma vez que o saquinho plástico com a droga poderia estourar dentro de seu corpo, gerando uma infecção letal –, esses argumentos não poderiam ser aceitos.

No caso, entendeu-se que o procedimento foi realizado exclusivamente para coleta de evidência, fato que, por si só, não tem o condão de contrariar o artigo 3º da Convenção – tendo em vista que a Corte já autorizou a intervenção médica forçada para coleta de provas em outras situações. O problema é que o procedimento não foi indispensável para obtenção da evidência, pois as autoridades poderiam ter esperado a droga sair do corpo de Jalloh naturalmente (evacuação).

Segundo o Tribunal, a circunstância de o suspeito ter sido segurado por quatro policiais para a passagem forçada da sonda nasal, bem como o fato de os policiais e o médico terem assistido enquanto o suspeito vomitava, foi considerado humilhante e degradante. Na avaliação dos julgadores, tudo isso pode ter gerado sentimentos de medo, angústia e inferioridade no suspeito, capazes de humilhar e desmerecer Jalloh.

Ademais, apesar de a medida ter sido acompanhada por um médico e realizada em um hospital, Jalloh não falava alemão e em momento algum foi trazido um tradutor. Logo, o suspeito não pôde responder aos questionários médicos necessários para a realização do procedimento, o que macula a afirmação de que a passagem da sonda nasal e a ingestão dos eméticos foram feitas sem riscos possíveis à saúde do envolvido.

Diante desses fatos, o Tribunal entendeu que a aplicação forçada de eméticos com o intuito de provocar vômito em Jalloh contrariou o artigo 3º da Convenção, uma vez que o submeteu a grave interferência em sua integridade física e mental, contra sua vontade e de maneira desumana e degradante.

Violação ao artigo 8º da Convenção

A defesa alegou que o procedimento ora discutido, realizado pelas autoridades alemãs, foi uma interferência desproporcional ao direito de Jalloh de ter sua vida pessoal respeitada, nos termos do artigo 8º da Convenção.

Nesse ponto, o TEDH entendeu que a questão é diretamente ligada à alegação de violação do artigo 3º, como apontado linhas atrás. Logo, o entendimento de que a aplicação forçada de eméticos em face de Jalloh foi desumana e degradante é suficiente para reconhecer que houve violação ao artigo 8º da Convenção.

Violação ao artigo 6º da Convenção

Argumentos do requerente

O requerente alegou violação ao seu direito de ser submetido a um julgamento justo – direito este previsto no artigo 6º, §1º, da Convenção –, tendo em vista que provas obtidas de maneira ilegal (droga obtida a partir da introdução de eméticos em seu organismo de maneira forçada) foram a base da sua condenação.

O procedimento forçado de utilização de eméticos para fazer o suspeito vomitar evidências referentes ao delito de tráfico de drogas violou os artigos 3º e 8º da Convenção.

Portanto, como o procedimento violou previsões legais expressas, deveria ser considerado ilegal. Assim, uma vez que as provas obtidas ilegalmente foram a base da condenação de Jalloh, o seu julgamento não teria sido justo. Além disso, o procedimento teria violado o princípio *nemo tenetur se detegere*, ou seja, o direito do acusado de não produzir provas contra si mesmo.

Argumentos do Estado alemão

Para o Estado alemão, o procedimento ora discutido não teria violado os artigos 3º e 8º da Convenção. Logo, a prova obtida não seria ilícita e, portanto, plenamente admissível para fundamentar a condenação imposta a Jalloh. Por essa razão, alegou-se que o julgamento do acusado foi justo e, assim, não contrariou o artigo 6º, §1º, da Convenção.

Argumentos do TEDH

O TEDH alegou que o artigo 6º, §1º, da Convenção garante o direito a um julgamento justo, mas não estabelece regras de admissibilidade de provas/evidências ao longo do processo, assunto que deve ser tratado em observância à legislação nacional dos países que adotam a Convenção. Diante disso, segundo o Tribunal, importa analisar tão somente se ao longo do julgamento foram dadas ao acusado a oportunidade de questionar a legalidade/autenticidade da prova e a possibilidade de se opor à utilização da evidência durante o curso do processo.

No caso concreto, a legislação alemã de fato prevê a utilização forçada de eméticos para obtenção de provas. Assim, não haveria como alegar que a prova foi obtida em violação à lei local. Apesar disso, reconheceu-se que o procedimento de obtenção de prova utilizado contra Jalloh violou o artigo 3º da Convenção e, segundo o Tribunal, qualquer evidência incriminadora obtida com procedimentos brutais e violentos ou que resultem em tortura não pode ser reconhecida como válida. Caso contrário, estar-se-iam legitimando condutas violentas e desumanas.

Na decisão ficou consignado que o Estado alemão não foi capaz de garantir um julgamento justo a Jalloh, sendo, assim, reconhecida a violação ao artigo 6º, §1º, da Convenção.

Em relação à alegada violação ao princípio da não autoincriminação, o TEDH afirmou que este princípio está ligado tão somente ao direito ao silêncio do acusado e ao seu direito de não ser obrigado a testemunhar contra a sua vontade. No entanto, uma vez que, no feito vertente, o investigado sofreu força e violência bruta – o que o rebaixou à condição de mero objeto de provas e não de sujeito de direitos –, entendeu-se que houve também violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*.

Nesse ponto, como regra, o TEDH atestou:

A fim de determinar se o direito do acusado a não se autoincriminar foi ou não violado, a Corte levará em consideração os seguintes parâmetros: a natureza e o grau da força utilizada para obtenção da evidência; o peso do interesse público na investigação e a sanção atrelada ao delito investigado; a adoção de quaisquer precauções/proteções relevantes durante o procedimento; e o fim para o qual será utilizada a evidência obtida [Tradução nossa].³³³

³³³ Fl. 31 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. *Case of Jalloh v. Germany (Application n. 54810/00)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-76307"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 20 jan. 2018..

O Tribunal, como se vê, estabeleceu parâmetros a serem observados para se determinar se a intervenção corporal coercitiva levada a cabo violou (ou não) o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Divergências

A decisão do TEDH não foi unânime.

Divergência quanto à decisão de violação ao artigo 3º da Convenção

Alguns julgadores alegaram que o artigo 3º da Convenção se refere à proibição de maus tratos e de tratamentos degradantes relacionados à tortura.

Segundo o artigo 1º da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pelas ONU em Assembleia realizada em 10.12.1984 (Resolução n. 39/46), tortura significa:

[...] qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza. Não se considerará como tortura dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram [Tradução nossa].³³⁴

Para os julgadores que apresentaram votos divergentes, nada disso aconteceu no caso de Jalloh, pois a força utilizada para obtenção da prova não chegou ao nível de tortura. Além disso, o procedimento de introdução forçada de eméticos no organismo do investigado só foi necessário porque ele tentou esconder a evidência (droga) ao engoli-la.

Os defensores dessa linha argumentativa chegaram a reconhecer que a introdução forçada de eméticos causou sentimentos de medo, angústia e inferioridade no suspeito, resultando em humilhação e diminuição de Jalloh. Afirmaram, no entanto, que a mesma situação teria acontecido se, ao invés da aplicação de eméticos para forçar o vômito do saquinho de droga, as autoridades tivessem utilizado laxante ou tivessem vigiado Jalloh por longo período, até que evacuasse naturalmente a substância ilícita ingerida.

³³⁴ UNITED NATIONS. Human Rights. *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cat.aspx>. Acesso em: 16 jul. 2018.

Diante disso, e sob o argumento de que crimes envolvendo tráfico de drogas devem ser severamente investigados e combatidos, alguns magistrados do TEDH divergiram da maioria, que restou vencedora ao defender a ocorrência de violação ao artigo 3º da Convenção.

Divergência quanto à decisão de violação ao artigo 8º da Convenção

Segundo alguns julgadores, o entendimento divergente ocorreu porque a atuação das autoridades alemãs resultou do cumprimento da legislação nacional, que permite a intervenção corporal quando esta, mesmo sem o consentimento do investigado, (i) for realizada por um médico; (ii) visar à busca de evidências de determinado crime; e (iii) não colocar em risco a saúde do acusado.

Como o procedimento aplicado a Jalloh (i) não colocou em risco a sua saúde; (ii) foi realizado por um médico; e (iii) objetivou a coleta de evidências para o crime de tráfico de drogas, a hipótese estaria dentro da exceção trazida pelo parágrafo 2º do artigo 8º da Convenção. Logo, na avaliação dos julgadores, não haveria violação alguma.

Na concepção dos defensores da divergência ora discutida, a interferência corporal forçada contra o investigado foi realizada em observância aos interesses da segurança pública – a qual busca investigar e combater o tráfico de drogas.

Assim, a prevenção de crimes relacionados com drogas e a consequente proteção da saúde e do direito dos demais membros da sociedade também estariam de acordo com a previsão do artigo 8º, §2º, da Convenção.

Divergência quanto à decisão de violação ao artigo 6º, §1º, da Convenção

Tendo em vista que os julgadores divergentes entenderam que não houve violação aos artigos 3º e 8º da Convenção, segundo eles não haveria razão para reconhecer que Jalloh não foi submetido a um julgamento justo, uma vez que as provas utilizadas para sua condenação não foram obtidas de maneira ilícita.

Com base nessa afirmação, os julgadores divergentes consideraram que não houve violação ao artigo 6º, §1º da Convenção.

2.1.8.3 Análise

Esse é o julgado mais emblemático do TEDH sobre o tema das intervenções corporais coercitivas.

Dando continuidade à análise da questão, à luz do artigo 3º da Convenção, iniciada no julgamento do caso “Schmidt v. Alemanha”, o Tribunal – apesar de ter entendido que, no caso concreto, o procedimento realizado em face de Jalloh se equiparou à tortura e/ou a tratamentos desumanos ou degradantes, pelo modo como foi executado – deixou claro que a equiparação de intervenções corporais coercitivas à tortura e/ou tratamentos desumanos ou degradantes não é a regra para todas as medidas dessa natureza.

Os julgadores continuaram reconhecendo – assim como no caso exposto na análise o caso “Schmidt v. Alemanha” – a possibilidade de realização de intervenções corporais coercitivas, mesmo que estas tenham exclusivamente o propósito de obter evidências de maneira forçada contra o indivíduo a elas submetido.

Nesse caso, a Corte foi além e determinou alguns parâmetros a serem seguidos para que tais intervenções não sejam equiparadas à tortura ou consideradas desumanas e/ou degradantes. Nos termos julgados, o procedimento intervencional não pode humilhar ou rebaixar o investigado e deve ser realizado por médicos, de modo a não gerar efeitos colaterais ou agravar o estado de saúde inicial do acusado.

Registre-se que o TEDH – contrariando o entendimento originalmente trazido no julgamento do caso “Saunders v. Reino Unido”, segundo o qual o interesse público ou o tipo de crime investigado não poderiam ser invocados como justificativa para autorizar o acusado a produzir provas contra si mesmo, e as argumentações da defesa no julgamento do feito “Schmidt v. Alemanha” – apontou como requisito para autorização das intervenções corporais coercitivas a gravidade do delito investigado e a necessidade da medida³³⁵.

No que diz respeito à análise da questão nos termos do artigo 8º da Convenção, o TEDH a atrelou à conclusão referente ao citado artigo 3º. Assim, a partir do julgado “Jalloh v. Alemanha”, se a intervenção corporal coercitiva for equiparada à tortura ou a tratamentos desumanos/degradantes, essa conduta automaticamente importará em violação

³³⁵ O requisito “necessidade”, aqui, novamente, está ligado às ideias de proporcionalidade e de subsidiariedade. Ou seja, somente pode ser autorizada e utilizada a intervenção corporal coercitiva como meio de obtenção de prova, se a evidência necessária para comprovar o crime (grave) não puder ser coletada de nenhuma outra maneira menos invasiva.

à vida privada do indivíduo submetido a tal medida, não havendo necessidade, portanto, de analisar os requisitos/parâmetros impostos nos casos anteriores. Ainda assim, ao longo do voto divergente que entendeu não ter ocorrido violação ao artigo 8º da Convenção, defendeu-se que o direito da sociedade à segurança pública – tendo em vista o combate a um delito sério como o tráfico de drogas – justificaria a necessidade da coleta forçada da prova do organismo de Jalloh e, portanto, a ofensa ao seu direito à vida privada e familiar, no caso concreto, seria justificável.

Como aconteceu nos casos “Saunders v. Reino Unido” e “Schmidt v. Alemanha”, o tema do direito à não autoincriminação voltou à tona quando se abordou a questão aos olhos do artigo 6º, §1º, da Convenção. O Tribunal confirmou que o princípio *nemo tenetur se detegere* está ligado tão somente ao direito ao silêncio do acusado e ao seu direito de não ser obrigado a testemunhar contra a sua vontade. Assim, intervenções coercitivas, mesmo com o objetivo de extrair provas do corpo do acusado, não são englobadas por esse princípio.

No presente caso, contudo, houve violação ao artigo 6º, §1º, da Convenção tão somente porque o procedimento realizado foi excessivamente bruto e violento – o que implicou o rebaixamento de Jalloh à condição de mero objeto de provas, e não como sujeito de direitos.

Ainda, nesse ponto, o TEDH traçou limites claros para determinar quando e se há violação ao direito à não autoincriminação, a saber: (i) natureza e grau da coerção utilizada para obtenção da prova; (ii) peso do interesse público na investigação e punição do crime em tese praticado; (iii) tomada de proteções/precauções durante o procedimento; e (iv) destino que será dado ao material obtido por meio da intervenção. Em relação ao primeiro limite, o Tribunal estabeleceu que a força aplicada para submeter o sujeito à intervenção não pode durar horas a fio nem causar ferimentos ou intenso sofrimento. Quanto ao segundo, o TEDH traz a ideia de “peso do interesse público”, tendo em vista a “punição [pena] do crime”, dando a entender, novamente, que a extração compulsória de material corporal do suspeito, para fins probatórios, só poderá ocorrer em casos de investigação de crimes graves. No caso terceiro limite, defendeu que o procedimento seja realizado por médico e que, na execução da medida, no caso concreto, seja avaliada a duração do procedimento, os seus efeitos físicos e psicológicos e, em algumas situações, o sexo, a idade e a saúde da pessoa envolvida. Na justificativa do quarto limite, utilizando-se o quanto narrado em relação aos demais pontos, entende-se que, para o Tribunal, o destino

dado ao material obtido tem que ser a utilização enquanto evidência em investigação/processo de crime grave.

2.1.9 Caso Bogumil v. Portugal³³⁶

2.1.9.1 Fatos

Em 12.11.2002, o Sr. Bogumil, um cidadão polonês, desembarcou no aeroporto de Lisboa proveniente do Rio de Janeiro. Durante a realização de revista aeroportuária foram encontradas diversas embalagens de cocaína – com aproximadamente 360 gramas – escondidas em seus sapatos. Nesse momento, o indivíduo avisou às autoridades que havia ingerido uma embalagem suplementar, que trazia em seu estômago. O Sr. Bogumil foi então levado ao hospital e submetido a exame radiológico, que realmente constatou a presença da embalagem informada.

Passados dois dias, a embalagem não havia sido evacuada naturalmente. O suspeito/paciente foi então submetido a exame de endoscopia alta, quando se atestou que a embalagem ainda se encontrava em seu estômago. Os médicos decidiram submeter o indivíduo a uma intervenção cirúrgica para remoção forçada da cápsula de cocaína. O procedimento foi bem-sucedido e o material foi extraído do estômago do Sr. Bogumil. Na sequência, ele foi transferido ao hospital prisional, do qual recebeu alta após cerca de um mês.

O processo penal movido em face do Sr. Bogumil

Em 14.11.2002, enquanto o Sr. Bogumil ainda estava hospitalizado, o Ministério Público requereu sua prisão preventiva por suspeita de cometimento do delito de tráfico de drogas. O pleito foi acatado pelo juiz, que determinou o interrogatório do suspeito logo na sequência. Nesse ato, o interrogando afirmou que havia ingerido a embalagem de cocaína sob coação.

³³⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 2ª Secção. *Caso Bogumil c. Portugal (Application n. 35228/03)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-119158\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 21 jan. 2018.

Em 28.03.2003, o Ministério Público ofereceu denúncia em face do Sr. Bogumil como incurso, em tese, no delito de tráfico de drogas. Após um mês, o réu enviou carta ao Procurador-Geral da República queixando-se da intervenção cirúrgica a que fora submetido e de seu estado de saúde após o procedimento. O Procurador-Geral, então, respondeu que o acusado havia assinado uma declaração escrita autorizando a operação e que, portanto, não podia insurgir-se contra o procedimento.

Finalizada a instrução processual, o juiz proferiu sentença condenando o réu à pena de quatro anos e dez meses de prisão, e expulsão do território português. Nesse caso, o magistrado entendeu como prova válida para sustentar parte da condenação a embalagem de droga extraída cirurgicamente do estômago do Sr. Bogumil.

Inconformado, o próprio réu apresentou recurso de apelação ao Tribunal – primeiramente em língua polonesa e, depois, em tradução para o português – sustentando, entre outros argumentos, que a pena aplicada era excessiva, pois levava em conta a embalagem de cocaína extraída forçadamente de seu estômago. O pleito, no entanto, não foi admitido e o Sr. Bogumil foi transferido a um presídio polonês. Em 05.12.2005, foi colocado em liberdade.

Divergências em relação à intervenção cirúrgica realizada para extração da embalagem de cocaína

O Sr. Bogumil afirmou que nunca foi consultado sobre os procedimentos médicos aplicáveis à sua situação e negou ter dado qualquer tipo de consentimento – verbal ou escrito – à intervenção cirúrgica a que foi submetido.

O Dr. Hélder Viegas – então chefe da equipe de cirurgia do hospital –, em declaração prestada em 13.11.2006 (mais de quatro anos após os fatos), afirmou que o paciente consentiu verbalmente para a realização da intervenção cirúrgica porque, como explicado em língua de seu entendimento, caso a embalagem não fosse rapidamente removida poderia estourar a qualquer momento, causando imediatamente a sua morte.

O Dr. Eduardo Gomes da Silva – diretor clínico do hospital – disse, em 21.11.2006, que não existiam normas de conduta hospitalar sobre intervenções cirúrgicas para a remoção de drogas do corpo de supostos traficantes. Nesses casos, portanto, era observada a regra ordinária dos procedimentos médicos.

A Dra. Manuela Proença – diretora clínica do hospital prisional – confirmou que recebeu o Sr. Bogumil após este ter sido transferido do hospital onde sofreu intervenção cirúrgica, e que, à época, o paciente se encontrava em estado de recuperação normal.

Por fim, foi apresentado o dossiê médico-hospitalar do Sr. Bogumil e nele constava a sua assinatura autorizando a endoscopia digestiva inicial, mas nenhuma assinatura ou concordância em relação à intervenção cirúrgica.

2.1.9.2 Procedimento perante o TEDH

Em 08.11.2003, o Sr. Bogumil apresentou queixa em face de Portugal perante o TEDH, alegando ter “sofrido intervenções cirúrgicas que atentaram contra a sua integridade física”³³⁷. No entanto, não vinculou a questão a dispositivos específicos da Convenção. Assim, o próprio Tribunal atrelou o feito aos artigos 3º (proibição de tortura) e 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) do mesmo diploma legal.

Violação ao artigo 3º da Convenção

Argumentos do requerente

O requerente afirmou ter autorizado apenas a realização da endoscopia para confirmar a localização da embalagem de cocaína dentro de seu organismo e que jamais consentiu com a intervenção cirúrgica feita posteriormente para remoção do material. Além disso, alegou que não lhe foram informados os riscos envolvidos no procedimento, tampouco foi cogitada a utilização de métodos menos agressivos para a extração da droga.

O Sr. Bogumil contestou também os ditos “fins terapêuticos” da medida. Na sua avaliação, o procedimento não teria sido realizado – como afirmado pelos médicos – para proteger a sua saúde e a sua vida, mas sim para buscar mais evidências da prática do delito de tráfico de drogas.

³³⁷ Fl. 3 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 2ª Secção. Caso Bogumil c. Portugal (*Application n. 35228/03*). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-119158\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 5 jan. 2018.

Por fim, reclamou da negligência das autoridades envolvidas, pois autorizaram a sua transferência ao hospital prisional no mesmo dia em que foi submetido à cirurgia, o que teria lhe causado complicações pós-operatórias.

Argumentos do governo português

Segundo o governo português, o Sr. Bogumil foi, sim, informado, em idioma de seu entendimento, sobre os riscos de vida que correria caso a intervenção cirúrgica não fosse realizada e, conseqüentemente, se a embalagem de cocaína não fosse retirada de seu organismo. Além disso, depois da tal explicação, o suspeito teria concordado verbalmente com o procedimento, exatamente como informado pelo chefe da equipe médica que acompanhou todo o episódio.

O Estado português negou que a intervenção tenha sido realizada com o único objetivo de colher provas para investigação sobre tráfico de drogas. Afirmou que, ao contrário, a preocupação era salvar a vida do paciente/suspeito, uma vez que a embalagem de droga poderia estourar a qualquer momento dentro de seu organismo, causando a sua morte imediata. Logo, não seria possível concluir que o procedimento em questão foi desumano ou degradante. Por fim, alegou que a intervenção cirúrgica realizada era um procedimento simples e que não apresentava sérios riscos, tampouco o requerente teria demonstrado conexão entre a cirurgia e os problemas pós-operatórios que afirmou ter sofrido.

Argumentos do TEDH

O TEDH iniciou a sua argumentação explicando que o artigo 3º da Convenção não veda intervenções corporais médicas suportadas por um detido contra a sua vontade, desde que haja preocupação e preservação de sua integridade física. Sendo assim, medidas com fins terapêuticos não podem ser consideradas desumanas ou degradantes.

Além disso, conforme já determinado pelo Tribunal no caso “Jalloh v. Alemanha”, outros pontos são fundamentais para analisar se uma intervenção corporal cirúrgica compulsória foi ou não desumana/degradante: (i) se a intervenção praticada contra a vontade do suspeito causou fortes dores ou sofrimentos físicos; (ii) se foi executada por

médico, tendo este acompanhado e controlado constantemente o estado de saúde do paciente; (iii) se a medida acabou agravando o estado de saúde do suspeito ou se causou qualquer tipo de seqüela.

No que tange ao caso concreto, o Tribunal se debruçou inicialmente sobre a questão do consentimento (ou não) do acusado em relação à intervenção cirúrgica para extração da embalagem de cocaína. Nesse ponto, destacou que em matéria de apreciação dos meios de prova, a Corte tem pautado suas decisões pelo princípio “para além da dúvida razoável”. E, nesse caso, a única prova apresentada pelo Estado português foi a declaração do Dr. Helder Viegas, a qual, por ter sido prestada quatro anos após os fatos, deixou margem à dúvida. Além disso, o fato de nenhum consentimento escrito ter sido requerido ao Sr. Bogumil para a realização da intervenção cirúrgica também gerou dúvidas, pois tal formalidade foi preenchida no momento da endoscopia, procedimento muito mais simples e menos invasivo. O médico, Dr. Eduardo Gomes Silva, confirmou que não havia circulares ou instruções médicas que pautassem a atuação da equipe em casos semelhantes ao do requerente. Desse modo, por falta de elementos probatórios suficientes, o Tribunal entendeu que o Sr. Bogumil não autorizou a intervenção cirúrgica a que foi submetido.

Mesmo sem consentimento, porém, a medida poderia ser aceita, dependendo de seu objetivo. Assim, passou-se ao estudo da finalidade do procedimento em questão. A Corte reconheceu que não é vedada a extração compulsória de elementos para fins probatórios, mas, no caso concreto, a intervenção cirúrgica teve fins terapêuticos, visando proteger a vida do detido, já que (i) a embalagem de cocaína estava no organismo do Sr. Bogumil há dois dias e, portanto, comprovadamente havia risco de estourar e causar grave intoxicação; (ii) os médicos – e não a polícia – decidiram realizar a intervenção devido ao risco iminente; e (iii) a embalagem de droga ingerida pelo requerente não era indispensável para a sustentação da acusação, uma vez que outras já haviam sido apreendidas em sua posse, no aeroporto de Lisboa.

A essas argumentações somou-se o fato de que o procedimento foi realizado em um hospital civil, por médicos competentes, e em nenhum momento foi necessária a utilização de força contra o requerente³³⁸.

³³⁸ Note-se, aqui, a diferença marcante em relação ao caso “Jalloh v. Alemanha”. Naquela situação, foi constatado o uso de força contra Jalloh, uma vez que ele foi brutalmente segurado por quatro policiais para que suportasse a intervenção corporal cirúrgica contra si. Além disso, Jalloh não falava a língua local; logo, não teve a oportunidade de se comunicar com os médicos ou com as autoridades presentes.

Por fim, o Tribunal destacou que após a cirurgia, apesar de o Sr. Bogumil ter sido imediatamente transferido para o hospital prisional, lá teve vigilância constante e acompanhamento médico adequado até ser transferido para a prisão. Além disso, em momento algum foram demonstradas as perturbações pós-operatórias que o requerente alegou ter sofrido.

Diante desses fatos, o Tribunal – destacando que as “circunstâncias no caso concreto, que apresentam diferenças consideráveis em relação às do caso *Jalloh*, já citado – que incidia também sobre a remoção de embalagem de estupefacientes no estômago do interessado”³³⁹ – considerou “que a intervenção litigiosa não foi de molde a constituir um tratamento desumano ou degradante contrário ao artigo 3º da Convenção”³⁴⁰.

Violação ao artigo 8º da Convenção

Argumentos do requerente

Conforme demonstrado anteriormente, o Sr. Bogumil, ao apresentar queixa ao Tribunal, não invocou nenhuma disposição da Convenção, nem se queixou expressamente sobre violação à sua vida privada. No entanto, devido aos fatos por ele apresentados, a Corte decidiu analisar a questão, também sob este ângulo.

Argumentos do Estado português

Segundo alegado pelo Estado português, “a intervenção litigiosa estava prevista na lei – artigos 156.º do Código Penal e 58.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos – e, em uma sociedade democrática, justificava-se pela necessidade de proteger a saúde do requerente”³⁴¹.

Argumentos do TEDH

No que tange à previsão legal da intervenção cirúrgica, o Tribunal entendeu que a ingerência nos direitos do requerente estava prevista em lei portuguesa. Além disso,

³³⁹ Fl. 17 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 2ª Secção. *Caso Bogumil c. Portugal* (*Application n. 35228/03*). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-119158\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 5 jan. 2018.

³⁴⁰ Fl. 17 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 2ª Secção. *Caso Bogumil c. Portugal* (*Application n. 35228/03*). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-119158\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 5 jan. 2018.

³⁴¹ Fl. 19 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 2ª Secção. *Caso Bogumil c. Portugal* (*Application n. 35228/03*). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-119158\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 5 jan. 2018.

afirmou que o procedimento visou proteger a saúde do Sr. Bogumil e que houve “um justo equilíbrio entre o interesse público, relativo à proteção da saúde, e o direito do requerente à proteção da sua integridade física e moral”³⁴².

O Tribunal, diante desses argumentos, concluiu que também não houve violação ao artigo 8º da Convenção.

2.1.9.3 Análise

No presente caso, mais uma vez, o TEDH aceitou que um suspeito seja submetido a intervenções corporais, mesmo contrariamente à sua vontade.

Apesar de ter reconhecido que o procedimento cirúrgico aplicado contra o Sr. Bogumil teve fins terapêuticos – ou seja, visou exclusivamente preservar a sua vida –, a Corte consignou que as intervenções corporais coercitivas são válidas não só nessas situações, podendo também ser aplicadas com o único objetivo de obter elementos probatórios.

Especificamente, no que tange à adequação de tais intervenções compulsórias ao artigo 3º da Convenção, o Tribunal destacou os parâmetros trazidos pelo julgado “Jalloh v. Alemanha”, deixando sedimentado que eles devem ser observados para que medidas dessa natureza não sejam equiparadas à tortura ou consideradas tratamentos degradantes ou desumanos.

Como se vê, o Tribunal fez questão de expressar que o procedimento em face do Sr. Bogumil foi realizado por médicos e sem aplicação de força bruta, confirmando, assim, que intervenções corporais (nesse caso, cirúrgica) compulsórias não podem ser realizadas por outros tipos de profissionais, nem pode, para tanto, ser empregada violência.

No que tange à análise do caso, à luz do artigo 8º da Convenção, o Tribunal pacificou o que há muitos anos já vinha decidindo a Comissão: havendo previsão legal para a realização das intervenções corporais coercitivas, e dependendo de sua necessidade e objetivo (no caso, fins terapêuticos para preservar a vida/saúde do Sr. Bogumil), a medida não caracteriza violação à vida privada.

³⁴² Fl. 20 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 2ª Secção. *Caso Bogumil c. Portugal* (Application n. 35228/03). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-119158\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 5 jan. 2018.

2.1.10 Caso Boyce v. Irlanda³⁴³

2.1.10.1 Fatos

Em 10.07.1996, o Sr. Boyce (ora requerente) foi preso por suspeita de ter estuprado a Sra. X em sua residência, em 1989. O acusado foi conduzido à delegacia de polícia, quando foi informado pelas autoridades sobre evidências de seu envolvimento em outros delitos sexuais reportados pela mesma Sra. X. O requerente negou todas as acusações feitas contra ele.

Na delegacia, o policial solicitou que o Sr. Boyce fornecesse uma amostra de seu sangue para análise de DNA e ele concordou. O procedimento de extração do material corpóreo (sangue) foi devidamente realizado por um médico e, na sequência, o requerente foi posto em liberdade.

Posteriormente, o Sr. Boyce foi denunciado pela prática de nove supostos delitos sexuais contra a Sra. X – em tese, ocorridos em um período de dez anos. O DNA, coletado a partir da amostra de seu sangue, foi apontado como base para todas as imputações.

Ao longo da instrução processual o réu não negou ter se submetido à extração de sangue voluntariamente, mas argumentou não ter sido avisado de que o material seria utilizado para embasar outras oito acusações.

Assim, segundo o requerente, o seu DNA poderia ser utilizado como prova para uma única imputação – referente aos fatos que geraram sua prisão em 10.07.1996 – mas não para suportar denúncia de outros delitos sexuais.

Ao analisar o caso, o juiz sentenciante concluiu que o Sr. Boyce havia sido devidamente informado, antes do procedimento, sobre as consequências do fornecimento de amostra de seu sangue. Isso porque o requerente assinou uma declaração atestando a voluntariedade de seu ato, após, em tese, ter sido alertado pelas autoridades policiais sobre eventuais consequências.

O Sr. Boyce foi condenado pela prática dos delitos sexuais; seu DNA foi prova determinante para a condenação. Nas palavras do juiz sentenciante:

Segundo o caso apresentado pela acusação, a prova do DNA linkava o acusado a dois delitos (1989 e 1991) e, se o juri deveria considerar que tal prova de DNA

³⁴³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Third Section. *Case Michael Boyce against Ireland (Application n. 23663/06)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-86622"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 21 jan. 2018.

comprovada a culpa do arguido em relação a esses dois delitos, poderia também concluir que a mesma pessoa cometeu todos ou qualquer um dos outros crimes [Tradução nossa].³⁴⁴

Inconformado, o requerente apresentou recurso alegando que: (i) a decisão não assegurou seu direito constitucional à integridade corporal; (ii) as autoridades policiais não o informaram de que a amostra de seu sangue seria utilizada como evidência para outros delitos além daquele pelo qual foi preso em 1996; (iii) a utilização de sua amostra de sangue como elemento probatório para as demais acusações violou o seu direito à integridade corporal, à privacidade, à não autoincriminação e a um processo justo/equitativo.

O apelo defensivo foi rejeitado por todas as instâncias recursais.

2.1.10.2 Procedimento perante o TEDH

O Sr. Boyce apresentou queixa perante o TEDH alegando que os citados fatos violaram os artigos 6º (direito a um processo equitativo e presunção de inocência), 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) e 13 (direito a um recurso efetivo) da Convenção.

Violação ao artigo 8º – de maneira isolada e em conjunto com o artigo 13 – da Convenção

Argumentos do requerente

No entendimento do requerente, a extração, a retenção e o uso da amostra de seu sangue não foram feitos “de acordo com a lei” irlandesa, uma vez que o diploma legal que previa tal procedimento consistia somente em uma circular da polícia e não em lei. Além disso, continha conteúdo confidencial.

³⁴⁴ Fl. 3 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Third Section. *Case Michael Boyce against Ireland* (Application n. 23663/06). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-86622\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 16 jan. 2018.

Argumentos do Estado ucraniano

O Estado ucraniano não apresentou argumentos nesse ponto.

Argumentos do TEDH

O Tribunal acabou rejeitando sumariamente – sem análise de mérito – o argumento apresentado pelo Sr. Boyce nesse ponto, pois entendeu que o requerente não conseguiu esgotar a questão nas instâncias internas, antes de submetê-la à Corte.

Violação ao artigo 6º da Convenção

Argumentos do requerente

Para o requerente, as previsões legais ucranianas que autorizavam autoridades policiais a requisitarem amostras de sangue de suspeitos seriam inacessíveis, vagas e imprevisíveis. Logo, seria impossível que ele entendesse o conteúdo legal de tais dispositivos e, com isso, pudesse determinar as suas escolhas e atitudes. Em outras palavras, ao decidir se submeter à extração de sangue, o requerente em tese não tinha noção das consequências que estariam por vir; portanto, tal consentimento não seria válido.

Consequentemente, a coleta de sangue teria sido feita de maneira ilegal e a admissão de tal amostra sanguínea como base para as acusações em face do Sr. Boyce excluiria a justiça e a equidade de seu julgamento. Além disso, o requerente afirmou que o procedimento realizado pela autoridade policial teria ferido o seu direito à não autoincriminação.

Argumentos do TEDH

O Tribunal iniciou sua argumentação sustentando que apesar de o artigo 6º da Convenção garantir o direito a um julgamento justo, tal dispositivo legal não traz regras sobre a admissão de provas no processo, o que deve ser regulamentado e analisado à luz da legislação local. Assim, não cabe ao Tribunal decidir se uma evidência poderia ou não ser

admitida para julgamento, tampouco determinar se o indivíduo acusado seria ou não culpado.

Diante desse entendimento, a questão analisada pela Corte abarca todos os procedimentos adotados – incluindo o modo como a evidência em questão foi obtida – para verificar se foram justos. No caso concreto, portanto, deve ser decidido se os procedimentos adotados para extração de sangue do requerente e, posteriormente, para utilização de seu DNA como evidência, foram justos ou não.

O Tribunal destacou, segundo o juiz sentenciante, que diversas testemunhas foram ouvidas ao longo do julgamento do Sr. Boyce e todas confirmaram que ele foi devidamente informado de que estava sendo investigado por delitos sexuais cometidos contra a Sr. X em 1989 e em outras oportunidades. Além disso, ele teve direito a consultar um advogado antes de decidir submeter-se à extração de sangue. Portanto, não há como alegar que não foi devidamente informado sobre as consequências de fornecer o material sanguíneo pleiteado pela autoridade policial.

Na sequência, no que tange à alegação sobre violação ao direito à não autoincriminação, a Corte expressamente afirmou já ter pacificado entendimento de que tal direito “não se aplica ao sangue ou a outras amostras físicas ou objetivas utilizadas em análises periciais [Tradução nossa]”³⁴⁵.

A decisão apontou no sentido de que o julgamento – e conseqüentemente a condenação – do Sr. Boyce, com base no DNA extraído da amostra de seu sangue coletada pelas autoridades policiais, não foi injusto. Logo, não restou configurada a violação ao artigo 6º, §1º, da Convenção.

2.1.10.3 Análise

Nesse caso concreto, o Tribunal analisou a questão das intervenções corporais coercitivas à luz do artigo 6º da Convenção.

Primeiramente – assim como já havia feito no julgamento “Jalloh v. Alemanha” –, a Corte confirmou que não lhe cabe analisar regras internas de cada país sobre admissibilidade de provas no processo. Na verdade, o que deve ser analisado em âmbito

³⁴⁵ Fl. 14 do Acórdão. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Third Section. *Case Michael Boyce against Ireland* (Application n. 23663/06). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-86622"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 17 jan. 2018.

internacional é o procedimento completo de autorização/coleta/utilização das evidências decorrentes das intervenções corporais.

Da linha argumentativa utilizada pelos julgadores do caso, depreende-se que nas hipóteses em que o suspeito decide, voluntariamente, submeter-se à intervenção corporal para extração de evidências de seu corpo, é necessário que as autoridades o informem sobre os riscos e as consequências legais do procedimento. Caso contrário, o material extraído não poderá ser utilizado como evidência contra ele.

Por fim, tem-se novamente a confirmação de que, para o Tribunal, o direito à não autoincriminação não abrange as intervenções corporais coercitivas. O entendimento aponta no sentido de que extrações compulsórias de sangue ou de outras amostras corporais podem ser realizadas para análises forenses e, portanto, o material corpóreo decorrente de tais procedimentos pode ser utilizado como evidência em investigações e processos.

2.1.11 Caso Yuriy Volkov v. Ucrânia³⁴⁶

2.1.11.1 Fatos

Em 16.09.2003, a Sra. D. foi roubada e assassinada dentro de seu apartamento. Em 26.11.2003, o Sr. M. declarou que o Sr. Yuriy Volkov (ora requerente) pediu para que ele vendesse algumas joias e dentaduras e, na oportunidade, admitiu ter roubado e matado a Sra. D.

Com a investigação instaurada, o requerente foi chamado a depor perante a autoridade policial. À época, encontrava-se internado em um hospital, submetido a tratamento por dependência química. Mesmo assim, o requerente foi levado pelos policiais à delegacia e lá detido para questionamentos.

Segundo informado pelo Sr. Yuriy, lá teria sofrido espancamentos e pressão psicológica para confessar os supostos crimes por ele cometidos. Depois de um dia de detenção, o suspeito acabou confessando ter roubado e matado a Sr. D., o que motivou a

³⁴⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Fifth Section. *Case Yuriy Volkov v. Ukraine (Application n. 45872/06)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-139170"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 21 jan. 2018.

sua prisão preventiva. Nesse momento, sua mãe nomeou dois advogados para defendê-lo – Dr. A. e Dr. K.

O detido foi examinado por um policial, na presença de duas testemunhas, e nenhuma lesão corporal foi encontrada em seu corpo. Na sequência, participou da reconstituição das cenas do crime, dando detalhes sobre como praticou o roubo e o assassinato. Em seguida, o promotor expediu ordem determinando que um médico coletasse amostras de sangue e saliva do Sr. Yuriy. Diante disso, no dia seguinte, um investigador policial – na presença de uma testemunha e do advogado Dr. A – extraiu uma amostra de sangue do requerente por via intravenosa. O requerente pediu a troca de seus defensores, nomeando, para tanto, o Dr. F.

O Sr. Yuriy acabou denunciado pela suposta prática de roubo e assassinato. Nesse momento, seus direitos legais foram explicados e ele foi interrogado, na qualidade de réu, na presença de seu novo advogado. Na oportunidade, voltou atrás em sua confissão, passando a negar qualquer envolvimento nos delitos até então a ele imputados. Depois, o Sr. M. (testemunha acusatória) retirou seu primeiro depoimento, afirmando que somente incriminou o requerente porque havia sido pressionado pela autoridade policial.

Finalizada a instrução processual, o Tribunal – atuando em Primeira Instância – absolveu o Sr. Yuriy, sob o argumento de que não havia provas suficientes contra ele, somadas as seguintes circunstâncias: (i) sua confissão não poderia ser admitida, uma vez que fora prestada sob pressão/coação e, portanto, involuntária; e (ii) a única testemunha incriminatória retratou-se de seu depoimento.

O Tribunal decidiu, separadamente, que a extração de sangue do requerente não seria permitida porque realizada por um investigador policial e não por um médico – o que implicava risco à vida e à saúde do Sr. Yuriy.

A acusação recorreu e a Suprema Corte acabou anulando as decisões anteriores e determinando a continuidade das investigações. Nesse ínterim, o requerente foi novamente preso sob a acusação de portar e comercializar drogas. Após alguns questionamentos, ele acabou confessando o porte de substâncias entorpecentes para uso pessoal, mas não para comercialização. O requerente foi colocado em liberdade, com a restrição de não poder sair da cidade.

Os dois casos citados foram reunidos e julgados conjuntamente. Ao final, o Sr. Yuriy foi condenado por todas as imputações – ou seja, pela prática do roubo e do assassinato da Sra. D, e pelo porte e tráfico de drogas.

A defesa recorreu até a Suprema Corte ucraniana, mas a decisão condenatória foi mantida.

2.1.11.2 Procedimento perante o TEDH

Com base nos fatos anteriormente mencionados, o Sr. Yuriy apresentou queixa perante o TEDH, alegando, em síntese: (i) violação ao artigo 3º da Convenção (proibição de tortura), pois o espancamento e a pressão psicológica praticados contra ele pela polícia, a fim de extrair uma confissão, equiparar-se-iam à tortura e a tratamentos desumanos e degradantes; (ii) violação ao artigo 6º, §§1º e 2º, da Convenção (direito a um processo equitativo e presunção de inocência), uma vez que o requerente foi forçado a se autoincriminar, ao ser obrigado pelos policiais a prestar depoimento, anteriormente à chegada de seus advogados; e (iii) violação ao artigo 8º da Convenção (direito ao respeito pela vida privada e familiar), por ter sido submetido à extração de sangue por um investigador de polícia e não por um médico.

Tendo em vista o objeto do presente trabalho, na sequência, serão analisados com mais detalhes somente os argumentos constantes do item (iii) anterior³⁴⁷.

Violação ao artigo 8º da Convenção

Argumentos da defesa

Originalmente, o requerente alegou que a extração de seu sangue, realizada por investigador policial e não por médico, violaria o artigo 3º da Convenção, uma vez que seria considerado tratamento degradante. A Corte, no entanto, determinou que a questão deveria ser analisada à luz do artigo 8º, por sua ligação com o direito à vida privada.

Argumentos do governo ucraniano

O governo ucraniano não apresentou argumentos sobre essa questão.

³⁴⁷ O item (ii) não será aprofundado porque, apesar de relacionado ao direito à não autoincriminação, trata somente do depoimento do investigado e não traz nenhuma informação aplicável às intervenções corporais coercitivas utilizadas como meio de obtenção de prova.

Argumentos do TEDH

O Tribunal declarou que a integridade psicológica das pessoas está protegida pelo direito de respeito à vida privada previsto no artigo 8º da Convenção. Além disso, reconheceu que o corpo constitui um dos aspectos mais íntimos da vida privada de qualquer indivíduo.

Assim, intervenções corporais coercitivas, mesmo que de menor importância, constituem interferência no direito à vida privada, implicando violação ao artigo 8º da Convenção, a não ser que: (i) tenha sido feita “de acordo com a lei” – ou seja, desde que prevista e autorizada pela legislação local; (ii) tenha como objetivo um dos fins destacados no parágrafo 2º deste dispositivo legal; e (iii) seja “necessária em uma sociedade democrática”.

Em relação ao caso concreto analisado, os julgadores destacaram que a queixa trazida não se relacionava à extração de sangue em si, mas sim à sua execução, uma vez que se referia à realização da medida por um investigador de polícia e não por um médico. Nesse caso, os julgadores observaram que a legislação ucraniana autorizava que policiais determinassem a extração de sangue – ainda que compulsoriamente –, mas previa que tal extração somente poderia ser realizada por médicos especializados, como também defendido pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Diante disso, o Tribunal entendeu que a legislação local foi violada nesse ponto, destacando, ainda, que os julgados da Corte também atestam que intervenções corporais coercitivas somente podem ser realizadas por médicos.

Portanto, considerando que a interferência na vida privada do Sr. Yuriy não foi feita “de acordo com a lei”, o TEDH decidiu que houve, no caso concreto, violação ao artigo 8º da Convenção.

2.1.11.3 Análise

Para o TEDH, o corpo é um dos aspectos mais íntimos do ser humano e com essa declaração, expressamente sedimentou entendimento defendido pela Comissão desde os anos 1960 e largamente explicado nos julgados anteriores, no sentido de que: intervenções corporais coercitivas caracterizam violação à vida privada, mas, se presentes os mesmos

requisitos citados nos casos anteriores, com base no §2º do artigo 8º da Convenção, podem ser autorizadas, a título de exceção.

A propósito, esse precedente é bem relevante porque repisou a necessidade de as intervenções corporais coercitivas serem realizadas por médicos especialistas. Assim, mesmo que a questão, nesse caso concreto, tenha sido decidida à luz do artigo 8º, §2º, da Convenção – e não do artigo 3º do mesmo diploma legal, como no caso “Jalloh v. Alemanha” –, a ideia de que tais medidas compulsórias só podem ser realizadas por médicos foi confirmada.

2.2 PERSPECTIVA GERAL DA VISÃO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS COERCITIVAS

Finda a análise dos julgados aqui colacionados, a conclusão inicial que se extrai é que a Corte Europeia de Direitos Humanos aceita como válida a realização de intervenções corporais coercitivas.

Os primeiros julgados sobre o tema nas décadas de 1960 e 1970 – a maioria realizada pela Comissão e não pelo TEDH – analisaram a questão à luz dos artigos 2º (direito à vida), 5º (direito à liberdade e segurança), 6º, §2º (presunção de inocência), e 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) da Convenção. Somente anos depois é que foram feitas análises de intervenções corporais coercitivas em relação também aos artigos 6º, §1º (direito a um processo equitativo e, conseqüentemente, à não autoincriminação) e 3º (proibição da tortura e de outros tratamentos desumanos ou degradantes). De maneira resumida e com base no estudo pormenorizado realizado anteriormente, a seguir, será sistematizada a visão da Corte.

(a) Perspectiva em relação ao artigo 6º, §2º, da Convenção (presunção de inocência)

No julgamento do caso “X v. República Federativa da Alemanha”, em 1962, a Comissão decidiu que a realização de intervenções corporais coercitivas como meio para obtenção de provas não viola a presunção de inocência do sujeito a elas submetido. Esse entendimento foi aprofundado no julgamento do caso “X v. Holanda”, em 1978, quando a

Comissão confirmou não haver violação à presunção de inocência, uma vez que o procedimento compulsório para coleta de provas em questão não resulta, necessariamente, na obtenção de evidências incriminatórias, podendo, ao contrário, resultar na coleta de provas da inocência do acusado. Não obstante, destacou a importância, no caso concreto, de observação dos seguintes parâmetros: (i) haver indícios de que o indivíduo cometeu o crime ora investigado; (ii) a medida deve ser autorizada por autoridade competente para tanto; e (iii) o procedimento deve ser efetivado por um médico. Esse posicionamento continua válido até hoje, pois não há julgado em sentido contrário.

(b) Perspectiva em relação ao artigo 2º da Convenção (direito à vida)

Em relação ao direito à vida, no julgamento do caso “X v. Áustria”, em 1979, a Comissão atestou que intervenções corporais coercitivas são procedimentos insignificantes e não colocam em risco a vida de quem for a elas submetido. Logo, não violam o artigo 2º da Convenção, a não ser que o modo como forem executadas, no caso concreto, apresente algum risco. Tal conclusão não voltou a ser questionada e, portanto, restou pacificada.

(c) Perspectiva em relação ao artigo 5º da Convenção (direito à liberdade e à segurança)

No que tange ao direito à liberdade e à segurança, a Comissão, também no julgamento “X v. Áustria”, concluiu que as intervenções corporais compulsórias não violam o tal direito, uma vez que o artigo 5º, §1º, alínea “b” da Convenção prevê a possibilidade de se decretar a prisão – medida muito mais drástica do que as intervenções ora discutidas – do sujeito que descumprir ordem legal. Logo, se não há violação à liberdade e à segurança na hipótese mais severa (prisão diante do descumprimento de ordem), também não pode haver violação na hipótese mais branda (intervenção compulsória diante de ordem para coleta de prova corpórea).

Vale lembrar que, segundo entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos, intervenções corporais coercitivas como, por exemplo, extração de sangue contra vontade do sujeito passivo, são insignificantes. Essa conclusão não voltou a ser questionada e, portanto, restou pacificada.

(d) Perspectiva em relação ao artigo 8º da Convenção (direito ao respeito pela vida privada e familiar)

A análise da questão à luz do artigo 8º da Convenção foi debatida com mais intensidade pela Corte, uma vez que vem sendo tratada inicialmente pela Comissão, desde 1978, no julgamento do caso “X. v. Holanda”, e depois pelo TEDH, até os dias atuais. O entendimento se firmou no sentido de que o corpo é um dos aspectos mais íntimos do ser humano. Assim, intervenções corporais coercitivas, por mais simples ou insignificantes que sejam, caracterizam violação à intimidade e à vida privada daqueles a elas submetidos. Apesar disso, a Corte vem entendendo que, em algumas situações, pode haver exceção a essa regra.

Fato é que, ao longo dos anos, foram traçados parâmetros a serem seguidos, visando determinar se uma conduta está (ou não) de acordo com o artigo 8º, §2º, da Convenção, ou seja, se pode (ou não) ser considerada como exceção à regra de violação à vida privada.

Os mencionados parâmetros são os seguintes: (i) a existência da previsão legal autorizando a medida; (ii) a necessidade da medida; (iii) os objetivos da medida; e (iv) a necessidade e os objetivos supracitados devem estar de acordo com uma sociedade democrática.

Em relação ao primeiro parâmetro, a Corte manifestou-se pela necessidade de previsão legal, mas ressaltou que tal previsão não precisa, necessariamente, ter a lei como origem, podendo advir de portaria, circular, decreto etc.³⁴⁸. Não obstante, apesar de defender o alargamento da expressão “lei”, a Corte determinou que a regra prevista deve

³⁴⁸ Entendimento oriundo do julgamento do caso “Caso Peters v. Holanda”, estudado na seção 2.1.5. A doutrina vem corroborando tal entendimento, mas não de maneira alargada e sim restrita à lei propriamente dita, não a portarias, decretos, regulamentos, etc.. Nesse sentido: SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 249; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos humanos*, p. 219-220; ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*, p. 116-121; CASABONA, Carlos Maria R.; MALANDA, Sérgio Romeo. *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, p. 72-77; ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho processal penal*, p. 159-160; GÓMEZ AMIGO, Luis. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, p. 52; LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, p. 351; MARTELETO FILHO, W. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*, p. 155; HAMMERSCHMIDT, Denise. *Identificación genética, discriminación y criminalidade: un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil*. Atualizada por la Ley 12.654/2012. Curitiba: Juruá, 2012, p. 121-122; HADDAD, Carlos Henrique B. *A Constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação*, p. 240.

ser clara e acessível. Ou seja, tendo em vista o texto “legal”, o cidadão precisa ser capaz de antever as consequências de sua conduta³⁴⁹.

No que tange à necessidade da medida, decidiu-se que deve ser analisada a sua proporcionalidade, ou seja, deve-se verificar se os meios utilizados são proporcionais aos fins desejados³⁵⁰. Nos termos dos julgados analisados, aqui está implícita a ideia de subsidiariedade da medida, ou seja, a intervenção corporal coercitiva somente será necessária e proporcional se nenhum outro meio de obtenção de prova apto e menos invasivo for suficiente para alcançar o objetivo perquirido. Em outras palavras, a intervenção corporal coercitiva deve ser considerada como *ultima ratio* para obtenção do elemento de prova³⁵¹.

Para explicar os objetivos da medida, os julgados da Corte trouxeram alguns exemplos de objetivos que legitimam a realização de intervenções corporais coercitivas³⁵²:

³⁴⁹ Trechos de julgados nesse sentido: “(i) o primeiro princípio nesse sentido é que a palavra ‘lei’ deve abranger não só a legislação escrita, mas também a não escrita [...]. Ainda assim, a lei deve ser suficientemente clara, a fim de providenciar aos cidadãos adequada indicação das circunstâncias e das condições em que autoridades públicas têm o poder de recorrer a esta potencial interferência perigosa ao direito ao respeito da vida privada e familiar [Tradução nossa]” EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Court (Chamber). *Case of Malone v. The United Kingdom* (Article 50). (Application n. 8691/79). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57532"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 22 jan. 2018; e “Primeiramente, a lei tem que ser adequadamente acessível: o cidadão deve ter uma indicação que seja adequada nas circunstâncias das regras legais aplicáveis a um determinado caso. Em segundo lugar, uma norma não pode ser chamada de ‘lei’ a não ser que seja formulada com precisão suficiente para que o cidadão consiga pautar sua conduta: ele deve ser capaz – se necessário, com o aconselhamento apropriado – de antever, em um nível razoável diante da circunstância, as consequências que uma determinada ação pode acarretar [Tradução nossa]” EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Court (Plenary). *Case of The Sunday Times v. The United Kingdom*. (Application n. 6538/74). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57584"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 22 jan. 2018.

³⁵⁰ A doutrina também vem defendendo a observância da proporcionalidade para autorização de intervenções corporais: GÓMEZ AMIGO, Luis. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, p. 52-56; MARTELETO FILHO, W. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*, p. 145-147; HAMMERSCHMIDT, Denise. *Identificación genética, discriminación y criminalidade: un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil*. Actualizada por la Ley 12.654/2012, p. 125-128; ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites, p. 129; HADDAD, Carlos Henrique B. *A Constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação*, p. 242-243.

³⁵¹ Diversos autores também concordam com a regra trazida pela Corte Europeia de Direitos Humanos de que as intervenções corporais coercitivas devem ser tratadas como *ultima ratio*: SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 309; LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, p. 351. Maria Angeles Perez Marín complementa ao dizer que, além disso, entre as intervenções corporais, deve sempre ser escolhida a medida menos invasiva possível (El ADN como método de identificación em el processo penal, p. 138). Nesse mesmo sentido: ALESCI, Teresa. *Corpo dell'imputato* (fonte di prova nel processo penale). *Digesto dele Deiscipline Panalistiche*. UTET Giuridica, 2018, p. 87-88; HADDAD, Carlos Henrique B. *Op. Cit.* p. 243.

³⁵² A regra geral do §2º do artigo 8º da Convenção ilustra outras hipóteses nas quais pode haver exceção ao direito ao respeito pela vida privada e familiar, mas somente as situações apontadas acima foram trazidas pela Corte como objetivos válidos para a execução de intervenção corporal coercitiva.

fins terapêuticos, ilustrados no caso “Bogumil v. Portugal”, como a defesa da vida/saúde do sujeito passivo; e proteção de direitos fundamentais de terceiros, ilustrados no caso “X. v. Holanda” como o direito à segurança, na divergência suscitada no caso “Jalloh v. Alemanha”, como direito à segurança pública e, no caso “Acmanne e outros v. Bélgica”, como o direito à saúde pública³⁵³.

Além disso, no julgamento do caso “Schmidt v. Alemanha”, na linha de proteção da segurança pública, o Tribunal reconheceu como objetivo apto a autorizar a determinação e a realização de intervenções corporais coercitivas a busca de evidências para comprovação da autoria de crimes graves³⁵⁴.

Por fim, a Corte atestou que a necessidade e os objetivos supracitados devem estar de acordo com uma sociedade democrática.

(e) Perspectiva em relação ao artigo 6, §1º, da Convenção (direito a um processo equitativo e, conseqüentemente, à não autoincriminação) ligado ao artigo 3º da Convenção (vedação à tortura e a tratamentos desumanos ou degradantes)

Somente em 1996, ao julgar o caso “Saunders v. Reino Unido”, a Corte teve a oportunidade de analisar a questão à luz do artigo 6º, §1º, da Convenção, especificamente à luz do direito à não autoincriminação, quando assentou que o princípio *nemo tenetur se detegere* faz parte do coração do direito a um julgamento justo e equitativo e que, portanto,

³⁵³ Vânia Siciliano Aieta, em obra dedicada à garantia da intimidade, defende a aplicação, nesse caso, do princípio da finalidade, segundo o qual a privacidade individual pode ser restrita de acordo com o interesse público envolvido (*A garantia da intimidade como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 166). Luis Gómez Amigo, por sua vez, defende a existência de um fim constitucionalmente legítimo – no caso, a eficaz atuação do *ius puniendi*, que visa assegurar a eficácia da persecução penal e, com isso, a defesa de direitos coletivos como a paz social e a segurança –, para justificar a restrição da privacidade do indivíduo submetido a uma intervenção corporal (*Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, p. 57).

³⁵⁴ A doutrina vai ao encontro da Corte Europeia de Direitos Humanos ao defender que intervenções corporais contra a vontade do sujeito somente podem ser autorizadas em investigações/processos de crimes graves: CASABONA, Carlos Maria R.; MALANDA, Sérgio Romeo. *Los identificadores del ADN en el sistema de justicia penal*, p. 84; SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 309; TOVIL, J. A proteção contra a auto-acusação compulsória aplicada à persecução penal, p. 270; PEREZ MARIN, M. A. El ADN como método de identificación en el proceso penal, p. 138; LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, p. 351; MARTELETO FILHO, W. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*, p. 145-147; HAMMERSCHMIDT, Denise. *Identificación genética, discriminación y criminalidade: un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil*. Atualizada por la Ley 12.654/2012, p. 144; HADDAD, Carlos Henrique B. *A Constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação*, p. 243-244.

não pode variar de acordo com o interesse público ou com a severidade do crime investigado.

Apesar disso, sedimentou que a utilização de evidências obtidas coercitivamente, ou seja, contra a vontade do acusado – incluídos os elementos de prova colhidos do próprio corpo do investigado, como amostras de sangue para exame de alcoolemia ou DNA, urina, saliva, entre outros –, em investigações ou processos penais, contanto que tais evidências existam independentemente da vontade do suspeito, não viola o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Esse entendimento foi aprofundado nos julgamentos dos casos “Schmidt v. Alemanha” e “Jalloh v. Alemanha”, quando a Corte pacificou que o direito à não autoincriminação está ligado tão somente ao direito ao silêncio do acusado e ao seu direito de não ser obrigado a testemunhar contra a sua vontade. Ou seja, intervenções corporais coercitivas, mesmo com o objetivo de extrair provas do corpo do acusado, não são englobadas por tal princípio.

No caso “Jalloh v. Alemanha”, especificamente, foram traçados padrões expressos pelo TEDH para determinar quando e se há violação ao direito à não autoincriminação na utilização de medidas coercitivas para obtenção de prova, a saber: (i) a natureza e o grau da coerção utilizada para obtenção da prova; (ii) o peso do interesse público na investigação e a punição do crime em tese praticado e investigado; (iii) a tomada de proteções/precauções durante o procedimento; e (iv) o destino que será dado ao material obtido por meio da intervenção – todos permenorizadamente explicados na seção 2.1.8.3.

Nesses mesmos julgados, a Corte também analisou a questão aos olhos do artigo 3º da Convenção. No julgamento do caso “Jalloh v. Alemanha” foram estabelecidos parâmetros a serem observados – em conjunto com os padrões retromencionados, no que tange ao artigo 6º, §1º – para realização de intervenções corporais coercitivas, a fim de que a medida não fira o *princípio nemo tenetur se detegere* nem se equipare à tortura e/ou a tratamentos desumanos e degradantes:

De acordo com o TEDH, a obtenção coercitiva de tal material [sangue, urina, entre outros], não só é consentida pelo artigo 6º da Convenção, como será conforme ao respectivo artigo 3º, que proíbe a tortura e os tratamentos desumanos ou degradantes, sempre que forem observados, quanto à intervenção coercitiva, os seguintes limites: i) a prova pretendida obter através do material corpóreo deverá relacionar-se com um crime grave e sério (ideia de um catálogo de crimes); ii) as autoridades deverão demonstrar que tomaram em consideração todos os métodos alternativos de recolha de prova (princípio da subsidiariedade); iii) a intervenção não pode exceder nunca o mínimo de severidade tolerado pelo artigo 3º da Convenção – isto é, não pode implicar risco relevante de lesão

duradoura na saúde do visado, nem provocar-lhe sofrimento físico sério – o que deverá ser estabelecido em razão da duração da intervenção e dos seus efeitos físicos e mentais, do nível de supervisão médica disponibilizada e, em determinados casos, do sexo, idade e saúde do destinatário do procedimento.³⁵⁵

Em relação ao primeiro item apontado pela doutrina colacionada, frise-se que a Corte originalmente defendeu que a interpretação e a aplicação dos meios coercitivos de obtenção de prova – e, conseqüentemente, do princípio *nemo tenetur se detegere* – não deveriam variar de acordo com o interesse público ou com o tipo de crime investigado. No entanto, ao analisar os casos “Schmidt v. Alemanha” e “Jalloh v. Alemanha”, o TEDH alterou esse entendimento, passando então a defender que as intervenções corporais coercitivas só podem ser realizadas quando o crime investigado for de natureza grave. E, para além da materialidade delitativa, no caso “Jalloh v. Alemanha”, o TEDH apontou a necessidade de haver indícios fortes, além da dúvida razoável, de que o sujeito submetido à medida seria o autor do delito grave investigado³⁵⁶.

A Corte também defende que as intervenções corporais coercitivas sejam sempre determinadas por autoridade competente para tanto, apesar de não deixar claro se tal autoridade deve ser juiz, promotor ou delegado de polícia, por exemplo. Essa definição fica a cargo da legislação local de cada país³⁵⁷. E, independente de qual autoridade será a

³⁵⁵ COSTA, J. O princípio *nemo tenetur* na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, p. 117-183.

³⁵⁶ A necessidade de haver indícios suficientes da autoria delitiva para autorizar a execução de intervenção corporal contra a vontade do investigado é defendida também pela doutrina: ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*, p. 122-125; MARTELETO FILHO, W. *O direito à não auto-incriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*, p. 143-145; ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho processal penal*, p. 160; HAMMERSCHMIDT, Denise. *Identificación genética, discriminación y criminalidade: un análisis de la situación jurídica penal en España y en Brasil*. Actualizada por la Ley 12.654/2012, p. 148; HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, p. 333.

³⁵⁷ A maioria dos autores estudados defende que a autoridade competente para determinar a execução de intervenções corporais coercitivas é o juiz, ou seja, a medida deve ser ordenada por autoridade judicial: SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 306-307; AMBOS, Ernst Beling-Kai; GUERRERO, Óscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá: Temis, 2009, p. 198; QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal*, p. 411; ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *Op. Cit.*, p. 135-139; GURIDI, José Francisco Etxeberria. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal – inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, p. 310; CASABONA, Carlos Maria R.; MALANDA, Sérgio Romeo. *Los identificadores del ADN en el sistema de justicia penal*, p. 77-80; ARMENTA DEU, Teresa. *Op. Cit.*, p. 159-160; GÓMEZ AMIGO, Luis. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, p. 57-58; MARTELETO FILHO, W. *Op. Cit.*, p. 140-143; CARVALHO, Luis Gustavo G. C. A Constituição e as intervenções corporais no processo penal: existirá algo além do corpo?, p. 361; HAMMERSCHMIDT, Denise. *Op. Cit.*, p. 123-125; MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. A identificação compulsória pelo perfil genético e a hipérbole do direito ao silêncio; HADDAD, Carlos Henrique B. *A Constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação*, p. 245. Maria Angeles Perez Marín defende, como ocorre no direito alemão, que

responsável pela determinação da medida, deve, necessariamente, demonstrar que a prova pretendida não poderia ser coletada por nenhum método alternativo menos invasivo. É a ideia de que a determinação/decisão de execução da medida deve ser motivada e fundar-se, entre outros, no princípio da subsidiariedade, sem olvidar que intervenções corporais coercitivas devem ser tratadas como *ultima ratio*, como mencionado linhas atrás.

A medida que envolve intervenção corporal coercitiva, apesar de poder/dever ser determinada por diferentes autoridades legais, tem de ser realizada por um médico³⁵⁸ e quando o acusado, voluntariamente, submeter-se ao procedimento deve ser avisado de seus riscos e consequências – caso contrário, o material coletado não poderá ser utilizado como evidência contra ele.

Vale destacar, ainda, que a Comissão e o TEDH, em diversas passagens dos julgados aqui apresentados, referem-se à extração compulsória de sangue e saliva, a exames de raio-x e endoscopia, entre outras intervenções corporais, como procedimentos insignificantes ou inofensivos³⁵⁹. Logo, é possível concluir que, aos olhos da Corte Europeia de Direitos Humanos, esse tipo de medida não é considerado grave.

Não obstante, a fim de que tais medidas não sejam equiparadas à tortura ou a tratamentos desumanos e degradantes – como ocorreu no julgado do caso “Jalloh v. Alemanha” – não podem “implicar risco relevante de lesão duradoura na saúde do visado, nem lhe provocar sofrimento físico sério”³⁶⁰, não podendo caracterizar procedimento vexatório ou humilhante. A propósito, como ficou determinado nesse mesmo julgado, para

em caso de urgência a medida pode ser determinada pelo Ministério Público e/ou pela autoridade policial (El ADN como método de identificación em el proceso penal, p. 137).

³⁵⁸ A obrigação de que intervenções corporais sejam realizadas por médico é também perseguida pela doutrina: QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 412; SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 249; AMBOS, Ernst Beling-Kai; GUERRERO, Óscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*, p. 159; HADDAD, Carlos Henrique B. *A Constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação*, p. 245.

³⁵⁹ Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano afirma que intervenções corporais são legítimas e inofensivas (*Op. Cit.*, p. 289). Américo Bedê Junior e Gustavo Senna entendem que, do ponto de vista da intangibilidade corporal, o material biológico coletado por meio de intervenções corporais é insignificante (*Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*, p. 42).

³⁶⁰ O pressuposto de que intervenções corporais coercitivas não podem implicar riscos à saúde e à integridade física do sujeito passivo, bem como não podem causar sofrimento ou danos físicos e/ou psíquicos ao mesmo também encontra respaldado doutrinário: SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Op. Cit.*, p. 249; PEREZ MARIN, M. A. *El ADN como método de identificación em el proceso penal*, p. 138; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*, p. 220-221; ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*, p. 132-133; GÓMEZ AMIGO, Luis. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, p. 58-59; LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, p. 351; AMBOS, Ernst Beling-Kai; GUERRERO, Óscar Julián. *Op. Cit.*, p. 159; MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. *A identificação compulsória pelo perfil genético e a hipérbole do direito ao silêncio*.

que não se configure tal indesejável equiparação, devem ser sempre observadas as circunstâncias do caso, a duração do procedimento, os seus efeitos físicos e psicológicos e, em algumas situações, o sexo, a idade e a saúde da pessoa envolvida, jamais podendo o procedimento humilhar ou rebaixar o investigado³⁶¹.

(f) Perspectiva geral

As intervenções corporais coercitivas, como constatado, são analisadas pela Corte especialmente à luz dos artigos 3º (proibição da tortura e outros tratamentos desumanos ou degradantes), 6º §1º (direito a processo equitativo e, conseqüentemente à não autoincriminação), e 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar), apesar de também já terem sido superficialmente consideradas aos olhos do artigo 2º (direito à vida), 5º (direito à liberdade e segurança) e 6º, §1º (presunção de inocência). Apesar de o direito à não autoincriminação abranger a ideia de processo justo e equitativo, as intervenções corporais coercitivas – por serem uma forma um tanto agressiva de intervenção no próprio corpo do acusado – devem também estar de acordo com outros direitos e garantias previstos na Convenção. Caso contrário, a prova obtida por meio de procedimentos compulsórios será considerada ilícita e, portanto, inadmissível³⁶².

No entendimento da Corte, a tarefa de analisar se determinada prova em um processo criminal foi justa ou não compreende também ponderar inicialmente se o meio utilizado para a sua obtenção – no caso, a intervenção corporal coercitiva – não foi desumano, degradante ou torturante, ou se colocou em xeque a vida privada do suspeito.

³⁶¹ A doutrina também etende que as intervenções corporais coercitivas não podem implicar tratamento vejatório ou degradante e nem humilhar o imputado: GÓMEZ AMIGO, Luis. *Las intervenciones corporales como diligencis de investigación penal*, p. 58-59; CORDOBA, Gabriela. *Nemo tenetur se ipsum accusare*: principio de pasividad, p. 291-292.

³⁶² Em alguns casos, ainda que não relacionados diretamente a intervenções corporais coercitivas, a Corte Europeia já decidiu que provas obtidas em discordância aos artigos 3º e 8º da Convenção são consideradas ilícitas e, portanto, não podem ser utilizadas no processo, sob pena de violarem a equidade e a justiça do julgamento, nos termos do artigo 6º, da Convenção: (i) caso “Allan v. Reino Unido” EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Fourth Section. *Case of Allan v. The United Kingdom*. (Application n. 48539/99). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-60713"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 27 jan. 2018; (ii) caso “Bykov v. Russia”. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. *Case of Bikov v. Russia (Application n. 4378/02)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-91704"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 27 jan. 2018; (iii) caso “Gäfgen v. Alemanha”. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. *Case of Gäfgen v. Germany (Application n. 22978/05)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-99015"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 27 jan. 2018.

Portanto, para a Corte Europeia de Direitos Humanos, as intervenções corporais coercitivas, mesmo que com o objetivo de buscar provas contra o indivíduo a elas submetido, não violam o princípio *nemo tenetur se detegere*, não violam o direito à vida, à liberdade e segurança, à presunção de inocência e à vida privada e familiar, tampouco se equiparam à tortura e a tratamentos desumanos ou degradantes, desde que observados os parâmetros aqui destacados e que podem ser sintetizados da seguinte maneira.

Primeiro parâmetro: existência de previsão legal – intervenções corporais coercitivas devem necessariamente ser previstas pela legislação pátria. A Corte apresenta um entendimento alargado de previsão legal, abrangendo, além de leis, portarias, decretos, regulamentos etc.

Segundo parâmetro: necessidade e objetivos da medida – ambos de acordo com uma sociedade democrática (aplicação do princípio da proporcionalidade). A Corte salienta que intervenções corporais coercitivas, por mais simples ou insignificantes que sejam, caracterizam violação à intimidade e à vida privada daqueles a elas submetidos, afetando, assim, o direito à vida privada e familiar do sujeito passivo. Esse direito, no entanto, e outros direitos fundamentais do indivíduo – como o direito à não autoincriminação – não são absolutos, havendo, portanto, exceções trazidas pelo artigo 8º, §2º, da Convenção, nas quais podem ser ponderados por meio da proporcionalidade. Ainda que utilizando outros termos que não exatamente os subprincípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, estudados no Capítulo 1, a ideia trazida nos julgados da Corte é de que, sendo a medida (i) apta e necessária, ou seja, adequada e suficiente para alcançar o objetivo perquirido, (ii) não tiver nenhum outro meio menos invasivo para alcançar tal objetivo e (iii) visar resguardar a saúde/vida do sujeito passivo ou defender relevantes direitos de terceiros, como a segurança pública – por meio, por exemplo, do combate à criminalidade grave – ou outros valores de acordo com uma sociedade democrática, o direito fundamental do indivíduo poderá ser ponderado e, assim, limitado em face da investigação/persecução penal em seu desfavor.

Terceiro parâmetro: o crime investigado deve ser grave e sério. Intervenções corporais coercitivas só podem ser praticadas na investigação ou na persecução penal de crimes graves e sérios. A Corte não estabelece exatamente quais seriam os delitos tidos como graves e sérios nem aponta a regra a ser seguida para essa diferenciação. No caso “Jalloh v. Alemanha”, no entanto, dá a entender que tal regra poderia ser o *quantum* da

pena aplicada ao crime, pois refere-se à “punição do crime em tese praticado e investigado” como fator relevante para relativização do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Quarto parâmetro: indícios suficientes de autoria. A Corte impõe a necessidade de que haja indícios fortes, além da dúvida razoável, de que o sujeito passivo cometeu o crime grave/sério investigado, a fim de justificar que ele seja submetido a procedimento coativo para coleta de elemento de prova de seu corpo.

Quinto parâmetro: autorização motivada de autoridade competente. A Corte impõe que as intervenções corporais coercitivas sejam sempre determinadas por autoridade competente para tanto, apesar de não impor se tal autoridade deve ser juiz, promotor ou delegado de polícia, por exemplo, facultando expressamente essa determinação à legislação local de cada país. Independentemente de qual autoridade será a responsável pela determinação da medida, deve, necessariamente, autorizá-la de maneira fundamentada, demonstrando que a prova pretendida não poderia ser coletada por nenhum método alternativo apto menos invasivo (*ultima ratio*).

Sexto parâmetro: execução da medida por médico. Intervenções corporais só podem ser realizadas por profissionais da área da saúde.

Sétimo parâmetro: execução da medida da maneira menos invasiva e mais leve possível. Em diversas passagens dos julgados aqui expostos, a Corte se refere à extração compulsória de sangue e saliva, a exames de raio-x e endoscopia, entre outras intervenções corporais, como procedimentos insignificantes ou inofensivos. Ainda assim, estabelece que, entre tais procedimentos, deve ser sempre realizado o mais insignificante e menos ofensivo possível.

Oitavo parâmetro: a intervenção não pode implicar risco à saúde ou sofrimento ao sujeito passivo.

Nono parâmetro: a intervenção não pode caracterizar procedimento vexatório ou humilhante.

Os dois últimos parâmetros, vale destacar, estão ligados à preservação da dignidade humana (no caso, dignidade da pessoa sujeita à intervenção), a fim de, segundo os julgados da Corte, garantir que a intervenção corporal coercitiva, justamente por ser executada “à força”, não acabe equiparada à tortura ou a outro tratamento desumano ou degradante. Para tanto, alerta que devem ser observadas, no caso concreto, as circunstâncias da situação, a duração do procedimento, os seus efeitos físicos e psicológicos e, em algumas situações, o sexo, a idade e a saúde da pessoa envolvida.

2.3 TENDÊNCIA INTERNACIONAL EM RELAÇÃO À VISÃO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS COERCITIVAS

Assim como a Corte Europeia de Direitos Humanos, diversos países que de algum modo influenciam o direito brasileiro também aceitam a prática de intervenções corporais coercitivas, aos olhos da garantia contra a autocriminação.

Esta dissertação, no entanto, em função de corte metodológico exposto na introdução, tem como objetivo analisar os parâmetros da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a possibilidade de execução de intervenções corporais coercitivas, à luz do princípio *nemo tenetur se detegere*, para comparação e correspondente aplicação no direito brasileiro. Por essa razão, não serão aprofundados os requisitos, os pressupostos e os parâmetros adotados por cada um dos países a seguir apontados, no que concerne a prever e/ou autorizar a prática de tais medidas investigativas.

A ideia, neste ponto do estudo, é tão somente expor a consolidação, no direito estrangeiro – alguns países membros da Corte Europeia e outros no âmbito do continente americano³⁶³ – da posição adotada pela Corte, a fim de demonstrar, de maneira geral, a tendência internacional, inclusive para além das fronteiras do continente europeu, de que o direito do indivíduo de não produzir provas contra si mesmo não engloba as intervenções corporais coercitivas, podendo, sim, ser aceitas e executadas.

Com esse propósito, os países escolhidos e que na sequência serão abordados são os seguintes: Estados Unidos da América, Inglaterra, Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e Argentina. A justificativa para a escolha dos dois primeiros reside na possibilidade de conhecer como nações que adotam o sistema *common*, inclusive no continente americano, como é o caso dos Estados Unidos da América, tratam as intervenções corporais coercitivas e a partir daí descobrir eventuais semelhanças/diferenças com países que adotam o *civil law*. Alemanha, Itália e Espanha, historicamente, sempre influenciaram o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente nos campos penal e processual penal. Logo, considerando que o Brasil já importou outros institutos e entendimentos destes países, o

³⁶³ Como o tema ora estudado não foi tratado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na presente seção serão expostas as realidades de dois países do continente americano (Estados Unidos da América e Argentina), a fim de demonstrar que mesmo nações que não fazem parte da Corte Europeia de Direitos Humanos, como é o caso do Brasil, tendem a seguir – ainda que em graus e maneiras diversos – a conclusão por ela trazida de que intervenções corporais coercitivas não ferem o direito à não autoincriminação e, portanto, o direito do indivíduo de não produzir provas contra si mesmo.

mesmo tende a acontecer com as conclusões relacionadas às intervenções corporais coercitivas. Portugal, por ter nordeado, na condição de colonizador brasileiro, as nossas primeiras legislações, merece especial atenção. Por fim, a escolha da Argentina se deve ao fato de ser uma nação do continente sul-americano, colonizada e desenvolvida muito depois da Europa – assim como o Brasil.

Como estudado na seção dedicada à evolução histórica do princípio *nemo tenetur se detegere*, os Estados Unidos da América consagraram o privilégio contra a autoincriminação (lá chamado *privilege against self-incrimination*) na 5ª Emenda à Constituição norte-americana³⁶⁴, a qual prevê que nenhuma pessoa poderá ser compelida a testemunhar contra si própria em um procedimento criminal³⁶⁵. Não há, ademais, legislação regulamentando as intervenções corporais coercitivas e a possível restrição da garantia contra a autoincriminação nesse sentido, mas, por se tratar de nação que adota o sistema *common law*, tal regulamentação pode ser dada por força de precedentes estabilizados (*stare decisis*)³⁶⁶.

A Suprema Corte norte-americana, ao longo dos anos, ao analisar o conteúdo e os limites do retrocitado privilégio, passou a restringi-lo tão somente às manifestações testemunhais do acusado³⁶⁷.

No caso *Holt vs. United States* (1910)³⁶⁸, a Suprema Corte decidiu pela admissibilidade da sujeição do suspeito a vestir determinada camiseta no reconhecimento, para fins de investigação criminal. Aqui, o Tribunal determinou que o *privilege against self-incrimination* não compreende a vedação ao uso do corpo do acusado como meio de prova³⁶⁹.

No caso *Breithaupt vs. Abram* (1957)³⁷⁰, a Suprema Corte aceitou a coleta de sangue coercitiva de motorista suspeito de dirigir embriagado afirmando que “a obtenção de amostra de sangue, feita por médicos em um hospital, contitua um procedimento aceitável,

³⁶⁴ UNITED STATES OF AMERICA. Senate. *Constitution*. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 5 jan. 2020.

³⁶⁵ DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano, p. 19.

³⁶⁶ MARTELETO FILHO, W. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*, p. 137.

³⁶⁷ RAMOS, João Gualberto G. *Curso de processo penal norte-americano*, p. 138.

³⁶⁸ Íntegra do julgado: UNITED STATES. Supreme Court. *Holt v. United States*, 218 U.S. 245 (1910). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/218/245/>. Acesso em: 26 dez. 2019.

³⁶⁹ BOTTINO, Thiago. *A doutrina brasileira do direito ao silêncio – o STF e a conformação do sistema processual penal constitucional*, p. 68.

³⁷⁰ UNITED STATES. Supreme Court. *Breithaupt v. Abram*, 352 U.S. 432 (1957). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/352/432/>. Acesso em: 26 dez. 2019.

com intervenção física mínima”³⁷¹ e que o direito à não autoincriminação protege somente o uso de força, coação ou “qualquer outro meio que obrigue ou influencie o indivíduo a colaborar por meio de uma ação comunicativa”³⁷².

No caso *Schmerber v. California* (1966)³⁷³, a Suprema Corte declarou ser admissível perícia realizada em amostras de sangue coletadas sem o consentimento do investigado, para prova em investigação sobre direção de veículo sob efeito de substância alcóolica, uma vez que a garantia contra a autoincriminação compreenderia exclusivamente “a prova de natureza testemunhal ou de natureza comunicativa”³⁷⁴.

Segundo Thiago Bottino, nos Estados Unidos da América, portanto, “qualquer evidência que não esteja diretamente relacionada com a atuação comunicativa do indivíduo pode ser-lhe exigida, ou obtida de forma compulsória, como a obtenção de amostras para a realização de exames periciais, por exemplo”.³⁷⁵ Logo, nesse país, aceita-se a realização de intervenções corporais coercitivas.

Na Inglaterra, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos da América, a legislação regulamenta expressamente as intervenções corporais coercitivas por meio do *Police and Criminal Evidence Act* de 1984³⁷⁶, o qual sofreu alterações em 1994, pelo *Criminal Justice and Public Order Act*³⁷⁷ e, posteriormente, em 2003, pelo *Criminal Justice Act*³⁷⁸. De acordo com esses diplomas legais, os elementos que podem ser coletados via intervenções corporais dividem-se em: amostras íntimas – por exemplo, amostras de sangue, sêmen, urina e tecidos extraídos da zona púbica ou de orifícios corporais distintos da boca – e amostras não íntimas – por exemplo, fios de cabelo, unha e saliva³⁷⁹. Estas últimas amostras podem ser extraídas coercitivamente, mas as primeiras, por afetarem a

³⁷¹ BOTTINO, Thiago. *A doutrina brasileira do direito ao silêncio – o STF e a conformação do sistema processual penal constitucional*, p. 67.

³⁷² BOTTINO, Thiago. *Loc. Cit.*

³⁷³ UNITED STATES. Supreme Court. *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/>. Acesso em: 26. dez. 2019.

³⁷⁴ RAMOS, João Gualberto G. *Curso de processo penal norte-americano*, p. 139. Nesse mesmo sentido: BOTTINO, Thiago. *Op. Cit.*, p. 66-68; HADDAD, Carlos Henrique B.. *A Constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação*, p. 224; MARTELETO FILHO, W. *Op. Cit.*, p. 137.

³⁷⁵ BOTTINO, Thiago. *Op. Cit.*, p. 68.

³⁷⁶ UNITED KINGDOM. Legislation. *Police and Criminal Evidence Act*. 1984. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/pdfs/ukpga_19840060_en.pdf. Acesso em: 20 dez. 2019.

³⁷⁷ UNITED KINGDOM. Legislation. *Criminal Justice and Public Order Act*. 1994. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents>. Acesso em: 20 dez. 2019.

³⁷⁸ UNITED KINGDOM. Legislation. *Criminal Justice Act*. 2003. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents>. Acesso em: 20 dez. 2019.

³⁷⁹ ASHWORTH, Andrew. *The criminal process: an evaluative study*, p. 131. Nesse mesmo sentido: MARTELETO FILHO, W. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*, p. 138-139.

esfera íntima da pessoa, só podem ser coletadas com o consentimento do investigado/acusado³⁸⁰.

Conforme reconhecido pela doutrina inglesa, a possibilidade de recusa do sujeito passivo não decorre do direito de não se autoincriminar ou de outro direito seu, exceto, quando muito, da proteção à intimidade. Finalmente, a recusa pode ser valorada em desfavor do réu, no momento do julgamento, se não houver sido fundamentada em uma causa justa para tanto³⁸¹ e se for corroborada por outras provas, não podendo ser utilizada isoladamente como base para sentença condenatória³⁸².

Na realidade britânica, portanto, intervenções corporais são regulamentadas pela legislação, inclusive na modalidade coercitiva, em algumas hipóteses. O suabe bucal, a coleta de fios de cabelo ou de unhas, por exemplo, podem ser realizados coercitivamente. A extração de sangue, por sua vez, por atingir amostra corporal íntima, não pode ser executada contra a vontade do investigado/acusado, mas sua recusa em se submeter à medida, se não fundamentada em uma justa causa, pode ser valorada em seu desfavor, de acordo com as demais provas coletadas.

Diante disso, Wagner Marteleto Filho conclui que “no direito consuetudinário, há uma tendência a legitimar as intervenções corporais coercitivas, com matizações, restringindo-se o âmbito de proteção do *privilege against self-incrimination* às manifestações de natureza testemunhal ou comunicativa”³⁸³.

Passando à análise dos países europeus que adotam o sistema *civil law*, na Alemanha, a Constituição Federal, lá chamada de Lei Fundamental³⁸⁴, não dispõe expressamente sobre o princípio *nemo tenetur se detegere*, mas se entende que tal princípio configura “direito constitucional não escrito”³⁸⁵ e decorre das previsões constitucionais referentes (i) à proteção da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, I); (ii) ao livre

³⁸⁰ QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*, p. 348-350.

³⁸¹ Esta é a chamada teoria da *adverse inference*. TAK, Peter J.P.; HOMMES, Gertrude A. Van. *Le Test ADN et la procédure pénale en Europe. Revue de Science criminelle et de droit penal compare*, out-dez, 1993, p. 679-693.

³⁸² GURIDI, José Francisco Etxeberria. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal – inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, p. 43. Nesse mesmo sentido: ASHWORTH, Andrew. *The criminal process: an evaluative study*, p. 131.

³⁸³ MARTELETO FILHO, W. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*, p. 140.

³⁸⁴ DEUTSCHER BUNDESTAG. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Versão alemã 23 maio 1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> Acesso em: 5 jan. 2020.

³⁸⁵ ANDRADE, M. da C. *Sobre a proibição de prova em processo penal*, p. 124.

desenvolvimento da personalidade (artigo 2º, I); e (iii) à impossibilidade de violação do núcleo essencial de qualquer direito fundamental (artigo 19, II)³⁸⁶.

Em sede infraconstitucional, a garantia contra a autoincriminação está positivada no § 136 do Código de Processo Penal alemão (StPO)³⁸⁷. Segundo a doutrina, sua aplicação se limita às condutas ativas de colaboração do suspeito na produção probatória, excluindo do âmbito de proteção do princípio *nemo tenetur se detegere* as medidas nas quais o sujeito não atua ativamente, mas tão só tolera a ação investigativa praticada por terceiro³⁸⁸ - o que possibilitaria a execução das intervenções corporais coercitivas, consideradas um mero tolerar passivo, como explicado no Capítulo 1. Tanto é assim que o § 81-A do StPO prevê a utilização de coação física direta para obrigar o acusado a se submeter a intervenções corporais³⁸⁹, ainda que contra a sua vontade, para obtenção de elementos de prova de seu corpo relevantes à investigação ou ao processo³⁹⁰. A legislação ressalva somente que a intervenção precisa ser realizada por um médico³⁹¹, não pode colocar em risco a saúde do acusado - o que deve ser analisado pelo juiz, com a ajuda de peritos, se necessário, devendo o magistrado levar em consideração, para tanto, as circunstâncias do caso concreto, dentre elas, o estado físico do acusado e a sua constituição corporal³⁹². Apesar de haver a imposição de ordem judicial, há possibilidade de a medida investigativa ser determinada pelo Ministério Público ou por seus auxiliares³⁹³, na hipótese de a demora colocar em risco a coleta da prova pretendida, salvo no caso de medidas graves como, por

³⁸⁶ DIAS NETO, Theodomi. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano, p. 186.

³⁸⁷ Íntegra do StPO: DEUTSCHLAND. Bundesamts für Justiz. *Strafprozeßordnung StPO*. Ausfertigungsdatum: 12.09.1950. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>. Acesso em: 5 jan. 2020. A versão trraduzida para o inglês está disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p0351.

³⁸⁸ ROXIN, Claus. *Passado, presente y futuro del derecho procesal penal*, p. 88, 98. Nesse mesmo sentido: GÖSSEL, Karl Heins. *El derecho procesal penal em el estado de derecho: obras completas*. 1. ed. Santa fé: Rubinzal – Culzoni, 2007, p. 314.

³⁸⁹ A legislação prevê a coleta de sangue e outras ingerências corporais. QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*, p. 329. Karl Heinz Gössel explica que, entre estas outras ingerências, encontram-se a extração de cabelos, suas raízes e mucosa. O autor lista como única exceção o sêmem, para o qual seria necessário consentimento do imputado para sua extração, uma vez que o meio para extração de tal material contraria, ao que parece, a dignidade da pessoa humana (*El derecho procesal penal em el estado de derecho: obras completas*, p. 308-309).

³⁹⁰ GÖSSEL, Karl Heins. *Op. Cit.*, p. 310.

³⁹¹ Não basta que a intervenção seja realizada por um médico, mas também em um estabelecimento hospitalar, podendo o sujeito passivo ser conduzido coercitivamente para tanto. GURIDI, José Francisco Etxeberria. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal – inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, p. 412.

³⁹² SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 291.

³⁹³ No caso da autoridade policial, esta somente poderá determinar a realização urgente de intervenção corporal se algum de seus funcionários for auxiliar do Ministério Público. QUEIJO, Maria Elisabeth. *Op. Cit.*, p. 329.

exemplo, punções lombares, que devem sempre ficar a cargo de decisão do Poder Judiciário³⁹⁴.

Maria Elizabeth Queijo assim resume a disciplina legal da matéria na Alemanha:

Portanto, no ordenamento processual penal alemão, admite-se a execução coativa de procedimentos tendentes à produção de determinada prova, que se julgue necessária para o esclarecimento da verdade, mesmo contrariamente à vontade do acusado.

Em outras palavras, no direito alemão, pode-se afirmar que o acusado tem o dever de colaboração na produção da prova, sob pena de execução forçada. O limite para essa execução encontra-se no perigo para saúde do acusado.

Salienta-se que não se considera, nesse sistema, que haja qualquer violação à dignidade do indivíduo na coleta de material para perícia, mediante intervenção corporal no acusado não consentida, ainda que seja invasiva.³⁹⁵

Na Espanha, ao contrário do que ocorre na Alemanha, mas na mesma linha do ordenamento jurídico brasileiro – a ser estudado no próximo capítulo –, o princípio *nemo tenetur se detegere* está estampado no texto constitucional³⁹⁶, nos artigos 17.3 e 24.2, que preveem, respectivamente, “que nenhuma pessoa detida pode ser obrigada a declarar e que todos os acusados têm direito a não declararem contra si mesmos e a não se confessarem culpados”³⁹⁷. O Tribunal Constitucional³⁹⁸ daquele país, há tempos, estabeleceu que tais garantias se restringem às declarações voluntárias de inculpação, a serem realizadas pelo investigado/acusado, não englobando sujeição a perícias, inclusive perícias corporais, as quais diferem de atos declaratórios e podem gerar resultados de culpabilidade ou exculpatórios³⁹⁹.

³⁹⁴ SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 306. Nesse mesmo sentido: QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*, p. 329; MARTELETO FILHO, W. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*, p. 128.

³⁹⁵ QUEIJO, Maria Elisabeth. *Op. Cit.*, p. 340.

³⁹⁶ ESPAÑA. *Constitución Española*. Aprobada por las Cortes Generales el 31 de octubre de 1978. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2019.

³⁹⁷ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*, p. 64.

³⁹⁸ No caso em comento, o Tribunal Constitucional analisou a possibilidade de submissão de suspeito a testes de alcoolemia (etilometro e eventual exame de sangue) e decidiu: “o dever de submeter-se ao controle de alcoolemia não pode ser considerado contrário ao direito de não declarar e de não declarar contra si mesmo ou, ainda, de não se confessar culpado, pois não se obriga o arguido a emitir uma declaração que exteriorize seu conteúdo, admitindo sua culpabilidade, e sim a tolerar que se torne objeto de uma especial modalidade de perícia, que exige uma mínima colaboração não equiparada à declaração compreendida dentro do âmbito dos direitos proclamados nos artigos 17.3 e 24.2 da Constituição [Tradução nossa]” ESPAÑA. Tribunal Constitucional. *Sentença 103/85*, de 4 de outubro. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/it/Resolucion/Show/483>. Acesso em: 22 dez. 2019. Nessa mesma linha: ESPAÑA. Tribunal Constitucional. *Sentença 107/1985*, de 7 de outubro. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/487>. Acesso em: 22 dez. 2019.

³⁹⁹ A doutrina confirma a determinação do Tribunal Constitucional: CASABONA, Carlos Maria R.; MALANDA, Sérgio Romeo. *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, p. 68.

Em sua redação original, o Código de Processo Penal espanhol não previa a realização de qualquer tipo de intervenção corporal para colheita de prova. Por conta disso, doutrina e jurisprudência vinham defendendo que carecia de previsão legal a possibilidade de realização da medida, especialmente contra a vontade do imputado⁴⁰⁰. O Tribunal Constitucional, na sentença 207/1996⁴⁰¹, sedimentou o entendimento de que as previsões legais gerais do regramento processual penal espanhol até então em vigor não eram suficientes para respaldar a prática de extrações coercitivas de sangue, unhas, pelo e pele, sem o consentimento do sujeito passivo⁴⁰².

Em 2003, o legislador espanhol, com o intuito de solucionar a lacuna legal apontada pelo Tribunal Constitucional, editou a Lei Orgânica 15/2003⁴⁰³, que alterou a *Ley de Enjuiciamiento Criminal*⁴⁰⁴, para modificar a redação do artigo 326 e acrescentar um segundo parágrafo ao artigo 363 prevendo a possibilidade de o magistrado, por decisão fundamentada, ordenar coleta de amostras corporais para análise de DNA, por meio de atos de inspeção, reconhecimento ou intervenção corporal, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade⁴⁰⁵. No entanto, não foi regulamentada a necessidade de consentimento do indivíduo ou a possibilidade de sua submissão coercitiva à medida⁴⁰⁶, tendo sido alvo de críticas doutrinárias o fato de que a nova previsão legal limitou-se tão somente à coleta de material biológico para exame de DNA, deixando fora da disciplina a possibilidade de extração compulsória de material corporal para testes de alcoolemia, por exemplo⁴⁰⁷.

⁴⁰⁰ SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 303/304. Nesse mesmo sentido: PEREZ MARIN, M. A. El ADN como método de identificación em el proceso penal, p. 131.

⁴⁰¹ ESPAÑA. Tribunal Constitucional. *Sentença 207/1996*. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3259> Acesso em: 22 dez. 2019.

⁴⁰² PEREZ MARIN, M. A. *Op. Cit.*, p. 132.

⁴⁰³ ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. *Ley Orgánica 15/2003*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21538>. Acesso em: 22 dez. 2019.

⁴⁰⁴ ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Acesso em: 29 jun. 2018.

⁴⁰⁵ ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho processal penal*, p. 162.

⁴⁰⁶ MARTELETO FILHO, W. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*, p. 130. Nesse mesmo sentido: PASTOR, José Martín. La recogida por la policía judicial de muestras biológicas para la práctica de la prueba pericial de ADN em el proceso penal y el régimen de sometimiento del sujeto passivo de las medidas de inspección, registro o intervención corporal. *In: La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n. 89, v. 9, 2012, p. 39.

⁴⁰⁷ Carlos Maria Romeo Casabona e Sergio Romeo Malanda alertam para a urgente necessidade de o legislador regulamentar de forma global e conjunta as diversas formas de inspeção, de reconhecimento e de intervenções corporais (*Los identificadores del ADN en el sistema de justicia penal*, p. 122). Nesse mesmo sentido: HAMMERSCHMIDT, Denise. *Identificación genética, discriminación y criminalidade:*

O primeiro problema da lacuna legal apontado foi resolvido, ao menos em parte⁴⁰⁸, pela edição da Lei Orgânica 10/2007⁴⁰⁹, que regulamentou a base de dados de identificadores obtidos a partir de exame de DNA, ao estabelecer que, para investigação dos delitos listados no artigo 3.1.a⁴¹⁰, a polícia judiciária procederá à tomada de amostras e/ou fluídos corporais do suspeito, preso ou acusado, via inspeção, reconhecimento ou intervenções corporais, mesmo sem o seu consentimento⁴¹¹, desde que a medida seja determinada por decisão judicial motivada e esteja de acordo com os termos do regramento da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* antes citada⁴¹².

Não obstante essa última alteração legislativa, alguns autores espanhóis, como Carlos Maria Romeo Casabona, Sergio Romeo Malanda⁴¹³ e Maria Ángeles Pérez Marín⁴¹⁴, alertam que – apesar de existir posicionamento contrário doutrinário⁴¹⁵ – a doutrina majoritária e o Tribunal Constitucional⁴¹⁶ têm afastado a possibilidade de aplicação de força física direta para obrigar o acusado a se submeter à extração de material corporal para perícias e exames de DNA, impondo, ao revés, consequências negativas à sua recusa⁴¹⁷ como, por exemplo, a tipificação do crime de desobediência⁴¹⁸ ou a valoração como indício de culpabilidade na sentença⁴¹⁹.

un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil. Actualizada por la Ley 12.654/2012, p. 139-140.

⁴⁰⁸ HAMMERSCHMIDT, Denise. *Identificación genética, discriminación y criminalidade: un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil*. Actualizada por la Ley 12.654/2012, p. 137.

⁴⁰⁹ ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. *Ley Orgánica 10/2007*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439>. Acesso em: 22 dez. 2019.

⁴¹⁰ Os delitos listados na lei que autorizam a extração compulsória de metial biológico, para exame de DNA: “delitos graves e, em todo caso, aqueles que afetam a vida, a liberdade, indenizações ou a liberdade sexual, a integridade das pessoas, o patrimônio sempre que realizados com força contra as coisas ou com violência ou contrangimento contra as pessoas, assim como nos casos de criminalidade organizada [Tradução nossa]” (art. 3.1.a, *Ley Orgánica 10/2007*).

⁴¹¹ Carlos Maria Romeo Casabona e Sergio Romeo Malanda confirmam a desnecessidade de consentimento do sujeito passivo para realização de intervenção corporal destinada a coletar material para realização de exame de DNA, na hipótese da *Ley Orgánica 10/2007* (*Los identificadores del ADN en el sistema de justicia penal*, p. 188-189).

⁴¹² PASTOR, José Martín. La recogida por la policía judicial de muestras biológicas para la práctica de la prueba pericial de ADN em el proceso penal y el régimen de sometimiento del sujeto passivo de las medidas de inspección, registro o intervención corporal, p. 40.

⁴¹³ CASABONA, Carlos Maria R.; MALANDA, Sérgio Romeo. *Op. Cit.*, p. 126-129.

⁴¹⁴ PEREZ MARIN, M. A. El ADN como método de identificación em el proceso penal, p. 144-146.

⁴¹⁵ GÓMEZ AMIGO, Luis. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, p. 47; SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 294; PASTOR, José Martín. *Op. Cit.*, p. 40-41.

⁴¹⁶ ESPAÑA. Supremo. *STS 179/2006* (Sala de lo Penal), de 14 de fevereiro. Disponível em <https://supremo.vlex.es/vid/terrorista-pericial-adn-intimidad-an-13-20363722>. Acesso em: 22 dez. 2019; ESPAÑA. Supremo. *STS n. 685/2010* (Sala de lo Penal), de 7 de julho. Disponível em: <https://supremo.vlex.es/vid/218421379>. Acesso em: 22 dez. 2019.

⁴¹⁷ HAMMERSCHMIDT, Denise. *Op. Cit.*, p. 143.

De acordo com o panorama aqui traçado, observa-se que a Espanha expressamente prevê, em sua legislação penal e processual penal, a possibilidade de realização de inspeções, reconhecimentos ou intervenções corporais para obtenção de amostras biológicas de suspeitos/acusados e se aplica exclusivamente aos testes de DNA, não sendo legalmente autorizado para outros tipos de exames periciais. Para além disso, a lei que criou o banco de dados de DNA até autorizou a prática de tais medidas – ainda que restrita a determinados delitos – mesmo sem o consentimento do sujeito passivo, mas, ainda assim, doutrina e jurisprudência majoritárias têm defendido a impossibilidade de aplicação de força física para obrigar a submissão à medida, mas não a impunidade da recusa, a qual deve tipificar o crime de desobediência ou ser valorada em desfavor do imputado.

Na Itália, assim como na Alemanha, o princípio *nemo tenetur se detegere* não está expressamente previsto na Constituição⁴²⁰, mas referido princípio pode ser extraído da conjugação dos artigos 24, §2º, e 27 do texto constitucional, que preveem, respectivamente, o direito à autodefesa e a presunção de inocência do imputado⁴²¹.

Em relação às intervenções corporais coercitivas, quando ainda vigorava o antigo Código de Processo Penal de 1930, o artigo 146 estabelecia autorização genérica para que o magistrado pudesse requisitar a intervenção da força pública ou de qualquer outro meio necessário para o cumprimento de suas ordens judiciais⁴²². Com base nesta previsão legal, em 1986, a Corte Constitucional italiana exarou a *sentenza 54/1986*⁴²³, na qual entendeu cabível a determinação, pelo juiz, de extração coativa de material hemático, pois a medida “é prática médica de ordinária administração, não lesa a dignidade ou a psique da pessoa, tampouco a coloca em risco de morte ou prejudica a incolumidade ou a saúde, salvo em casos patológicos excepcionais que o perito saberia facilmente identificar”⁴²⁴. Ainda, a

⁴¹⁸ SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 294. Nesse mesmo sentido: LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, p. 354.

⁴¹⁹ PEREZ MARIN, M. A. El ADN como método de identificación em el proceso penal, p. 148.

⁴²⁰ ITALIA. Senado della Republica. *Costituzione Italiana*. Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 26 dez. 2019.

⁴²¹ ALESCI, Teresa. Corpo dell'imputato (fonte di prova nel processo penale), p. 79.

⁴²² MARTELETO FILHO, W. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*, p. 131. Nesse mesmo sentido: GURIDI, José Francisco Etxeberria. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal – inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, p. 430.

⁴²³ ITALIA. Corte Costituzionale. *Sentenza 54/1986*. Disponível em: <http://www.giurcost.org/decisioni/1986/0054s-86.html>. Acesso em: 26 dez. 2019.

⁴²⁴ HADDAD, Carlos Henrique B. *A Constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos Criminais e propostas de sua regulamentação*, p. 219.

decisão estabeleceu que o artigo 146 aqui citado não prevê limites ao poder do magistrado de investigação, salvo aqueles inerentes ao sistema constitucional como o respeito à saúde e à dignidade do investigado/acusado⁴²⁵.

Em 1988, houve uma reforma legislativa e, com isso, entrou em vigor o novo e atual Código de Processo Penal⁴²⁶. Este diploma passou a prever, em seu artigo 224.2, que o juiz pode ordenar a realização de análises/provas periciais e que, dentro deste escopo, pode determinar a adoção de todas as demais medidas necessárias à execução da perícia. Em 1996, então, a Corte Constitucional, na *sentenza 238/1996*⁴²⁷, foi chamada a analisar se tal redação legal seria suficiente para autorizar intervenções corporais coercitivas⁴²⁸. Nessa oportunidade, julgou que o artigo 224.2 em comento prevê um poder judicial muito amplo e genérico, sendo insuficiente para determinar, na hipótese do caso julgado, o exame hemático coativo⁴²⁹. A decisão até reconheceu válida a utilização de coerção física para impor intervenções corporais, para coleta de material a ser periciado, mas entendeu necessária, para tanto, regulamentação legal específica⁴³⁰ apta a determinar os modos e casos nos quais a medida poderia ser aplicada⁴³¹. Assim, diante da insuficiente previsão normativa, a Corte italiana vedou a execução coercitiva de coleta sanguínea⁴³².

Em 2005, com a edição do Decreto Pisani – posteriormente convertido em lei – que, visando combater atos de terrorismo, adicionou o §2º-bis, ao artigo 349 do Código de Processo Penal italiano, autorizou-se, para identificação do suspeito da prática de tal delito, a coleta de pelos/cabelo ou material biológico da cavidade oral, a qual poderá ser executada coercitivamente, pela polícia judiciária, desde que seja respeitada a dignidade pessoal do sujeito passivo e que haja autorização – escrita ou oral, neste caso posteriormente confirmada por escrito – do Ministério Público⁴³³.

⁴²⁵ VIGONI, Daniela. Corte costituzionale, pelievo ematico coativo e “test” del DNA. *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1996, p. 1027-1028.

⁴²⁶ ITALIA. *Codice di Procedura Penale*. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale> Acesso em: 26 dez. 2019.

⁴²⁷ ITALIA. Corte Costituzionale. *Sentenza 238/1996*. Disponível em: <http://www.giurcost.org/decisioni/1996/0238s-96.htm>. Acesso em: 26 dez. 2019.

⁴²⁸ GIACCA, Mauriuccia. In tema di pelievo ematico: brevi note a margine dela sentenza dela Corte Cost. *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v. 40, n. 2, p. 302-611. Milão: 1997, p. 602-603.

⁴²⁹ FELICIONI, Paola. Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma. *L'indice penale*, Padova, v. 2, n. 2, p. 495-526, 1999, p. 495-496. Nesse mesmo sentido: GIACCA, Mauriuccia. *Op. Cit.*, p. 605-606.

⁴³⁰ HADDAD, Carlos Henrique B. *A Constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação*, p. 220.

⁴³¹ FELICIONI, Paola. *Op. Cit.*, p. 505.

⁴³² QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 320.

⁴³³ HADDAD, Carlos Henrique B. *Op. Cit.*, p. 505.

Finalmente, em 2009, buscando alcançar a necessária base legal requerida pela Corte Constitucional na *sentenza* 238/1996, o legislador italiano editou o artigo 224-bis do Código de Processo Penal do país, que passou a autorizar expressamente a execução de intervenções corporais coercitivas para a coleta de cabelo, pelo ou mucosa bucal para fins de exame pericial de DNA⁴³⁴. Resalva-se, no entanto, que apesar do uso da coação física direta ser autorizado, tal força somente pode ser aplicada durante o tempo necessário para cumprimento da coleta do material corpóreo, devendo cessar imediatamente após finalizado o ato⁴³⁵. A coleta de sangue não foi prevista no rol das hipóteses de intervenção corporal, dando a entender que não pode ser utilizada, por ausência de autorização legal⁴³⁶. Finalmente, é importante ressaltar que esta previsão legal italiana se refere exclusivamente às intervenções corporais para fins de exame de DNA, ficando excluídos da medida, portanto, atos que visem, por exemplo, à coleta de material para medição da taxa de alcoolemia no sangue.

Em Portugal, como se viu nas demais nações europeias até aqui analisadas, salvo a Espanha, a Constituição⁴³⁷ não prevê expressamente o direito ao silêncio ou qualquer outra prerrogativa contra a autoincriminação⁴³⁸, tutelando somente direitos fundamentais diversos como a dignidade humana, a liberdade de ação e a presunção de inocência⁴³⁹. Ainda na esfera constitucional, o artigo 32.8 determina a nulidade de “todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

⁴³⁴ ALESCI, Teresa. *Corpo dell'imputato* (fonte di prova nel processo penale), p. 88.

⁴³⁵ Além disso, Teresa Alesci cita outros requisitos para coleta coativa de material genético – todos de acordo com os parâmetros apontados pela Corte Europeia de Direitos Humanos: (i) deve estar sob investigação delito doloso ou punido com prisão perpétua ou pena de reclusão de no mínimo três anos; (ii) a medida deve ser determinada por decisão judicial motivada e deve ser absolutamente necessária para prova do fato delituoso investigado; (iii) imputado e seu defensor devem ser previamente notificados e, em caso de não comparecimento, pode ser determinada a condução coercitiva; (iv) não podem ser realizados atos que coloquem em risco a vida, a integridade física ou a saúde do sujeito passivo e nem que impliquem a ele sofrimento, devendo sempre serem resgaurados seu pudor e dignidade pessoal; (v) deve ser adotada a técnica menos invasiva, apta a atingir a finalidade necessária (*Corpo dell'imputato* (fonte di prova nel processo penale), p. 87-89).

⁴³⁶ MARTELETO FILHO, W. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*, p. 133.

⁴³⁷ PORTUGAL. *Constituição da República*. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 5 jan. 2020.

⁴³⁸ RAMOS, Vania Costa. *Corpus Juris 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare* (parte II), p. 58.

⁴³⁹ FIDALGO, S. Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 16, n. 1, p. 115-150, 2006, p. 140.

No âmbito da legislação processual penal, o Código de Processo Penal⁴⁴⁰ traz um conjunto de normas relacionadas ao princípio *nemo tenetur se detegere* como a garantia do direito ao silêncio do arguido (artigo 61.1, alínea c), o qual deve ser advertido, pela autoridade judiciária ou policial, sobre tal direito e outros dele decorrentes (artigos 58.2 e 61.1, alínea g), sendo proibida a valoração do exercício do silêncio em seu desfavor (artigo 354.4)⁴⁴¹. Por outro lado, o mesmo diploma legal permite que qualquer suspeito possa ser objeto de diligências probatórias, recaindo sobre ele o dever de sujeição à medida investigativa, inclusive mediante coação (artigo 60, 2ª parte, e artigo 61.3, alínea d)⁴⁴². Há, portanto, no regramento processual penal português, proteção ao princípio *nemo tenetur se detegere*, na sua vertente do direito ao silêncio, ao mesmo tempo em que há regra geral referente ao dever de cooperação do arguido na produção probatória.

Especificamente no que tange às intervenções corporais coercitivas, o artigo 154.3 do Código de Processo Penal prevê que o juiz determine a realização de perícia sobre características físicas do aguido, mesmo sem o seu consentimento. O artigo 156.7 do mesmo diploma legal regulamenta o procedimento a ser adotado para efetuação de tais perícias e estabelece que nos casos de análise de sangue ou outras células corporais “os exames efectuados e as amostras recolhidas só podem ser utilizados no processo em curso ou em outro já instaurado, devendo ser destruídos, mediante despacho do juiz, logo que não sejam necessários”. Finalmente, o artigo 172.1 traz a obrigação de sujeição do arguido a exames e prevê que “se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”. Nesse caso, a legislação ressalva tão somente que:

Os exames susceptíveis de ofender o pudor das pessoas devem respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter. Ao exame só assistem quem a ele proceder e a autoridade judiciária competente, podendo o examinando fazer-se acompanhar de pessoa da sua confiança, se não houver perigo na demora, e devendo ser informado de que possui essa faculdade.⁴⁴³

Percebe-se, assim, que nos termos do supracitado artigo 172.1, a legislação portuguesa não trata de nenhuma intervenção corporal específica – como, por exemplo,

⁴⁴⁰ Íntegra do Código de Processo Penal português: PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Legislação. *Código de Processo Penal*. DL n.º 78/87, de 17 de fevereiro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis. Acesso em: 5 jan. 2020.

⁴⁴¹ FIDALGO, S. *Op. Cit.*, p. 140. Nessa mesma linha: ANDRADE, M. da C. *Sobre a proibição de prova em processo penal*, p. 126-127.

⁴⁴² Nessa mesma linha: ANDRADE, M. da C. *Op. Cit.*, p. 134.

⁴⁴³ PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Legislação. *Código de Processo Penal*. DL n.º 78/87, de 17 de fevereiro. Legislação. DL n.º 78/87, de 17 de fevereiro.

ocorre na Itália, com a previsão legal para coleta de cabelo, pelo ou mucosa bucal para fins de exame pericial de DNA –, mas sim genericamente prevê a possibilidade de que sejam realizados quaisquer exames periciais em face de pessoas, mesmo contra sua vontade, desde que mediante decisão judicial proferida por autoridade competente e de acordo com o pudor e a dignidade pessoal do sujeito passivo da medida⁴⁴⁴.

Tendo em vista tal previsão legal genérica, o Tribunal Constitucional português decidiu, no acórdão 155/2007⁴⁴⁵ e no acórdão 228/2007⁴⁴⁶, que a regra do artigo 172.1 do Código de Processo Penal não era suficiente para possibilitar “a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético, quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita”⁴⁴⁷.

Segundo Marta Maria Maio Madalena Botelho, esses acórdãos enfatizaram que o exame de DNA para identificação do perfil genético envolve “uma restrição de direitos, liberdade e garantias, carecendo, por isso, de uma previsão legal específica exigida pela Constituição da República [...], que não existia e que não poderia ser satisfeita com a mera remissão para a já referida disposição legal do CPP”⁴⁴⁸.

O legislador português, então, no ano seguinte aos retrocitados acórdãos, editou a Lei n. 5/2008⁴⁴⁹, que aprovou “a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal”. O artigo 8º da lei prevê a “recolha de amostras com finalidade de investigação criminal”, a qual poderá ser realizada a pedido do arguido ou ordenada por decisão judicial motivada, desde que levados em consideração os direitos à integridade e à reserva da intimidade do sujeito passivo. Em caso de recusa, consigna que o magistrado poderá ordenar a sujeição forçada do arguido à medida, nos termos do artigo 172.1 do Código de Processo Penal português.

Desse modo, constata-se que em Portugal (i) a hipótese de realização de quaisquer intervenções corporais coercitivas para fins investigatórios é expressamente regulamentada pela legislação processual penal e que (ii) há regramento específico para coleta de material

⁴⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, p. 354.

⁴⁴⁵ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão 155/2007*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>. Acesso em: 26 dez. 2019.

⁴⁴⁶ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão 228/2007*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070228.html>. Acesso em: 26 dez. 2019.

⁴⁴⁷ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão 155/2007*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>. Acesso em: 22 dez. 2019.

⁴⁴⁸ BOTELHO, Marta Maria M. M. *Utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico, em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN para fins de investigação criminal*, p. 237-238.

⁴⁴⁹ PORTUGAL. Assembleia da República. *Lei n. 5/2008*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1506&tabela=leis. Acesso em: 22 dez. 2019.

corporal destinado a exame de DNA para identificação do perfil genético do sujeito passivo, em investigação e/ou processo criminal, mesmo sem o seu consentimento.

Na Argentina, o artigo 18 da Constituição Federal⁴⁵⁰ consagra a garantia contra a autoincriminação ao prever que: “Ninguém poderá ser obrigado a declarar contra si mesmo [Tradução nossa]”. Mesmo sem regulamentação legal específica sobre intervenções corporais coercitivas, há tempos, vinha-se defendendo que a previsão constitucional do citado artigo 18 apenas proíbe o uso de coação física ou moral para obtenção de comunicações ou expressões orais/verbais do sujeito, mas não exclui a aplicação da coação para obtenção de provas materiais de seu corpo⁴⁵¹. Tanto é assim que os Tribunais argentinos, em relação à extração compulsória de sangue para fins probatórios, já vinham autorizando a medida, mesmo contra a vontade do investigado/acusado, desde que não apresentasse risco à sua vida⁴⁵².

Em 2009, com o intuito de solidificar a questão, o legislador argentino editou a Lei n. 26.549, que incluiu o artigo 218-bis ao Código de Processo Penal⁴⁵³. Este artigo autoriza a realização de intervenções corporais para obtenção de material hemático, saliva, pelos, fios de cabelos, entre outros materiais biológicos, para exame de DNA do acusado ou de qualquer outra pessoa “quando for necessário para sua identificação ou para a constatação de circunstâncias de importância para a investigação, devendo a medida ser devidamente fundamentada, observada a sua necessidade, razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de nulidade”⁴⁵⁴.

O supracitado artigo expressamente autoriza que o juiz determine, em caso de recusa, o uso de coação direta, para obrigar o acusado a sujeitar-se à medida, ressalvando

⁴⁵⁰ ARGENTINA. *Constitución Nacional*. Disponível em: <https://www.casarosada.gob.ar/nuestro-pais/constitucion-nacional>. Acesso em: 26 dez. 2019.

⁴⁵¹ DE LUCA, Javier Augusto. Notas sobre la cláusula contra la incriminación, p. 268.

⁴⁵² QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*, p. 343. Nesse mesmo sentido: TOVIL, J. A proteção contra a auto-acusação compulsória aplicada à persecução penal, p. 270. João Claudio Couceiro cita como exemplo o “*caso H.G.S y otro*”, julgado pela Suprema Corte argentina. Naquele feito, analisou-se a legalidade da realização compulsória de exame de sangue, para teste de DNA de supostos pais, com o objetivo de apurar a paternidade de menores que poderiam ser filhos de presos políticos. Os supostos pais alegaram que a obrigação de submissão à medida feriria, dentre outros, o direito à não autoincriminação, pois a análise do DNA poderia acarretar prova da participação dos mesmos no sequestro dos filhos e na falsificação do registro de filiação. A Corte afastou o argumento por entender que o artigo 18, da Consituição argentina, não protege a coleta forçada de provas materiais, inclusive do corpo do arguido, mas sim a coação física e moral para obtenção de comunicações ou expressões que devem vir de sua livre vontade (*A garantia constitucional do direito ao silêncio*, p. 354-355).

⁴⁵³ ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Codigo Procesal Penal*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm#9>. Acesso em: 29 jun. 2018.

⁴⁵⁴ RUIZ, Thiago. *A prova genética no processo penal*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 99.

somente que tal coação: não pode exceder o estritamente necessário para a realização dos procedimentos; deve ser praticada do modo menos lesivo possível; e não pode afetar o pudor do sujeito passivo. O parágrafo 4º ainda estabelece que, sempre que possível e conveniente, o juiz deve dar preferência a métodos alternativos de obtenção do DNA que não impliquem intervenções corporais como, por exemplo, a determinação de busca e apreensão domiciliar, para coleta de objetos que contenham células desprendidas do corpo⁴⁵⁵.

A Argentina, portanto, em sua legislação processual penal prevê expressamente a prática de intervenções corporais coercitivas, excluindo-as do campo de incidência do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Isso posto, de acordo com o quanto ora estudado, percebe-se a tendência do direito estrangeiro de expressamente regulamentar as intervenções corporais coercitivas e autorizá-las – ainda que em maior ou menor grau – mesmo diante da garantia contra a autoincriminação, na mesma linha de raciocínio defendida pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Entre os países que adotam o sistema *common law*, nos Estados Unidos da América a jurisprudência da Suprema Corte aceita a realização da medida probatória – inclusive aquelas invasivas, como a coleta de sangue –, uma vez que o princípio *nemo tenetur se detegere* restringe-se às declarações testemunhais do acusado. A Inglaterra, país da mesma tradição *common law*, não só legisla sobre o tema – ainda que apenas permita a extração compulsória de amostras corporais não íntimas –, como também impõe consequências à recusa injustificada do sujeito em se submeter às intervenções corporais para coleta de amostras, inclusive íntimas.

Por sua vez, os países citados e que adotam o sistema *civil law* prevêm expressamente em sua legislação penal e/ou processual penal a prática de intervenções corporais, ainda que alguns limitem a medida somente para fins de exame de DNA. Na maioria deles, como Alemanha, Itália, Portugal e Argentina, regulamenta-se e autoriza-se inclusive o uso de coação direta para obrigar o investigado/acusado a se submeter à medida em caso de recusa, com exceção da Espanha, que apesar de contar com autorização legal para tanto, tem entendido que a recusa somente pode ser valorada como indício de culpabilidade ou tipificar o delito de desobediência.

⁴⁵⁵ RUIZ, Thiago. *A prova genética no processo penal*, p. 99.

Com esteio nesses estudos, conclui-se que a posição da Corte Europeia de Direitos Humanos é coerente com o regramento da matéria em nações europeias e também em outras do continente americano – todas elas relevantes para o direito brasileiro, como explicado no início da seção – no sentido de regulamentar e autorizar intervenções corporais coercitivas à luz do direito de não produzir provas contra si mesmo – o que atesta uma tendência internacional nesse sentido. Resta saber, agora, se isso também ocorre no Brasil e, em caso positivo, de que maneira, ou, em caso negativo, descobrir quais os motivos.

3 INTERVENÇÕES CORPORAIS COERCITIVAS E O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NO DIREITO BRASILEIRO

Feita a análise, nos capítulos anteriores, da evolução histórica do princípio *nemo tenetur se detegere*, seu conteúdo e seus limites, e também dos reflexos deste princípio em relação às intervenções corporais coercitivas na Corte Europeia de Direitos Humanos e a tendência apresentada pelo direito estrangeiro sobre o assunto, chegou o momento de transportar tais ideias para o direito brasileiro.

Com esse foco, neste capítulo serão analisadas a evolução e a atual previsão legal relacionadas ao princípio *nemo tenetur se detegere* e às intervenções corporais coercitivas no ordenamento jurídico pátrio, bem como as posições doutrinárias e jurisprudencial existentes sobre o tema. Essa abordagem servirá como substrato para concluir, ao final, qual é a posição brasileira em relação à possível flexibilização do princípio *nemo tenetur se detegere* para autorização de intervenções corporais coercitivas, ou seja, dizer se o Brasil regulamenta ou autoriza de alguma maneira a execução de intervenções corporais coercitivas, à luz do direito à não autoincriminação e, com isso, estabelecer um comparativo entre o tratamento dispensado aqui às intervenções corporais coercitivas em relação ao direito contra a autoincriminação e aquele aplicado no âmbito internacional, com base nos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NO DIREITO BRASILEIRO

No passado, quando o Brasil ainda era uma colônia portuguesa, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, seguidas pelas Ordenações Manuelinas e, por fim, pelas Ordenações Filipinas. Todos esses diplomas disciplinavam em alguma medida o processo penal e “apresentavam eminente cunho medieval, com predominância das disposições de origem eclesiástica”⁴⁵⁶, mesmo já superada, àquela época, a Idade Média na Europa. O

⁴⁵⁶ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, p. 115.

procedimento adotado por essas legislações era do tipo inquisitório, não havendo, portanto, ambiente para previsões relacionadas ao direito à não autoincriminação.

Durante o Império, com o intuito de se contrapor a leis opressoras e autoritárias até então em vigor, adotou-se no Brasil uma legislação de cunho liberal⁴⁵⁷.

A Constituição de 1824⁴⁵⁸, por exemplo, aboliu expressamente “os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis”.

O Código de Processo Criminal de 1832⁴⁵⁹ concebeu o interrogatório como peça de defesa e, em seu artigo 94, estabeleceu que a confissão do réu somente seria aceita, e válida, como elemento de prova se realizada de “maneira livre”. Além disso, previu no artigo 86 a obrigatoriedade de prestar juramento somente às testemunhas, mas não ao réu.

Na sequência, o Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850⁴⁶⁰, trouxe maiores regramentos com relação ao depoimento das partes. Essa norma apresentou a primeira menção ao direito à não autoincriminação na legislação pátria, pois o artigo 208, §1º, determinou que o réu só seria obrigado a depor se “os artigos [fossem] claros, precisos, não contradictorios, não criminosos, não diffamatorios, nem meramente negativos”. Ou seja, ao ausado facultou-se silenciar, caso houvesse risco de prestar depoimento criminoso autoincriminatório.

Em 1890, já no período republicano, instituiu-se a Justiça Federal, por meio do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890⁴⁶¹. Ao longo da Exposição de Motivos do Ministro Campos Sales, enalteceu-se o cunho defensivo do interrogatório⁴⁶². Na

⁴⁵⁷ Segundo João Claudio Couceiro, o Código de Processo Criminal do Império (1832) foi influenciado pelo liberalismo inglês (*A garantia constitucional do direito ao silêncio*, p. 99).

⁴⁵⁸ BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brazil*. Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brazil, Rio de Janeiro, fl. 17, Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes, 22 abr. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 22 abr. 2018.

⁴⁵⁹ BRASIL. *Lei de 29 de novembro de 1832*. “Promulga o Codigo do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisoria ácerca da administração da Justiça Civil”. v. 1. p. 186. (Coleção das Leis do Brasil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm. Acesso em: 22 abr. 2018.

⁴⁶⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto n. 737, de 25 de Novembro de 1850*. Determina a ordem do Juizo no processo commercial. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-737-25-novembro-1850-560162-publicacaooriginal-82786-pe.html>. Acesso em: 6 abr. 2018.

⁴⁶¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890*. Organiza a Justiça Federal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 6 jan. 2020.

⁴⁶² Exposição de motivos do Ministro Campos Sales: “No systema adoptado para os processos criminaes, quer se trate da formação da culpa, quer se trate do julgamento, o accusado tem o direito de responder laconicamente - sim ou não - e o juiz tem o dever de respeitar o seu laconismo. É a instalação definitiva do regimen estabelecido pelas praticas dos tribunaes inglezes e americanos; ahi está consagrado na sua maior pureza o principio da inviolabilidade do direito de defesa.” BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto n. 848, de 11 de Outubro de 1890*. Organiza a Justiça Federal. Disponível em:

oportunidade, não foi previsto o direito ao silêncio, mas se facultou ao acusado responder às perguntas judiciais de maneira lacônica, não podendo o magistrado desrespeitar a postura defensiva adotada.

Em 1891, a primeira Constituição republicana⁴⁶³ possibilitou, no âmbito processual-penal, a pluralidade de competências legislativas. Julio Fabbrini Mirabete lembra que “com a proclamação de República e de acordo com a Constituição de 1891, os Estados passaram a ter suas próprias constituições e leis, inclusive as de caráter processual, mas poucos se utilizaram dessa faculdade de legislar”⁴⁶⁴.

Minas Gerais elaborou o próprio Código de Processo Penal. O diploma processual penal mineiro merece destaque porque disciplinou o interrogatório como meio de defesa e determinou que a confissão, para que tivesse valor probatório, precisaria ser livre, espontânea e expressa⁴⁶⁵.

Esse sistema pluralista acabou alterado pela Constituição de 1934⁴⁶⁶, que trouxe de volta a unidade legislativa processual à União. Em 1941, por meio do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro, foi instituído o Código de Processo Penal, até hoje vigente.

Na interpretação de Maria Thereza Rocha de Assis Moura e de Maurício Zanoide de Moraes, este diploma processual decorreu das “idéias positivistas emergentes no final do século passado e início deste, que propugnavam a prevalência dos interesses repressivos do Estado (ou, como denominavam, da ‘defesa social’) sobre os interesses individuais fundamentais”⁴⁶⁷.

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-norma-pe.html>. Acesso em: 22 abr. 2018.

⁴⁶³ BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 6 jan. 2020.

⁴⁶⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 38.

⁴⁶⁵ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, p. 117.

⁴⁶⁶ BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 6 jan. 2020.

⁴⁶⁷ MOURA, Maria Thereza R. Assis; MORAES, Maurício Zanoide. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, n. 6, 1994, p. 134. Nessa linha, Carlos Henrique Borlido Haddad também comenta as características do Código de Processo Penal de 1941: “Decreto-se o Código de Processo Penal durante o governo de Getúlio Vargas, em 03 de outubro de 1941, cuja vigência se deu em 1º de janeiro de 1942, permanecendo em vigor até os dias atuais. O Código deixou antever laivos de autoritarismo, mas sem se esquecer do direito de defesa. Adotou-se o sistema francês, inscrito no Código de 1808, em que o interrogatório é feito antes das arguições e depoimentos, mais como um ato de instrução do que de defesa. Além de assegurar a liberdade de declaração, dispensar o juramento do acusado e relativizar o valor probatório da confissão, admitiu o exercício do direito ao silêncio. Porém, presumindo prejuízo ao réu que dele fizesse uso, não obstante, pela primeira vez, tenha sido incorporado ao processo penal brasileiro.” (*Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, p. 118).

No texto original do diploma processual penal havia três dispositivos legais que asseguravam o direito do réu ao silêncio (garantindo, assim, o seu direito à não autoincriminação), mas não de maneira absoluta. O artigo 186 previa expressamente que: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”. O artigo 191 dizia que: “consignar-se-ão as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo”. Já o artigo 198 dispunha que o silêncio do acusado “poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”. Como se vê, a redação original do Código de Processo Penal possibilitava que o juiz interpretasse negativamente o silêncio do réu e que o utilizasse contra ele na hora de julgá-lo. Ainda, de acordo com a redação original do citado caderno processual, o interrogatório era o primeiro ato praticado na fase de instrução – logo após a apresentação da defesa prévia –, levando à interpretação de que seria mero meio de prova e não meio de defesa⁴⁶⁸.

O Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969)⁴⁶⁹ seguiu a mesma linha. Em seu artigo 296, §2º, assegurou que: “Ninguém está obrigado a produzir prova que o incrimine, ou ao seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão.”. No entanto, mitigou a garantia consignada no artigo 305 ao prever que (i) “antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao acusado que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”, e que (ii) “consignar-se-ão as perguntas que o acusado deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo”.

A atual Constituição Federal, promulgada em 1988, trouxe uma nova perspectiva ao tema da não autoincriminação, ao assegurar, em seu artigo 5º, inciso LXIII, o direito de o acusado permanecer calado⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ Desse modo, o interrogatório não poderia ser visto como meio de defesa porque o réu era ouvido sem ter conhecimento das provas que ainda seriam produzidas ao longo da instrução, impossibilitando que traçasse uma estratégia de defesa completa e que tomasse conhecimento de todos os fatos contra os quais precisaria se contrapor.

⁴⁶⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969. *Código de Processo Penal Militar*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm. Acesso em: 26 abr. 2018.

⁴⁷⁰ Embora a Constituição Federal em vigor tenha assegurado o direito ao silêncio apenas ao preso, entende-se que ele deve ser estendido a toda e qualquer pessoa, pois negar tal direito a alguém só porque está em liberdade é ilógico, antijurídico e contrário ao nosso ordenamento. Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, “embora aludindo ao preso, a interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão (art. 5º, inc. LVII, CF e, ainda, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8º, §2º), a prova de culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação” (*Direito à prova no*

O Brasil, vale acrescentar, aderiu ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁴⁷¹ e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴⁷², ambos diplomas internacionais que consignam previsões expressas relacionadas ao princípio *nemo tenetur se detegere* como narrado na seção 1.1.4 do presente trabalho⁴⁷³.

Com a nova previsão constitucional e a incorporação dos tratados internacionais, os citados artigos 186, 191 e 198 do Código de Processo Penal ficaram incongruentes, pois esbarravam em óbices relacionados ao direito ao silêncio. Desse modo, visando compatibilizar a legislação processual às previsões constitucionais, promulgou-se a Lei n.

processo penal, p. 113) . Nesse mesmo sentido: MOURA, Maria Thereza R. Assis; MORAES, Maurício Zanoide. Direito ao silêncio no interrogatório, p. 6; GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMEZ FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*, p. 265; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 241.

⁴⁷¹ O texto do Pacto foi aprovado em 12.12.1991 pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo n. 226). Em 24.01.1992, o Brasil depositou a carta de adesão e, finalmente, em 06.07.1992, o Presidente da República, por meio do Decreto 592, determinou o seu cumprimento.

⁴⁷² O texto da Convenção foi aprovado em 26.05.1992 pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo n. 27). Em 25.09.1992, o Brasil depositou a carta de adesão e, finalmente, em 06.11.1992, o Presidente da República, por meio do Decreto 678, determinou o seu cumprimento.

⁴⁷³ Em relação à adesão do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos, atenção deve ser dada à ressalva feita por Gustavo Badaró, sobre o possível conflito entre normas infraconstitucionais e os tratados internacionais de direitos humanos. Nas palavras do autor: “A CADH, diante do disposto nos §§ 2º e 3º da Constituição, tem natureza materialmente constitucional, embora formalmente suas normas não sejam constitucionais, por não terem sido aprovadas pelo *quórum* previsto para as emendas constitucionais. De qualquer forma, do ponto de vista do conflito de normas, é de se destacar que toda e qualquer norma infraconstitucional que esteja em confronto com a CADH será destituída de eficácia, posto que ‘infraconstitucional’, ou melhor, incompatível com norma de hierarquia superior.” Esse posicionamento, contudo, não havia ecoado na jurisprudência. Os tribunais não se preocupavam em distinguir os tratados de direitos humanos dos outros tratados internacionais, e seguiam um caminho intermediário, pois não se filiaram à tese da supremacia dos tratados internacionais, mas também não adotaram a primazia do direito interno. Prevalencia, pois, o sistema paritário, pelo qual o tratado e a lei são equivalentes e, embora distintos, convivem dentro de igual hierarquia. Ou seja, o tratado revoga as leis internas anteriores que com ele sejam incompatíveis e, por outro lado, a lei posterior incompatível com o tratado internacional suspendia sua vigência. Especificamente no que diz respeito à CADH, a jurisprudência do STF sempre foi no sentido de negar status constitucional às normas de tratados internacionais de direitos humanos. Todavia, recentemente, houve significativa mudança, pelo Plenário do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Após o voto do relator, Ministro Cezar Peluso, que negava provimento ao recurso, sem adotar uma posição expressa quanto à questão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, votou o Ministro Gilmar Mendes, que acompanhou o voto do relator, acrescentando aos seus fundamentos que ‘os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal’, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação, pelo Brasil. Sem qualquer ressalva, do pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica. Em suma, deste relevantíssimo precedente extrai-se uma mudança no posicionamento do STF, que passou a considerar que a CADH tem natureza supralegal (posição do Ministro Gilmar Mendes) ou materialmente constitucional (posição do Ministro Celso de Mello). De qualquer forma, e este é o ponto relevante, as leis ordinárias, anteriores ou posteriores à CADH, que com ela colidirem, não terão eficácia jurídica. Em termos práticos, qualquer norma infraconstitucional que conflite com as garantias da Convenção Americana de Direitos Humanos, anterior ou posterior à promulgação de tal tratado, não mais poderá ter aplicação.” (*Processo penal*, p. 6-7).

10.792⁴⁷⁴, de 1º de dezembro de 2003, que alterou a disciplina do interrogatório no processo penal.

Como mencionado linhas atrás, o artigo 186 do Código de Processo Penal afirmava, em sua parte final, que o silêncio do réu no interrogatório poderia ser interpretado em prejuízo de sua defesa, demonstrando clara incompatibilidade com os preceitos constitucionais de 1988. O novo texto trazido pela Lei n. 10.792/2003 passou a refletir o significado essencial da garantia contra a autoincriminação na sua vertente do direito ao silêncio, excluindo a antiga advertência ao prever, em seu lugar, que: “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”. Nessa mesma linha, foi excluída a antiga previsão do artigo 191, que determinava a consignação, pelo juiz, das perguntas não respondidas pelo réu em seu interrogatório.

De acordo com Renê Ariel Dotti, essa mudança ocorreu porque após a Constituição Federal de 1988 “ficaria sacrificado o direito ao silêncio se o Juiz mandasse consignar no termo de interrogatório as perguntas que o réu deixasse de responder e as razões que invocou para assim fazê-lo”. Para o autor, se o réu tem o direito de calar-se, perde substância a regra anterior⁴⁷⁵.

O artigo 198, no entanto, continua em vigor com sua redação original. Apesar disso, a doutrina entende que a parte final do texto, segundo a qual o silêncio do réu pode influenciar a decisão do magistrado, não tem mais validade⁴⁷⁶.

Em 2008, ocorreu mais uma reforma processual penal que é importante para o escopo do presente trabalho. Seguindo a tendência iniciada com a previsão do procedimento sumaríssimo, na Lei n. 9.099/1995, modificou-se também o rito ordinário, com a criação da Lei n. 11.719/2008⁴⁷⁷. O interrogatório passou a ser o último ato

⁴⁷⁴ BRASIL. *Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003*. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm. Acesso em: 16 jan. 2020.

⁴⁷⁵ DOTTI, Renê Ariel. Garantia do direito ao silêncio e a dispensa do interrogatório. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 775, maio 2000, p. 426.

⁴⁷⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 251. Segundo interpretação de Guilherme de Souza Nucci: “[...] a parte final do art. 198 não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, expressamente, conferiu ao réu a possibilidade de manter-se calado (art. 45º, LXIII), sem estabelecer qualquer consequência dessa opção, razão pela qual não pode a lei ordinária fixar conteúdo diverso. Se o acusado for advertido de que se pode calar, mas o juiz poder levar tal silêncio em consideração, é natural que não há direito algum, pois existe a alternativa real de se prejudicar com tal prerrogativa” (*Código de Processo Penal comentado*. 12. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 468).

⁴⁷⁷ BRASIL. *Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli,

realizado na fase de instrução, o que o qualifica definitivamente, segundo Antonio Scarance Fernandes, como meio de defesa⁴⁷⁸.

Conclui-se, portanto, com apoio em Carlos Henrique Borlido Haddad, que todas essas reformas legislativas foram essenciais para firmar que no ordenamento jurídico brasileiro o princípio *nemo tenetur se detegere*, na vertente do direito ao silêncio, “é assegurado em sua plenitude, tanto ao preso, quanto ao acusado, sem que de sua utilização possa presumir-se prejuízo à defesa, como se existisse o ônus da verdade ao interrogando”⁴⁷⁹.

3.2 REFLEXOS DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NOS MEIOS DE PROVA E DE PRODUÇÃO DE PROVA ACEITOS NO DIREITO BRASILEIRO: É POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE INTERVENÇÕES CORPORAIS COERCITIVAS?

3.2.1 Meios de prova e de produção de prova expressos no processo penal brasileiro

O resgate histórico sobre o surgimento e a evolução da garantia contra a autoincriminação no direito brasileiro evidencia que tal garantia se vincula expressamente à vertente do *nemo tenetur se detegere* ligada ao direito ao silêncio, não havendo previsão sobre sua incidência em relação a outros meios de prova ou de obtenção de prova que não impliquem a prestação de depoimento do investigado/acusado.

Uma vez que tal questão não está expressa, faz-se necessário estudar as regras relacionadas à previsão legal e à execução dos meios de provas e/ou de obtenção de provas no nosso ordenamento processual penal, para, assim, estabelecer se dentro deste regramento é permitido determinar a realização de intervenções corporais mesmo contra a vontade do sujeito submetido à medida e, em caso positivo, se isso violaria ou não o princípio *nemo tenetur se detegere*.

mutatio libelli e aos procedimentos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm. Acesso em: 16 jan. 2020.

⁴⁷⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. A mudança no tratamento do interrogatório. *Boletim Ibccrim*, São Paulo, n. 200, v. 17, 2009. Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho também têm a convicção de que o interrogatório “seja talvez o momento defensivo mais significativo” (*Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 67). Ainda, segundo Aury Lopes Júnior: “O interrogatório deve ser tratado como um verdadeiro ato de defesa, em que se dá a oportunidade ao imputado para que exerça sua defesa pessoal.” (*Direito processual penal*, p. 241).

⁴⁷⁹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O interrogatório no processo penal*, p. 157; BRASIL. *Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm. Acesso em: 16 jan. 2020.

No que tange à garantia contra a autoincriminação, a Constituição Federal assegura o direito ao silêncio – garantia esta que foi incorporada também pelo nosso diploma processual penal, após a reforma legislativa de 2003, como narrado na seção anterior.

O Código de Processo Penal dedica o “Título IV” ao tema “Da Prova”, onde são previstos os seguintes meios de prova e de obtenção de prova: (i) Capítulo II - exame do corpo de delito e perícias em geral; (ii) Capítulo III - interrogatório do acusado; (iii) Capítulo IV - confissão; (iv) Capítulos V e VI - ofendido e testemunhas; (v) Capítulo VII - reconhecimento de pessoas e coisas; (vi) Capítulo VIII - acareação; (vii) Capítulo IX - documentos; e (viii) Capítulo XI⁴⁸⁰ - busca e apreensão.

Para além do regramento constante do Título IV, a legislação extravagante penal e processual penal também estabelece outros meios de prova ou de obtenção de prova como, por exemplo, a interceptação de comunicações telefônicas⁴⁸¹. Não há, no entanto, previsão legal expressa referente às intervenções corporais coercitivas, pois não existe dispositivo que especificamente regularmente a hipótese de, mesmo contra a vontade do investigado/acusado, aplicar-se coerção para coleta de elemento probatório de seu corpo, seja no Código de Processo Penal, seja na legislação extravagante.

Com base na disciplina legal apresentada, surgem alguns importantes questionamentos: será que o juiz poderia, ainda assim, determinar a realização de intervenções corporais, a fim de obter elementos de prova? Em caso positivo, será que poderia ordenar a execução coercitiva da medida? Será que algum dos meios de prova ou de obtenção de provas previstos expressamente em nosso ordenamento jurídico poderiam implicar intervenções corporais de maneira coercitiva?

Gustavo Badaró destaca a previsão do artigo 369 do atual Código de Processo Civil, que estabelece que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. Isso para ilustrar que no ordenamento processual civil há autorização legal expressa para utilização de todo e qualquer meio de prova, ainda que não previsto em lei, a fim de se demonstrar a verdade dos fatos, desde que tal meio não seja ilegal nem moralmente ilegítimo⁴⁸².

⁴⁸⁰ O Capítulo X não traz um meio de prova ou de obtenção de prova propriamente dito, limitando-se a regulamentar, no artigo 239, o que seriam indícios.

⁴⁸¹ Regulamentada pela Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996.

⁴⁸² BADARÓ, Gustavo H. R. I. *Processo penal*, p. 273.

No ordenamento processual penal não há um dispositivo legal semelhante. Não obstante, segundo entende a doutrina, incorpora-se “o princípio da não taxatividade dos meios de prova, de modo a possibilitar ao juiz o recurso a qualquer elemento para formação de sua convicção, caso não sejam moralmente ilegítimos ou legalmente proscritos”⁴⁸³.

Fernando da Costa Tourinho Filho sustenta que o Código de Processo Penal não limita os meios de prova. “Logo, não há nenhum impedimento à produção de outras provas além daquelas indicadas nos arts. 158 a 250 do estatuto processual penal”⁴⁸⁴.

Na interpretação de Guilherme de Souza Nucci, qualquer tipo de prova pode ser produzido, desde que não contrarie o nosso ordenamento jurídico⁴⁸⁵. Ou seja, do ponto de vista do princípio da não taxatividade dos meios de prova, não haveria impedimento para que o juiz determinasse a realização de intervenção corporal, ainda que coercitivamente, para fins de colheita de elemento probatório, mesmo carente de previsão legal expressa⁴⁸⁶, a título de prova atípica⁴⁸⁷.

Bom exemplo nesse sentido, a propósito, retira-se do Capítulo II do Título IV do Código de Processo Penal, que dispõe sobre o exame do corpo de delito, as perícias em geral e algumas perícias específicas, como autópsia (artigos 162 a 166), exame de lesões corporais (artigo 168), exame do local do crime (artigo 169), entre outras.

Como se vê, não há previsão legal expressa de perícia corporal ou que exija a realização de intervenções corporais para coleta de material biológico para análise. Ainda assim, o artigo 170 estabelece as perícias de laboratório, as quais poderiam englobar, tendo em vista o princípio da não taxatividade exposto acima, exames genéticos para análise de material biológico colhido do corpo do investigado/acusado por meio de intervenções corporais, por exemplo.

⁴⁸³ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, p. 299. Nesse mesmo sentido são as palavras de Gustavo Badaró: “Embora não haja um dispositivo semelhante do CPP, há consenso de que também não vigora no campo penal um sistema rígido de taxatividade dos meios de prova, sendo admitida a produção de provas não disciplinadas em lei, desde que obedecidas determinadas restrições.” (*Processo penal*, p. 273).

⁴⁸⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 3, p. 220.

⁴⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*, p. 365.

⁴⁸⁶ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, p. 299.

⁴⁸⁷ Prova atípica é aquela não tipificada, ou seja, não prevista no ordenamento jurídico. BADARÓ, Gustavo H. R. I. *Processo penal*, p. 273-274.

Segundo Maria Elizabeth Queijo, “diversas perícias são realizadas por meio de intervenções corporais invasivas”⁴⁸⁸, como acontece com a inspeção pessoal, que apesar de não ser disciplinada no ordenamento brasileiro pode ocorrer no âmbito das perícias, como ocorre, nos termos citados na seção 1.2.2, no direito italiano⁴⁸⁹, para verificação de vestígios do crime e de lesões dele decorrentes⁴⁹⁰.

Gustavo Badaró corrobora ao dizer que nem todos os meios de prova ou de obtenção de prova precisam estar previstos em lei. Na hipótese de a prova ostentar previsão legal (como é o caso das perícias) e sua execução seguir rito ou procedimento diverso (no caso, perícia de laboratório realizada por meio de intervenção corporal para coleta do material biológico a ser analisado), configurar-se-ia prova irritual, mas não necessariamente ilícita ou inaceitável⁴⁹¹.

Outra previsão legal expressa e atualmente vigente em nosso ordenamento jurídico que poderia aproximar-se de uma possível intervenção no corpo do sujeito passivo é a busca pessoal prevista no artigo 240 do Código de Processo Penal, que “incide sobre a pessoa humana, abrangendo seu corpo, suas vestes (que é um provável meio de ocultação de coisa) e outros objetos ou coisas que estejam em contato com o corpo da vítima ou que por ela sejam transportados”⁴⁹². É o que a população costuma chamar de “revista”⁴⁹³. Tal medida pode ser feita diretamente no corpo do indivíduo averiguado, “quer por meios de investigação oculares ou manuais, quer por meios mecânicos, radioscópicos”⁴⁹⁴.

A busca pessoal, regra geral, realiza-se com técnicas não invasivas – e, portanto, não caracteriza intervenção corporal, de acordo com os conceitos da medida estudados na

⁴⁸⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 291. A título exemplificativo, a autora ainda cita que o sangue extraído do corpo humano pode ser objeto de perícia “com a finalidade de identificar a autoria do delito ou excluir pessoas suspeitas da prática do crime”.

⁴⁸⁹ RAMAJOLI, Sergio. *La prova nel processo penale*. Milano: CEDAM, 1998, p. 227. Nesse mesmo sentido: BELLAVISTA, Girolamo. *Lezioni di diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1956, p. 163.

⁴⁹⁰ A autora, valendo-se de lição de Borges da Rosa sobre as inspeções corporais, faz o seguinte comentário: “para investigação de certos delitos, em caso de extrema necessidade, poderão ser realizadas vistorias no corpo da vítima e também do acusado. No corpo poderão ser examinados vestígios de luta, cicatrizes, marcas”. QUEIJO, Maria Elizabeth. *Op. Cit.*, p. 299.

⁴⁹¹ Segundo Gustavo Badaró, prova irritual é aquela prova típica – ou seja, expressamente tipificada pela legislação – mas que “foi produzida sem a observância de seu procedimento probatório” (*Processo penal*, p. 274).

⁴⁹² BADARÓ, Gustavo H. R. I. *Processo penal*, p. 344.

⁴⁹³ Aury Lopes Junior, ao criticar a previsão legal referente à busca pessoal, explica que a medida “incide diretamente sob o corpo do agente” e que consiste na “revista pessoal (e nos automóveis, caminhões, ônibus, etc.) a qualquer hora do dia ou da noite, sem a necessidade de mandado judicial, bastando, para tanto, que alegue ‘fundada suspeita’ de que alguém possa estar ocultando (quase que) qualquer coisa” (*Direito processual penal*, p. 726).

⁴⁹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, p. 384. Nesse mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*, p. 361.

seção 1.2.2 –, mas, por vezes, poderá ser executada mediante utilização de procedimentos invasivos como exame ginecológico, exame do reto e endoscopia⁴⁹⁵. Mesmo na busca pessoal em que as autoridades executoras da medida não visem ao corpo propriamente, mas sim localizar algo que o suspeito possa estar ocultando não se descaracteriza intervenção corporal eventualmente existente no procedimento – o que pode tornar a medida invasiva, necessitando, portanto, ser tratada com especial zelo e cuidado⁴⁹⁶.

Nos termos, ainda, do citado artigo 240, a busca pessoal será realizada nas hipóteses em que houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos relacionados ao crime ou à investigação expressamente descritos nas letras “b” a “f” e “h” do §1º do mesmo dispositivo legal. A medida será determinada pelo juiz, mas poderá ocorrer independentemente de mandado judicial, “no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”⁴⁹⁷.

Há quem defenda que o supracitado rol de hipóteses de cabimento da busca pessoal não é taxativo, podendo ser alargado pelo juiz, no caso concreto⁴⁹⁸. Não obstante, alerta Espínola Filho, a ampliação de tal rol não pode ser feita por analogia, necessitando de previsão legal para tanto⁴⁹⁹.

Apreende-se, então, que apesar de não expressas na legislação brasileira, tendo em vista o princípio da não taxatividade em comento, as intervenções corporais podem ser determinadas pelo juiz para coleta de elementos de prova diretamente do corpo do investigado – tanto de maneira autônoma, a título de prova atípica, quanto aquelas vinculadas, por exemplo, às perícias ou à busca pessoal, regulamentadas no Código de Processo Penal, a título de prova irritual.

O ponto de questionamento não é tanto a possibilidade de se determinar (ou não) a realização de intervenção corporal a título de prova atípica ou irritual, mas sim, no caso de recusa do imputado, saber se a medida poderá ser determinada e com isso realizada à força, mesmo contra sua vontade. Ou seja, busca-se entender se o princípio da não taxatividade

⁴⁹⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 296.

⁴⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*, p. 568.

⁴⁹⁷ Artigo 244 do Código de Processo Penal.

⁴⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. Cit.*, p. 562.

⁴⁹⁹ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1995, v. 1, p. 355.

dos meios de prova possibilita a determinação e a prática não só de intervenções corporais, mas também de intervenções corporais coercitivas.

Apesar de vigorar em nosso ordenamento jurídico uma liberdade probatória alargada, esta não é ilimitada nem absoluta. Isso porque, como mencionaram alguns dos citados autores, o elemento probatório a ser produzido ou o meio pelo qual será produzido não pode contrariar o ordenamento jurídico, tampouco se mostrar moralmente ilegítimo ou legalmente proscrito. E, ainda que deva prevalecer a regra da não taxatividade, os meios de prova ou de obtenção de prova a serem empregados não podem violar a moralidade ou a dignidade da pessoa humana – o que decorre, no geral, de limitações impostas por princípios constitucionais ou até mesmo pelo direito material⁵⁰⁰ como visto na seção 1.2.1 do presente trabalho.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover:

É, assim, nas normas constitucionais e nos princípios gerais da Lei Maior que se devem subsumir a avaliação substancial do ilícito extrajudicial e a qualificação processual de sua repercussão dentro do processo, deduzindo-se a proibição de admitir provas obtidas contra a Constituição e sua ineficácia, diretamente desta.⁵⁰¹

Some-se a esse entendimento a vedação expressa do artigo 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal, segundo a qual as provas que se referirem ao estado de pessoas devem acatar o disposto na lei civil.

Portanto, sendo certo que a não taxatividade dos meios de prova não é absoluta, resta saber se as intervenções corporais na modalidade coercitiva estão ou não inseridas nas mencionadas hipóteses de exceção que limitam a liberdade probatória. Em outras palavras, é preciso ter bem claro se tais medidas violam preceitos do ordenamento jurídico pátrio, como a moralidade ou a dignidade da pessoa humana, e especialmente para o objeto desta dissertação, a garantia contra a autoincriminação, verificando se elas podem ou não ser realizadas no âmbito do direito brasileiro.

Nesse ponto do estudo, é importante recordar que as intervenções corporais coercitivas podem eventualmente atingir alguns diferentes princípios constitucionais como, por exemplo, a presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII), a garantia da intimidade e da vida privada (artigo 5º, inciso X), a vedação de tortura e de tratamentos desumanos e/ou degradantes (artigo 5º, inciso III), o direito à não autoincriminação (artigo 5º, inciso LXIII), entre outros previsto.

⁵⁰⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, p. 220-221.

⁵⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 200.

Na trilha do tema discutido na presente dissertação, a seguir será analisada a possibilidade de admissão de intervenções corporais coercitivas em nosso ordenamento jurídico – uma vez que há liberdade para determinação e para execução de meios de prova e de obtenção de prova, independentemente de previsão legal – apenas na ótica do princípio *nemo tenetur se detegere*.

A tentativa de dirimir a questão passa pelo estudo de alterações legislativas mais recentes e de algumas importantes posições já lançadas na doutrina e na jurisprudência pátrias, temas que serão tratados a seguir.

3.2.2 Lei n. 12.654/2012 e sua possível relação com as intervenções corporais coercitivas e com o princípio *nemo tenetur se detegere*

A despeito do princípio da não taxatividade, de que se cuidou antes, em 2012, o legislador inovou e editou a Lei n. 12.654⁵⁰², que prevê “a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal”, além de outras providências. Esse diploma legal alterou dois estatutos jurídicos distintos: (i) a Lei n. 12.037/2009, que regulamenta a identificação criminal no bojo de investigações, e (ii) a Lei n. 7.210/1984, que disciplina a execução penal (chamada Lei de Execução Penal).

A nova lei trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a previsão legal – até então inexistente – de intervenções corporais, ainda que limitadas ao exame de DNA, para fins de identificação criminal. Logo, nessa hipótese, não há dúvida de que tais intervenções podem ser determinadas e realizadas. Mas será que, para além disso, a Lei n. 12.654/2012 permite a execução coercitiva da medida? É possível dizer que com a edição dessa nova lei o Brasil passou a legalmente regulamentar intervenções corporais coercitivas? Caso a resposta seja positiva, a doutrina e a jurisprudência pátrias concordam com tal regramento legal, diante do princípio *nemo tenetur se detegere*?

A questão não é pacífica e, para tentar alcançar alguma conclusão sobre o assunto ao final desta pesquisa, será necessário analisar de maneira detalhada o novo diploma legal, além dos diferentes posicionamentos doutrinários e jurisprudencial sobre a extensão

⁵⁰² BRASIL. Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis n. 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm. Acesso em: 28 jun. 2018.

(ou não) da garantia contra a autoincriminação às intervenções corporais coercitivas, inclusive à luz da Lei n. 12.654/2012.

Com efeito, a lei em comento é dividida em duas partes principais: a primeira, relacionada à identificação criminal de investigados/acusados, no bojo de investigações e processos em curso; a segunda, referente à identificação criminal de indivíduos já condenados. O estudo do diploma legal que segue adotará tal divisão.

3.2.2.1 Identificação criminal no bojo de investigações/processos em curso

A primeira inovação trazida pela Lei n. 12.654/2012 foi a introdução de um parágrafo único ao artigo 3º da Lei n. 12.037/2009. O legislador manteve a previsão original segundo a qual a identificação criminal poderá ocorrer quando “for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa”. No entanto, adicionou a hipótese de que tal identificação “poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético”⁵⁰³.

Diante desse permissivo legal, a identificação criminal a partir da análise genética foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro ao lado da datiloscopia e da fotografia – métodos estes que já estavam previstos na Lei n. 12.037/2009 desde o seu texto original.

De acordo com Rogério Greco, a inovação legislativa ora analisada diz respeito “à coleta do perfil genético ainda na fase investigatória, enquanto as diligências estão sendo empreendidas no sentido de ser identificada a autoria da infração penal”⁵⁰⁴. Assim, intervenções corporais, ainda que para fins de identificação criminal de investigados/acusados, por exame de DNA, foram positivadas no Brasil.

No texto legal, como se verifica, há dois requisitos para autorização da medida: (i) que esta seja “essencial às investigações policiais”; e (ii) que seja determinada mediante autorização judicial.

Em relação ao primeiro requisito, apesar de o texto legal referir-se à aplicação da identificação criminal por análise de perfil genético, quando a medida for essencial às

⁵⁰³ Lei n. 12.654/2012: “Art. 5º [...] Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.”

⁵⁰⁴ GRECO, Rogério. Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. *Revista Jurídica Consulex, Brasília*, v. 17, n. 389, p. 32-33, 2013.

investigações policiais, Rafael Sauthier explica que essa hipótese incide tanto em sede de inquérito policial (investigação) quanto ao longo do processo judicial⁵⁰⁵.

Maria Elizabeth Queijo critica a previsão legal nesse sentido, por entender que ela confere “censurável amplitude à coleta de material genético na identificação criminal, podendo recair sobre qualquer delito”⁵⁰⁶.

Alberto Ribeiro Mariano Junior reforça ao afirmar que a previsão da Lei n. 12.654/2012 “sequer estabelece um rol taxativo de crimes que admitem a coleta de material genético, pois violar a intimidade e integridade física do cidadão já é uma violência, e a possibilidade de ser realizado para qualquer crime agrava o absurdo”⁵⁰⁷.

Visando, então, suprimir, ainda que em parte, a lacuna deixada pelo legislador, Aury Lopes Júnior defende que o requerimento da identificação criminal por meio da análise de perfil genético precisa ser devidamente fundamentado e demonstrar, no caso concreto, a imprescindibilidade deste tipo de prova, ou seja, “a impossibilidade de obter a prova de outro modo, constituindo a coleta de material genético a *ultima ratio* do sistema”⁵⁰⁸.

Para ilustrar, e com o intuito de trazer à baila um contraponto à posição dos referidos autores, tem-se o exemplo da legislação inglesa, que atualmente autoriza a coleta de material genético para qualquer tipo de crime – assim como a previsão legal brasileira.

Na Inglaterra, de acordo com o Criminal Justice Act and Public Order de 1994, somente podiam ser obtidas amostras de DNA de suspeitos de prática de crimes graves e o material coletado não podia ser mantido no banco de dados se o averiguado não fosse processado ou se fosse absolvido. Mas, modificações dessa disciplina, introduzidas pelo Criminal Justice Act de 2003, passaram a permitir que material genético seja coletado, sem consentimento, de qualquer pessoa que seja detida, inclusive em razão de infrações menos graves, ainda que não seja ela processada, ou mesmo condenada, e independentemente de utilizar a amostra colhida na investigação que ensejou a prisão.⁵⁰⁹

⁵⁰⁵ SAUTHIER, Rafael. *A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12*. Curitiba: CRV, 2015, p. 96.

⁵⁰⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? *Boletim Ibccrim*, São Paulo, Ibccrim, v. 21, n. 250, p. 7-9, 2013.

⁵⁰⁷ MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. A (des)regularização da obtenção do material genético no processo penal brasileiro: arbitrariedade e autoritarismo. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 11, n. 63, 2014/2015, p. 80.

⁵⁰⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. Lei n. 12.654/2012. Lei n. 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim Ibccrim*, São Paulo, v. 20, n. 236, p. 5-7, 2012, p. 5-6.

⁵⁰⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?, p. 7.

Em relação à necessária autorização judicial para coleta de perfil genético para identificação criminal, nos termos da redação legal, esta poderá ocorrer por determinação de ofício, pelo magistrado, ou ainda mediante “representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa”.

A possibilidade de atuação *ex officio* do juiz é criticada por parcela da doutrina⁵¹⁰, que entende que a atuação do magistrado nesse sentido coloca em risco a imparcialidade do julgador e viola as regras do sistema acusatório – sistema este, ainda que em graus diversos, adotado pelo regramento processual penal pátrio⁵¹¹.

O artigo 7º-A da Lei n. 12.654/2012, por sua vez, dispõe que “a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito”. Desse comando legal, infere-se que o prazo para permanência dos perfis genéticos nos bancos de dados corresponde ao lapso prescricional do crime sob investigação no caso concreto.

Maria Elizabeth Queijo critica tal regra, pois considera que o arquivamento do inquérito policial ou a sentença absolutória deveriam autorizar a exclusão do perfil genético do sujeito dos bancos de dados.⁵¹²

Em 2013, foi editado o Decreto n. 7.950/2013⁵¹³, com o fito de regulamentar a Lei n. 12.654/2012, especialmente no que se refere ao “Banco Nacional de Perfis Genéticos” e à “Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos”. Este novo diploma possibilitou que a exclusão do perfil genético do acusado do banco de dados se dê em data anterior à do término do prazo prescricional, desde que tal data seja definida em decisão judicial. Apesar da aparente evolução legislativa sobre o assunto, o novo Decreto não estabeleceu qualquer parâmetro para a fixação da mencionada data anterior pelo magistrado.

⁵¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 6; GOMES, Luís Flávio; SANCHES, Rogério. Lei 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade? Disponível em: <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814909/lei-12654-12-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade>. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁵¹¹ MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. A (des)regularização da obtenção do material genético no processo penal brasileiro, p. 80.

⁵¹² Para ilustrar o tema, a autora traz o seguinte exemplo prático: “Imagine-se a hipótese de alguém que venha a ser investigado pelo delito de homicídio em relação ao qual o juiz determine a coleta de material genético para identificação criminal. Posteriormente, os exames periciais revelam que ele não é autor do delito. Ainda assim, segundo a Lei em comento, as suas informações genéticas continuarão a integrar o banco de dados até que se ultime o prazo prescricional relativo ao delito em questão, o que afronta a dignidade humana.” QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?, p. 7.

⁵¹³ BRASIL. *Decreto n. 7.950, de 12 de março de 2013*. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm. Acesso em: 28 jun. 2018

Os dados relacionados à coleta do perfil genético, como referido antes, deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos gerenciado por unidade oficial de perícia criminal, respeitado sempre o sigilo das informações armazenadas. Regramentos específicos sobre a forma como isso deve ocorrer, porém, não foram previstos.

Outra crítica à Lei n. 12.654/2012 é que, em relação ao procedimento ou técnica a ser utilizado para extração do DNA, com o objetivo de identificação em sede de investigação ou processo em curso, não há qualquer previsão⁵¹⁴.

A lei também silencia sobre a hipótese de o sujeito recusar a se submeter à medida. Nesse sentido, não há previsão expressa para extração compulsória do material genético, quando este for essencial à investigação, nem qualquer tipo de sanção específica diante da recusa. Ou seja, intervenções corporais na modalidade coercitiva não foram expressamente positivadas para investigados/acusados em sede de investigação/processo criminal pela Lei n. 12.654/2012. A doutrina não é unânime sobre o tema, tendendo a impedir que isso aconteça, como será demonstrado na seção 3.2.3.

3.2.2.2 Identificação criminal de indivíduos já condenados

A segunda inovação trazida pela Lei n. 12.654/2012 foi o acréscimo do artigo 9º-A à Lei de Execução Penal, *litteris*:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

Nesse caso, o material coletado não visa à identificação criminal quando esta for essencial à investigação ou ao processo, mas sim à inserção em um banco de dados, com possibilidade de ser utilizado em eventual procedimento futuro.

⁵¹⁴ BECK, Francis Rafael; RITTER, Ruiz. A coleta de perfil genético no âmbito da Lei n. 12.654/2012 e o direito à não autoincriminação: uma necessária análise. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 42, p. 321-341, 2015.

Rafael Sauthier, dissertando a respeito, afirma que:

A (ii) segunda situação prevendo a tipagem genética teve como objetivo imediato apenas alimentar o banco de perfil genéticos de referência. No entanto, e apesar de ela se dar na fase de execução da pena, é óbvio que isso se dá para a realização de identificações e investigações criminais na persecução penal de outros crimes (futuros ou pretéritos), diversos daquele que ensejou a condenação do imputado. Até porque, em relação ao crime pelo qual o imputado cumpre pena, tais atividades dentro da ‘persecutio criminis’ já não fazem mais sentido.⁵¹⁵

Diferentemente do que acontece no caso anterior, na presente hipótese a lei traz critérios um pouco mais objetivos sobre as situações que autorizam a coleta de material biológico para exame de DNA. Em primeiro lugar, é necessário haver condenação criminal. A previsão legal, no entanto, não deixa claro se tal decisão condenatória precisa (ou não) já ter transitado em julgado. Apesar disso, muitos autores⁵¹⁶ defendem que sim, em observância ao princípio da presunção de inocência. Essa posição é corroborada pelo recente entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal – por ocasião do julgamento, em 07.06.2019, das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43⁵¹⁷, 44⁵¹⁸ e 54⁵¹⁹ – de que o cumprimento da pena somente pode ser iniciado após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ademais, o diploma legal limita a medida a condenados “por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no artigo 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990”. Percebe-se, assim, que o legislador se preocupou em delimitar o cabimento da identificação criminal de condenados por meio da extração de DNA. Essa delimitação, no entanto, não seguiu parâmetros claros, precisos. Isso porque, não foi definido o que seria, por exemplo, um crime praticado “com violência de natureza grave contra pessoa”. Esse termo é genérico e não encontra

⁵¹⁵ SAUTHIER, Rafael. *A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12*, p. 97.

⁵¹⁶ SAUTHIER, Rafael. *Ibid.* p. 99; LOPES JÚNIOR, Aury. Lei n. 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)?, p. 7; e MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. A (des)regularização da obtenção do material genético no processo penal brasileiro, p. 80.

⁵¹⁷ Ação proposta pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), em 19.05.2016. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 43 / DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 7 jul. 2019.

⁵¹⁸ Ação proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) em 20.05.2016. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 44 / DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>. Acesso em: 7 jul. 2019.

⁵¹⁹ Ação proposta pelo Partido Comunista do Brasil em 18.04.2016. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 54 / DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>. Acesso em: 7 jul. 2019.

correspondência com os tipos penais previstos em nosso ordenamento jurídico⁵²⁰. Além disso, apesar de falar em crimes hediondos, a Lei n. 12.654/2012 não previu expressamente se os condenados a delitos equiparados a hediondos também ficam obrigatoriamente submetidos à medida de exame genético⁵²¹.

Em relação ao procedimento e à técnica específicos a serem adotados para extração do DNA, mais uma vez a lei não estabeleceu quais seriam, limitando-se a garantir uma técnica adequada e indolor.

Uma vez presentes os supracitados critérios/requisitos, a identificação do perfil genético mediante extração do DNA é obrigatória e automática, não necessitando autorização judicial para tanto, após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Não há, porém, previsão sobre a possibilidade do uso de coação direta, no caso de recusa, nem de extração de qualquer outra consequência negativa por conta disso. Ainda assim, como será apontado nas próximas seções, existe polêmica doutrinária e jurisprudencial sobre a constitucionalidade da previsão de sujeição obrigatória dos condenados à coleta de material genético e sobre a possível utilização de coação direta para tanto, em caso de recusa, uma vez que isso poderia ter o condão de violar o direito à não autoincriminação.

Por fim, no caso de condenação – diferentemente do que ocorre na hipótese de identificação para investigação criminal – não há previsão legal acerca do tempo durante o qual os dados genéticos ficarão disponíveis no banco de dados.

Aury Lopes Júnior defende que nesse caso deve ser aplicado, por analogia, o instituto da reabilitação, “permitindo-se a retirada dos registros após decorridos dois anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução”⁵²². Solução diversa é proposta por Maria Elizabeth Queijo, para quem o prazo para exclusão do perfil genético do banco de dados deve ser o da prescrição da pretensão executória pautado na pena fixada na condenação, uma vez que tal decisão condenatória é a base para a coleta do material biológico⁵²³. Os pontos de discussão acerca da Lei n. 12.654/2012 são, assim, diversos.

⁵²⁰ BECK, Francis Rafael; RITTER, Ruiz. A coleta de perfil genético no âmbito da Lei n. 12.654/2012 e o direito à não autoincriminação: uma necessária análise, p. 330.

⁵²¹ BECK, Francis Rafael; RITTER, Ruiz. *Ibid.*, p. 331.

⁵²² LOPES JÚNIOR, Aury. Lei n. 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)?, p. 7.

⁵²³ QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?, p. 8.

3.2.2.3 Complementação trazida pela Resolução n. 9/2018 do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos

Na tentativa de solucionar e regulamentar algumas das lacunas deixadas pela Lei n. 12.654/2012, apontadas na seção anterior, o Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos da Secretaria Nacional de Segurança do Ministério da Justiça e Segurança Pública editou a Resolução n. 9/2018. A norma dispõe sobre a “padronização de procedimentos relativos à coleta compulsória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos”⁵²⁴. Esta Resolução, por não estabelecer expressamente qualquer disposição em contrário, aplica-se à coleta compulsória de perfil genético tanto de investigados/acusados quanto de condenados, englobando, assim, as duas hipóteses tratadas pela Lei n. 12.654/2012.

De acordo com a previsão do artigo 2º, *caput* e §1º, da norma, a técnica adequada e indolor a ser utilizada no procedimento de coleta obrigatória de material biológico deve ser “a coleta de células da mucosa oral”, “podendo o órgão estadual competente desenvolver procedimento operacional padrão próprio, mais específico, desde que siga as diretrizes gerais previstas no procedimento da Secretaria Nacional de Segurança Pública”. Além disso, o §2º do mesmo artigo prevê que não deverão ser utilizadas para tanto as técnicas de coleta de sangue.

Segundo Rafael Sauthier, a técnica para coleta de material biológico atualmente considerada mais indolor é realmente o suabe bucal⁵²⁵. Assim, pode-se considerar positiva a previsão legal da Resolução n. 9/2018 neste ponto, uma vez que (i) especifica a técnica a ser utilizada para execução da medida – o que havia sido ignorado pelo legislador na Lei n. 12.654/2012; e (ii) adota a técnica apontada pela doutrina como a mais indolor, excluindo a coleta sanguínea que implica procedimento corporal mais invasivo e constrangedor.

O artigo 7º, por sua vez, prevê que “antes da realização da coleta de material biológico, a pessoa submetida ao procedimento deverá ser informada sobre sua

⁵²⁴ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Resolução 9/2018, de 25 de abril de 2018*. Estabelece diretrizes para a realização de Avaliação Psicológica no exercício profissional da psicóloga e do psicólogo, regulamenta o Sistema de Avaliação de Testes Psicológicos - SATEPSI e revoga as Resoluções nº 002/2003, nº 006/2004 e nº 005/2012 e Notas Técnicas nº 01/2017 e 02/2017. Disponível em: <http://satepsi.cfp.org.br/docs/Resolu%C3%A7%C3%A3o-CFP-n%C2%BA-09-2018-com-anexo.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2020.

⁵²⁵ SAUTHIER, Rafael. *A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12*, p. 98.

fundamentação legal, na presença de pelo menos uma testemunha, além do responsável pela coleta”. Tal previsão, porém, somente exige que a pessoa seja informada sobre a fundamentação legal da medida, o que não assegura que o indivíduo será informado – nos termos do artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal⁵²⁶ – sobre seus direitos naquela situação, como, por exemplo, o direito de se recusar a se submeter ao exame em vista do direito de não produzir provas contra si mesmo.

A Resolução n. 9/2018 buscou regulamentar as consequências da negativa do sujeito passivo em se submeter ao exame, pois, em seu artigo 8º, previu que “em caso de recusa, o fato será consignado em documento próprio, assinado pela testemunha e pelo responsável pela coleta”, cabendo a este, na sequência, comunicar “a recusa à autoridade judiciária competente, solicitando que decida sobre a submissão do acusado à coleta compulsória ou a outras providências que entender cabíveis, a fim de atender à obrigatoriedade prevista na Lei 12.654/2012”.

O regulamento, portanto, deixou a cargo da autoridade judiciária a decisão sobre a possibilidade de submissão forçada do sujeito à extração de material biológico por meio de suabe bucal – o qual, ainda que em menor grau, implica intervenção corporal e poderia, nos termos propostos, ser realizado coercitivamente.

A Lei n. 12.654/2012 deixou diversas lacunas e pontos de divergência. Tendo em vista o objeto do presente trabalho, será aprofundada nas seções seguintes somente a polêmica acerca da possibilidade (ou não) de execução coercitiva da coleta de material biológico para análise de tipagem genética, tanto de investigados/acusados quanto de condenados, aos olhos do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Diante do exposto, é possível inferir que no Brasil a identificação criminal, quando essencial à investigação, pode ocorrer nas hipóteses previstas no artigo 3º da Lei n. 12.037/2008, por meio de fotografia e de datiloscopia, e após a edição da Lei n. 12.654/2012, por meio da coleta de material biológico para obtenção do perfil genético, mas sem previsão de execução da medida contra a vontade do investigado/acudado. Além disso, com o advento da nova legislação, a identificação por exame de DNA passou a ser obrigatória aos condenados por crimes hediondos e cometidos com violência contra a pessoa, mas sem regramento legal, mais uma vez, sobre a possibilidade de uso da coação direta para obrigar o cumprimento da medida, nem sobre possíveis consequências diante da recusa do sujeito passivo.

⁵²⁶ Este inciso garante que, no momento da prisão, o preso será informado de seus direitos.

A nova lei positivou intervenções corporais no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que limitadas ao exame de DNA, para identificação criminal, mas não regulamentou expressamente intervenções corporais coercitivas, como defendido pela Corte Europeia de Direitos Humanos e adotado por todos os países de sistema *civil law* estudados na seção 2.3.

Relembrando, a título de exemplo, na Itália o artigo 224-bis do Código de Processo Penal estabelece que se não houver consentimento do sujeito passivo em se submeter à intervenção corporal prevista, o juiz poderá determinar a sua execução coercitiva. Em Portugal, o artigo 172 do Código de Processo Penal determina que se alguém pretende eximir-se da intervenção corporal determinada, poderá, ainda assim, ser coercitivamente submetido à medida, por ordem judicial. Na Argentina, o caderno processual penal do país autoriza o uso de faculdades coercitivas sobre o sujeito para obrigá-lo a se submeter à intervenção corporal para fins probatórios⁵²⁷. Previsão legal semelhante não está presente na Lei n. 12.654/2012.

O novo diploma legal não traz regulamentação sobre o uso de coação direta para obrigar o sujeito passivo – seja ele investigado, processado ou condenado – a se submeter à medida, nem regramento legal sobre outras possíveis consequências diante da recusa. A Resolução n. 9/2018 até tentou prever o caminho a ser seguido diante da recusa do sujeito passivo, mas, em primeiro, trata-se de norma infralegal e, para além disso, deixa a decisão à cargo da autoridade judicial, no caso concreto – o que gera insegurança jurídica.

Diante da lacuna legislativa sobre o tema e mesmo levando em consideração a regra da não taxatividade dos meios de prova, a análise isolada da legislação brasileira não se mostra suficiente para pacificar a possível adoção, no Brasil, de um meio de obtenção de prova delicado, controvertido e invasivo como as intervenções corporais coercitivas, à luz da garantia contra a autoincriminação. É preciso, portanto, aprofundar o estudo das posições da doutrina e da jurisprudência sobre o assunto.

⁵²⁷ As previsões legais completas destes e dos demais países estudados na presente dissertação encontram-se na seção 2.3.

3.2.3 Possibilidade de aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* às intervenções corporais no direito brasileiro

Não há consenso na doutrina brasileira acerca da extensão do princípio *nemo tenetur se detegere* às intervenções corporais coercitivas, tanto de maneira geral como na hipótese da Lei n. 12.654/2012 descrita na seção anterior.

No Código de Processo Civil, o artigo 378 prevê que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. No âmbito do diploma processual penal, não há dispositivo legal semelhante que estabeleça o dever de colaboração do investigado/acusado no descobrimento da verdade, especialmente no que tange às intervenções corporais coercitivas consideradas mero tolerar passivo e não conduta ativa do investigado/acusado em relação à produção da prova.

Lembrando as posições doutrinárias expostas na seção 1.2, acerca do conteúdo e de eventuais limites do princípio *nemo tenetur se detegere*, Nereu José Giacomolli entende que a garantia contra a autoincriminação permite que o investigado/acusado se recuse a colaborar – seja de maneira ativa ou passiva – com a produção de qualquer prova⁵²⁸. Logo, intervenções corporais coercitivas, por serem condutas passivas, assim como qualquer tipo de colaboração probatória ativa, estariam englobadas pela garantia e não poderiam ser aceitas.

Luiz Flávio Gomes expressamente aborda a medida, por entender que, para além do direito ao silêncio, o direito à não autoincriminação engloba outras dimensões, entre elas, o “direito [do acusado] de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória”⁵²⁹.

Antônio Magalhães Gomes Filho assevera que as intervenções corporais coercitivas em geral violam o direito do investigado/acusado de não produzir provas contra si mesmo, assim como violam a sua liberdade. Isso porque, o direito à prova não significa “conferir a uma das partes no processo prerrogativa sobre o próprio corpo e a liberdade de escolha da outra”. E acrescenta que no processo penal, especificamente, “diante da presunção de

⁵²⁸ GIACOMOLLI, N. J. *O devido processo penal* – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica, p. 193.

⁵²⁹ GOMES, Luiz Flavio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*, p. 4.

⁵²⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, p. 119.

inocência, não se pode constranger o acusado ao fornecimento dessas provas, nem de sua negativa inferir a veracidade do fato”⁵³⁰.

Antonio Scarance Fernandes – sem fazer distinção entre cooperação ativa e cooperação passiva do acusado para produção da prova, e baseando-se no artigo 8º, n. 2, alínea “g”, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, citado na seção 1.1.4 da presente dissertação – defende que a pessoa não está obrigada a produzir qualquer prova contra si mesma. Assim, diante da recusa em participar da produção probatória, não pode haver a configuração de crime de desobediência previsto no artigo 330 do Código Penal⁵³¹.

Augusto Jobim do Amaral, Ricardo Jacobsen Gloeckner e Gabriel Ferreira dos Santos, seguindo o entendimento dos autores citados linhas atrás, afirmam que, em matéria probatória, deriva do direito ao silêncio – reconhecido no ordenamento jurídico pátrio – a ausência de obrigação do acusado de produzir qualquer prova contra si mesmo. Desse modo, “o direito ao silêncio não abrange somente o direito de ficar calado, mas todas as modalidades em que a conduta exigida ou determinada implique autoincriminação (reconstituição do delito, intervenções corporais invasivas, por exemplo)”⁵³².

Daniel Leonhardt Santos e Lívia Limas dos Santos afirmam que o princípio *nemo tenetur se detegere* incide sobre qualquer meio de produção de prova, tanto os que necessitem de atuação ativa quanto passiva do acusado. Especificamente em relação às intervenções corporais coercitivas, segundo estes autores, há uma linha tênue entre tal medida e a tortura; logo, em hipótese alguma pode ser aceita⁵³³.

Paulo Dariva também relaciona intervenções corporais coercitivas com a tortura que era praticada na Inquisição para obtenção forçada da confissão. Para além disso, afirma que diante do status constitucional do princípio *nemo tenetur se detegere*, não se pode exigir do investigado/acusado qualquer tipo de colaboração – seja ativa ou passiva – na produção de provas, entre elas perícias científicas, “independentemente de se tratar de medida invasiva ou não, ainda que indolor”⁵³⁴.

Vicente Greco Filho, em obra dedicada aos delitos de trânsito, também traz visão alargada do princípio *nemo tenetur se detegere*, ao considerar que em decorrência da

o Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, p. 119.

⁵³¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 264-265.

⁵³² AMARAL, Augusto Jobim; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SANTOS, Gabriel Ferreira. Lei n. 12.654/2012: o perfil genético do controle se mostra no Brasil. In: TRINDADE, A. K.; BORTOLOTTI, J. C. K. (org.). *Direitos fundamentais e democracia constitucional*. Florianópolis: Conceito, 2013, p. 271.

⁵³³ SANTOS, Daniel Leonhardt dos; SANTOS, Lívia Limas. *Nemo tenetur se detegere e verdade no processo penal*, p. 125-126.

⁵³⁴ DARIVA, Paulo. *Prova científica e o nemo tenetur*, p. 225.

Constituição Federal de 1988 – que consagrou a presunção de inocência e o direito ao silêncio – não se pode obrigar o condutor suspeito a se submeter a exame de sangue para constatação de embriaguez nem extrair consequências negativas de sua eventual recusa em participar da medida⁵³⁵.

João Cláudio Couceiro e Marcelo Schirmer Albuquerque trazem posições intermediárias sobre o assunto. Para o primeiro, o princípio *nemo tenetur se detegere* impede que o indivíduo seja coagido a se submeter a exames corporais probatórios, mas não veda que sua recusa implique indício de culpabilidade – o qual deverá ser cotejado com as demais provas do processo, invertendo-se o ônus da prova⁵³⁶. Para o segundo autor, a recusa do acusado em se submeter à produção de qualquer prova deve ser admitida, porém com consequência jurídica em seu desfavor enquanto prova indiciária a ser valorada em conjunto com os demais elementos probatórios colhidos⁵³⁷. A excessão estaria nos depoimentos orais, na acareação e na reconstituição dos fatos, sob pena de invalidar o interrogatório como meio de defesa, e também nas provas invasivas excessivamente lesivas a direitos fundamentais e desproporcionais ao fim pretendido. O doutrinador não só exclui a aplicação de coação direta para obrigar o investigado/acusado a participar da produção da prova como afasta a hipótese de configuração do crime de desobediência⁵³⁸, diante de sua recusa. Especificamente no que tange ao primeiro ponto, alega que:

A realização de intervenções corporais a partir da condução coercitiva seria pouco civilizado, bastante constrangedor – até para os executores da medida, que poderiam ver o ato como contrário à ética médica, por exemplo – e acabaria abrindo espaços para abusos, causando repulsa social e intranquilidade generalizada.⁵³⁹

Percebe-se, assim, que o doutrinador é contrário à utilização de coação para realização de intervenções corporais para obtenção de provas, mas ao mesmo tempo não defende uma aplicação absoluta do direito à não autoincriminação, sendo favorável à

⁵³⁵ GRECO FILHO, Vicente. *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*. São Paulo: FA-DUSP, 1993, p. 146.

⁵³⁶ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, p. 358-359.

⁵³⁷ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*, p. 147-150.

⁵³⁸ Para o autor, a solução – diante da recusa do acusado em colaborar ou ainda tolerar a produção de provas contra si mesmo – não pode ser a tipificação do crime de desobediência, pois isso abriria a ele a escolha entre sujeitar-se à prova ou responder pelo delito em questão, o que não condiz com os propósitos da prova (elucidação dos fatos e convencimento do juiz) nem com os objetivos do processo penal. ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*, p. 148. Nesse mesmo sentido: QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 371-372.

⁵³⁹ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *Op. Cit.*, p. 148.

valoração negativa da recusa do sujeito passivo, ressalvando, ao final, que tal recusa não pode substituir ou equivaler à prova não produzida.

Eugênio Pacelli de Oliveira também defende maior restrição ao princípio *nemo tenetur se detegere* no sentido de limitá-lo ao direito do acusado de permanecer calado e de não ser obrigado a depor contra si mesmo, excluindo as intervenções corporais do alcance da garantia contra a autoincriminação. Em relação a tais medidas, o autor refuta a possibilidade de coação direta na hipótese de recusa, porém admite que a ausência de colaboração poderá ser valorada em desfavor do investigado/acusado e ainda ser equiparada à prova que se pretendia fazer, desde que haja previsão legal nesse sentido⁵⁴⁰.

Maria Elizabeth Queijo destaca que no processo penal não há norma específica que estabeleça o dever do investigado/acusado de colaborar na produção de provas. Assim, a sua recusa em se submeter a determinado meio de prova não configura crime de desobediência, nem pode ser interpretada em seu desfavor. Não obstante, como abordado no Capítulo 1, na seção dedicada aos diversos conceitos de intervenções corporais, a autora as classifica em intervenções invasivas e não invasivas: estas poderiam ser realizadas, ainda que contra a vontade do acusado; aquelas não, justamente por serem invasivas e, portanto, mais graves e vexatórias⁵⁴¹.

Joel Tovil reconhece a tendência, especialmente no âmbito internacional, de ponderação do princípio *nemo tenetur se detegere*, a fim de estabelecer que o acusado tolere passivamente a produção de determinadas provas que não poderiam ser de outra maneira produzidas como, por exemplo, coleta de sangue, saliva ou urina. Para tanto, alerta que alguns requisitos devem ser observados: ocorrência de delito grave punido com reclusão ou reputado hediondo, medida requerida pelo *dominus litis* e ordenada por autoridade judicial, inexistência de risco à integridade corporal do sujeito passivo e afastamento da prática de atos humilhantes⁵⁴² – todos de acordo com os parâmetros determinados pela Corte Europeia de Direitos Humanos apontados na seção 2.2 desta dissertação.

Aury Lopes Júnior também aborda a questão e afirma que as intervenções corporais podem ser realizadas normalmente – uma vez que vigora o princípio da não taxatividade dos meios de prova no direito brasileiro – desde que haja consentimento do

⁵⁴⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*, p. 219-221.

⁵⁴¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 309-315.

⁵⁴² TOVIL, J. A proteção contra a auto-acusação compulsória aplicada à persecução penal, p. 269-270.

investigado/acusado⁵⁴³, caso contrário, far-se-ia letra morta a garantia de não produção de provas contra si mesmo. As seguintes palavras do autor traduzem esse entendimento:

[...] não concordamos, em nenhuma hipótese, com a extração compulsória de sangue, saliva, fios de cabelo etc., pois consideramos que o ponto nevrálgico da questão não está na proporcionalidade entre a prova obtida e o sofrimento ou constrangimento infligido ao sujeito passivo, mas sim na impossibilidade de restringir-se a garantia de não fazer prova contra si mesmo, em nenhum caso. Em jogo está a eficácia do direito de defesa negativo, da garantia do *nemo tenetur se detegere*, da presunção de inocência, da máxima eficácia do *in dubio pro reo* e de toda uma série de garantias que protegem o sujeito passivo e que não podem ser limitadas em nome, apenas, de uma suposta ‘proporcionalidade’.⁵⁴⁴

Porém, seguindo a linha de Joel Tovil, o autor reconhece a existência de corrente doutrinária contrária que defende a possibilidade de realização de intervenções corporais de forma compulsória. O autor concorda que na hipótese de prevalecer tal posição alguns requisitos devem ser observados a fim de se garantir um controle mínimo da medida, entre os quais o mais importante seria “a existência de uma norma processual prévia [...] que disponha [sobre] os casos e a forma como deve ser realizada a intervenção corporal”⁵⁴⁵.

Passando à análise doutrinária do tema especificamente aos olhos da Lei n. 12.654/2012, Aury Lopes Junior defende que o novo diploma trouxe a tal autorização legal necessária, ao menos no que tange à coleta de material biológico de investigados/acusados, para identificação criminal por exame de DNA, quando a medida for essencial à investigação. Isso porque, apesar de a lei não definir de maneira clara, “o fornecimento do material será feito de forma voluntária ou coercitiva” por ser esta medida força necessária para o cumprimento da ordem legal⁵⁴⁶. Em relação à previsão de identificação criminal obrigatória a condenados por crimes determinados apresentada pela nova lei de 2012, o autor também aceita a execução coercitiva da medida, mesmo à luz do princípio *nemo tenetur se detegere*, pois no caso de indivíduo condenado não há mais instrução processual em andamento; logo, não há mais prova a ser produzida e, portanto, não há incidência da garantia contra a autoincriminação, uma vez que tal ato – qual seja, a incriminação em si –

⁵⁴³ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. p. 349-350.

⁵⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Loc. Cit.*

⁵⁴⁵ Os demais requisitos apontados pelo autor para ocorrência de intervenção corporal coercitiva são: (i) decisão judicial fundamentada; (ii) o crime tem que ser considerado grave; (iii) existência de autoria determinada; (iv) a intervenção não pode implicar risco à saúde, sofrimento físico ou transtornos físico ou mental àquele submetido à medida; (v) *ultima ratio*: não pode haver outro meio menos danoso capaz de colher a prova desejada; (vi) o resultado não pode ser considerado prova absoluta; e (vii) se realizada em sede de investigação preliminar, deve seguir as garantias da prova antecipada. LOPES JUNIOR, Aury. *Ibid.*, p. 351.

⁵⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. Lei n. 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)?, p. 7.

já aconteceu⁵⁴⁷. Esse último posicionamento é seguido por outros autores, como Rafael Sauthier e Marcelo Feller⁵⁴⁸.

Thiago Ruiz, ao também analisar a possibilidade de colheita de DNA diretamente do corpo do investigado/acusado, tendo em vista a redação da Lei n. 12.654/2012, assinala que este diploma legal somente possibilitou a identificação genética do investigado/acusado que voluntariamente se submeter à medida, pois para que o exame pudesse ser realizado mesmo contra a sua vontade seria necessária “lei específica que discipline a matéria e delimite as restrições e os pressupostos para a realização desta espécie de prova pericial”, qual seja, a intervenção corporal coercitiva. Ainda assim, para o autor, tal previsão de coação direta seria inconstitucional, uma vez que (i) as intervenções corporais não podem ser realizadas sem o consentimento do sujeito passivo, (ii) a sua recusa em se submeter à medida não pode ser interpretada de maneira negativa, (iii) muito menos implicar assunção de culpa. Isso porque, o ônus da prova é da acusação e “não se pode impor a inversão da obrigação de provar em razão da ausência de colaboração do acusado”. No que tange ao princípio *nemo tenetur se detegere*, o doutrinador explica que “a recusa a se submeter ao exame genético amparado pela garantia a não autoincriminação nada mais é do que o exercício de um direito, não sendo razoável que alguém, albergado pelo uso de um direito constitucional, tenha, contra si, presunção de culpabilidade”⁵⁴⁹.

Vinícius Gomes de Vasconcelos acompanha a ideia de impossibilidade de extração compulsória de material genético do investigado/acusado, nos termos da Lei n. 12.654/2012, “tendo em vista a inexistência de previsão legal expressa autorizadora”. No entanto, vai além e defende que mesmo que houvesse tal previsão legal a medida não seria válida por “violação aos direitos à intimidade e à não autoincriminação”, tampouco poderiam “ser aceitas consequências negativas da recusa em cooperar do investigado, em prol da presunção de inocência e da distribuição da carga probatória à acusação”⁵⁵⁰.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Mohamad Ale Hassan Mahmoud alertam que a lei que regulamenta a identificação criminal – a qual teve a hipótese de identificação

⁵⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. Lei n. 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)?, p. 7.

⁵⁴⁸ SAUTHIER, Rafael. *A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12*, p. 99; FELLER, Marcelo. Lei n. 12.654/12: solução ou problema? *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, DF, v. 17, n. 389, p. 38-39, 2013.

⁵⁴⁹ RUIZ, Thiago. *A prova genética no processo penal*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 70-71.

⁵⁵⁰ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Novas tecnologias e antigos clamores punitivos na Justiça Criminal: considerações em busca de critérios para a utilização de exames genéticos no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v. 22, n. 110, 2014, p. 333.

por exame de tipagem genética introduzida pela Lei n. 12.654/2012 – utiliza o termo “sujeitar”; logo, as pessoas que se enquadrarem na hipótese de cabimento da medida poderiam ser forçadas a tanto, o que implicaria intervenção corporal coercitiva. Os autores, no entanto, discordam de tal possibilidade e lembram que “por mais que a atividade de polícia, tradicionalmente, seja empregada para justificar uma linha democrática para o exercício dos direitos fundamentais, é indispensável que se sublinhem os limites”, entre eles a garantia contra a autoincriminação do acusado⁵⁵¹. Nas palavras dos autores:

[...] entendemos que a existência de norma que venha ingressar no ordenamento jurídico tendente a forçar alguém a comparecer em laboratório, a fim de fornecer parte do seu corpo, macula o Texto Maior e compromissos internacionais assumidos. Note-se, no plano penal, ainda, a questão da presunção da inocência, blindada pelo *nemo tenetur se detegere*⁵⁵².

Mesmo em relação à obrigatoriedade da medida aos condenados por crimes violentos, imposta pela Lei n. 12.654/2012, os mesmos doutrinadores se manifestam pela sua inadmissibilidade, por conta do princípio da vedação ao retrocesso, uma vez que “em tempos de paz, sendo a privativa de liberdade a pena corporal mais rigorosa, não é viável, nesta quadra da evolução das instituições, retroceder para autorizar, ainda que a título de efeito da condenação, o avanço estatal sobre o organismo humano”⁵⁵³.

Rogério Greco até reconhece que a coleta de material genético de investigados/acusados, nos termos da Lei n. 12.654/2012, pode ser realizada contra a vontade do imputado, desde que utilizada somente para identificação criminal, vedada a sua utilização como prova em seu desfavor, sob pena de violação ao princípio contra a autoincriminação⁵⁵⁴. Ou seja, para ele, aos olhos do princípio *nemo tenetur se detegere*, não seria possível a prática de intervenções corporais coercitivas para coleta de elementos probatórios mesmo com base na nova lei, nem a extração de consequências negativas diante da recusa.

Percebe-se, assim, que a doutrina pátria não resiste à aceitação de intervenções corporais coercitivas diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, mesmo após a previsão da Lei n. 12.654/2012.

De maneira geral, uma parcela dos autores ora estudados defende visão mais abrangente da garantia contra a autoincriminação, de modo a alcançar todos os meios de

⁵⁵¹ MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei n. 12.654/2012 e os direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v. 20, n. 98, 2012, p. 346-347.

⁵⁵² MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Ibid.*, p. 350.

⁵⁵³ MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Ibid.*, p. 354-355.

⁵⁵⁴ GRECO, Rogério. Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, p. 32-33.

prova ou de obtenção de prova, independentemente de implicarem condutas ativas ou passivas do investigado/acusado. Logo, para esta corrente, não é possível a submissão forçada do sujeito passivo ao exame probatório tampouco se pode extrair qualquer consequência negativa de sua recusa em participar da medida. Outros autores seguem posição intermediária, no sentido de não autorizar a realização coercitiva das medidas probatórias, mas admitindo que se extraiam consequências negativas diante da recusa do investigado/acusado em se submeter ao exame. Especificamente no que tange às intervenções corporais, há a opinião de Maria Elizabeth Queijo, que considera que medidas não invasivas podem ser levadas a cabo mesmo contra a vontade do imputado. Joel Tovil defende a possibilidade de realização da medida coativa, ainda que invasiva, mas de acordo com determinados requisitos. Aury Lopes Júnior, mesmo pessoalmente contrário à ideia de se restringir o alcance do princípio *nemo tenetur se detegere* para possibilitar a prática de intervenções corporais coercitivas, também aponta requisitos a serem observados – em especial, a necessidade de previsão legal expressa – caso isso tenha de acontecer. E, para este doutrinador, a Lei n. 12.654/2012 supriu a necessidade legislativa, ao menos no que tange às intervenções corporais coercitivas para identificação criminal, por meio do exame genético, de investigados/acusados e condenados por crimes violentos.

Ainda, em relação à Lei n. 12.654/2012, a maioria⁵⁵⁵ das doutrinas aqui expostas contraria a visão de Aury Lopes Junior ao entender que a previsão do novo diploma legal não traduz autorização para submissão forçada do investigado/acusado à extração de material biológico para teste de DNA, seja porque não há previsão legal expressa neste sentido, seja porque incide o direito à não autoincriminação. Quando muito, alguns autores assentam que a garantia contra a autoincriminação somente não impossibilitaria a submissão forçada de condenados à medida porque após o trânsito em julgado da sentença condenatória não haveria mais produção probatória e, portanto, estaria afastado o direito do sujeito de não produzir provas contra si mesmo.

Embora não haja consenso e mesmo de acordo com a Lei n. 12.654/2012, nota-se que a posição doutrinária dominante é contrária à execução forçada das intervenções corporais diante da recusa do investigado/acusado e do condenado, especialmente nos casos de intervenções corporais invasivas, ainda que alguns doutrinadores defendam a

⁵⁵⁵ Maria Thereza de Assis Moura, Mohamad Ale Hasan Mahmoud, Thiago Ruiz, Vinícius Gomes de Vasconcelos e Rogério Greco.

possibilidade de que a sua recusa a se submeter à medida possa trazer-lhe consequência negativa.

3.2.4 Análise jurisprudencial sobre o tema

Constatada, então, a insuficiência legislativa e os diversos pontos levantados doutrinariamente sobre a abrangência (ou não) do princípio *nemo tenetur se detegere* às intervenções corporais coercitivas, inclusive diante da Lei n. 12.654/2012, será necessário verificar se a jurisprudência brasileira já se debruçou sobre o tema e, em caso positivo, analisar o entendimento alcançado e os argumentos que lhe dão suporte.

A linha adotada pelo nosso Supremo Tribunal Federal tem sido a de não admitir que o acusado seja obrigado a cooperar ativamente com as investigações. A título de exemplo, a Corte Suprema já reconheceu que o réu não está obrigado a fornecer padrões grafotécnicos⁵⁵⁶, nem vocais⁵⁵⁷. Decidiu também que a participação do acusado na reconstituição do crime é voluntária⁵⁵⁸ e que o direito ao silêncio é assegurado também nas Comissões Parlamentares de Inquérito⁵⁵⁹. Ainda, sustentou que não se pode extrair qualquer conclusão desfavorável do suspeito ou acusado que se recusar a fazer o exame de dosagem alcoólica⁵⁶⁰.

No recente e emblemático julgamento das Ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 395⁵⁶¹ e 444⁵⁶², o Supremo Tribunal Federal decidiu que é inconstitucional a condução coercitiva do investigado/acusado para interrogatórios.

⁵⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 77.135-8*. Rel. Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, 8 de setembro de 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77123>. Acesso em: 16 jul. 2018.

⁵⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 83.096-0*. Rel. Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 18 de novembro de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79246>. Acesso em: 16 jul. 2018.

⁵⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 69.026-2*. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 10 de dezembro de 1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71409>. Acesso em: 16 jul. 2018.

⁵⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 89.269-8*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski Brasília, DF, 21 de novembro de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=394996>. Acesso em: 16 jul. 2018.

⁵⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 93.916-3*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 10 de junho de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535925>. Acesso em: 16 jul. 2018.

⁵⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 395*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 de junho de 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4962368>. Acesso em: 16 jul. 2018.

Segundo o Ministro Celso de Mello, justifica a impossibilidade da medida, a clara “**inadmissibilidade** de o Poder Público **constranger** o indiciado **ou** acusado **a cooperar** na investigação penal dos fatos **e a produzir** provas **contra** si próprio [grifos do original]”⁵⁶³.

A Suprema Corte brasileira, como se pode perceber, tende a adotar uma posição garantista e protetiva em relação ao princípio *nemo tenetur se detegere* fulcrada no entendimento de que tanto o investigado quanto o acusado não têm obrigação de cooperar com as investigações⁵⁶⁴.

Partindo, então, dessa premissa, realizou-se pesquisa empírica nos sítios eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal – ou seja, a pesquisa se restringirá à análise somente de julgados dos Tribunais Superiores pátrios – para avaliar se estas Cortes, além dos citados meios de produção e/ou de obtenção de prova, que exigem um cooperar ativo do investigado/acusado, já analisaram casos ligados à cooperação passiva, no que tange especificamente às intervenções corporais coercitivas, à luz da garantia contra a autoincriminação. Registre-se, ainda, que os julgados serão classificados por Corte julgadora e, assim como se procedeu em relação aos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos, serão expostos em ordem cronológica, de modo que se possa avaliar a evolução do entendimento de ambos os Tribunais Superiores.

⁵⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 444*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 de junho de 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5149497>. Acesso em: 16 jul. 2018.

⁵⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 395*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 de junho de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340212844&ext=.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

⁵⁶⁴ Ao longo de seu voto proferido no julgamento da citada ADPF 395, o Ministro Celso de Mello reconheceu essa posição garantista e protetiva do Supremo Tribunal Federal: “A prerrogativa contra a autoincriminação, tal como tem sido compreendida pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 99.289/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), reveste-se de conteúdo abrangente, por envolver, em seu âmbito de proteção, sempre em favor daquele que sofre a persecução penal, entre outras faculdades jurídicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser tratado, pelos agentes do Estado, como se culpado fosse, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), (c) de recusar-se a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica (RTJ 141/512), tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal (HC 69.026/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – HC 83.096/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RHC 64.354/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, v.g.) e (d) de não ser obrigado a cooperar na investigação penal dos fatos (HC 83.943/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 89.503/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO – HC 99.289/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 395*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 de junho de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340212844&ext=.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

De plano, é importante registrar que na pesquisa realizada nos sítios eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal foram utilizados os seguintes termos de pesquisa: “DNA”, “autoincriminação”, “*nemo tenetur*”, “*nemo tenetur se detegere*”, “intervenção corporal”, “material genético”, “urina”, “sangue”, “extração sangue”, “coleta sangue”, “exame sangue”, “saliva” e “exame ginecológico”.

Muitos dos casos encontrados abordavam o princípio *nemo tenetur se detegere* de maneira genérica ou em relação a outros meios de prova/produção de prova – como, por exemplo, interrogatório, participação do suspeito no reconhecimento ou na acareação, fornecimento de padrões grafotécnicos e vocais – alheios às intervenções corporais, motivo pelo qual não serão aqui apresentados. Outros casos, apesar de tratarem do tema objeto do presente trabalho, não chegam à análise de mérito por esbarrarem em erros formais, motivo pelo qual também não serão estudados.

Na sequência, apresentamos os julgados úteis à análise ora pretendida, em ordem cronológica⁵⁶⁵.

3.2.4.1 Julgados do Superior Tribunal de Justiça

Nos Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 5.316 (2004)⁵⁶⁶, o recorrente teve decretada contra si prisão preventiva sob o argumento de que sua recusa em fornecer material corpóreo para análise de DNA teria colocado em risco a instrução criminal. Ao analisar a questão, ainda que superficialmente, o Superior Tribunal de Justiça afirmou que o Brasil segue o princípio *nemo tenetur se detegere*, tendo em vista o artigo 8º, §2º, “g”, da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e o artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal. Esse princípio, alinhado ao paradigma do Estado Democrático de Direito, determina que ninguém pode “ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, seja em âmbito processual, administrativo ou qualquer outro, que tenha a possibilidade de trazer-lhe prejuízo na seara criminal”, incluindo-se, aqui, a submissão a exames periciais para extração de amostras de DNA. Logo, percebe-se que o Tribunal

⁵⁶⁵ Com o objetivo de facilitar o entendimento cronológico dos julgados aqui colacionados, serão sempre destacadas entre parênteses, logo após o número do recurso/ação, o ano das respectivas decisões.

⁵⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *RHC 15.316*. Rel. Min. Paulo Medina. Brasília, DF, 13 de abril de 2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200302074057&dt_publicacao=16/08/2004. Acesso em: 16 jul. 2018.

afastou a possibilidade de extrair consequências negativas – no caso, a prisão preventiva –, em face de investigado que se recusa a se submeter a exame de DNA.

No Recurso em Mandado de Segurança 18.017 (2006)⁵⁶⁷, o Superior Tribunal de Justiça, no bojo de processo administrativo disciplinar, decidiu que servidor público não poderia ser coagido a se submeter, contra a sua vontade, à coleta de sangue para comprovar embriaguez no serviço porque isso violaria o princípio *nemo tenetur se detegere*. Destacou que “ocorre vício formal no processo administrativo disciplinar, por cerceamento de defesa, quando o servidor é obrigado a fazer prova contra si mesmo, implicando a possibilidade de invalidação da penalidade aplicada pelo Poder Judiciário”.

No *Habeas Corpus* 149.146 (2011)⁵⁶⁸, o paciente alegou ter sido submetido pela autoridade policial, após ser preso em flagrante, a exames de raio-x contra a sua vontade a fim de se comprovar a ingestão de cápsulas de entorpecentes – as quais foram retiradas de seu organismo e acabaram servindo, após a instrução processual, de base para sua condenação pela prática do crime de tráfico de drogas. Ao analisar a questão, o Superior Tribunal de Justiça – apesar de reconhecer que a Constituição Federal consagra o princípio de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo – entendeu que a medida não viola o princípio *nemo tenetur se detegere* porque não restou caracterizado abuso por parte dos policiais na obtenção da prova. Pelo contrário, uma vez que o suspeito confessou a prática de tráfico de entorpecentes, assumiu postura colaborativa com as investigações. O Tribunal Superior entendeu também que o exame para constatação da droga e a posterior intervenção para retirada da substância do organismo do paciente tiveram caráter humanitário, “verdadeira intervenção estatal em favor da integridade física e, mais ainda, da vida, bens jurídicos estes largamente tutelados pelo ordenamento jurídico”. Por fim, ressaltou que a “submissão aos mencionados exames de raios-x não exigiu qualquer agir, fazer, por parte dos pacientes, tampouco constituiu procedimento invasivo ou até mesmo degradante que pudesse violar seus direitos fundamentais”. Logo, por todos esses motivos, considerou que a medida não violou o princípio *nemo tenetur se detegere*.

⁵⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *RMS 18.017*. Rel. Min. Paulo Medina. Brasília, DF, 9 de fevereiro de 2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroeor/?num_registro=200400378581&dt_publicacao=02/05/2006. Acesso em: 16 jul. 2018.

⁵⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *HC 149.146*. Rel. Min. Og Fernandes. Brasília, DF, 5 de abril de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroeor/?num_registro=200901918430&dt_publicacao=19/04/2011. Acesso em: 17 jul. 2018.

Nos termos da pesquisa realizada, no julgado do parágrafo anterior, observou-se pela primeira vez manifestação do Superior Tribunal de Justiça autorizando a realização de medida de obtenção de prova relacionada à intervenção corporal contra a vontade do acusado. Esse precedente também é relevante porque a Corte indicou, *a contrario sensu*, que a intervenção não poderia ser autorizada se exigisse um agir/fazer por parte do imputado ou então constituísse procedimento invasivo.

Casos praticamente idênticos voltaram a ser analisados pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do *Habeas Corpus* 159.108 (2011)⁵⁶⁹, do *Habeas Corpus* 247.763 (2012)⁵⁷⁰ e do Recurso Ordinário Constitucional 35.801 (2013)⁵⁷¹. Em todas as oportunidades, o Tribunal confirmou o quanto já havia decidido no julgamento do *Habeas Corpus* 149.146, anteriormente citado.

No Recurso Especial 1.111.566 (2012)⁵⁷², o Superior Tribunal de Justiça equiparou o teste do bafômetro à extração compulsória de sangue para teste de alcoolemia – mesmo o primeiro sendo considerado cooperação ativa e o segundo somente cooperação passiva do investigado com a investigação – ao reconhecer que “o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*)”.

Percebe-se, assim, que o Superior Tribunal de Justiça – apesar da decisão pontual que confirmou a possibilidade de o acusado se submeter a testes de raio-x para comprovação do delito de tráfico de drogas – no ano seguinte já não autorizou, no supramencionado recurso, a realização de intervenções corporais coercitivas – no caso, o exame de sangue – porque isso feriria a garantia contra a autoincriminação. A

⁵⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *H C n. 159.108* - SP (2010/0003699-0). Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 11 de outubro de 2011. Publicação Dje 19.10.2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000036990&dt_publicacao=19/10/2011. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁵⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *H C n. 247.763* - DF (2012/0138166-0). Relatora Ministra Marilza Maynard (Des. Convocada do TJ/SE). Brasília, DF, 20 de novembro de 2012. Publicação DJE 23.11.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201381660&dt_publicacao=23/11/2012. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁵⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em H C n. 35.801* - SP (2013/0053638-6. Relator Min. Jorge Mussi. Brasília, DF, 8 de outubro de 2013. Publicação Dje 16.10.2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300536386&dt_publicacao=16/10/2013. Acesso em: 15 jul. 2018..

⁵⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). *RESP 1.111.566*. Rel. Des. Convocado Adilson Vieira Macabu. Brasília, DF, 28 de março de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900250862&dt_publicacao=04/09/2012. Acesso em: 16 jul. 2018.

argumentação utilizada pela Corte Superior, no entanto, é bastante genérica e superficial, não trazendo maiores explicações sobre o assunto.

No Agravo em Recurso Especial 627.455 (2014)⁵⁷³, em caso de investigação de paternidade, diante da recusa de uma das partes em fornecer material biológico para exame de DNA, o Superior Tribunal de Justiça decidiu aplicar o teor da Súmula/STJ 301, segundo a qual “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz a presunção *juris tantum* de paternidade”. Aqui, destacou que tal entendimento sumular se aplica sempre “que a parte, seja o investigado ou demais herdeiros consanguíneos, recusar-se, injustificadamente, à realização do exame genético” porque há, nesses casos, “presunção de paternidade”. Este julgado, como se vê, aborda investigação de paternidade e, portanto, não diz respeito diretamente ao direito penal nem ao processual penal, mas sim à seara do direito civil, cujas regras e previsões legais são diferentes. No entanto, julgou-se interessante trazer à baila este feito no presente trabalho a título de curiosidade, uma vez que não há muitos no âmbito criminal.

Finalmente, no *Habeas Corpus* 354.068 (2018)⁵⁷⁴, retrata-se caso no qual o sujeito, investigado pela prática de homicídio, recusou-se a ceder material genético para exame de DNA, quando indagado pela autoridade policial. Não obstante, a polícia recolheu copo e colher plásticos utilizados por ele no interior da unidade de custódia, permitindo, com isso, a extração do material corpóreo necessário para a realização do exame genético, o qual acabou sendo utilizado como prova para a sua condenação. Alegou-se violação ao direito à intimidade e ao direito à não autoincriminação, uma vez que o paciente havia inicialmente recusado a se submeter ao exame. O Ministro Relator, Reynaldo Soares da Fonseca, acerca da suposta violação do princípio *nemo tenetur se detegere*, assim se pronunciou quando do julgamento:

[...] ressei das decisões, em que pese a não concordância do paciente na coleta de material biológico (e-STJ fls. 1662 e 1667/1668), que o exame do DNA é permitido mesmo sem o seu consentimento quando o objeto investigado (saliva) já está fora de seu corpo e foi abandonado por seu titular, ou seja, o que não se permite é o recolhimento do material genético à força (violência moral ou física),

⁵⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AResp* 627.455 – SP 2014 / 0301390-6. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, 20 de junho de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/592023171/agravo-em-recurso-especial-aresp-627455-sp-2014-0301390-6>. Acesso em: 16 jul. 2018.

⁵⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC* 354.068 - MG (2016/0103028-0). Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, [s.d.]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=80527056&num_registro=201601030280&data=20180321&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 8 jul. 2019.

o que não ocorreu na espécie, em que o copo e a colher de plásticos utilizados pelo paciente já haviam sido descartados.⁵⁷⁵

O objeto do *habeas corpus* em comento não versou precisamente sobre a possibilidade (ou não) de se procederem a intervenções corporais coercitivas à luz do princípio *nemo tenetur se detegere*, mas sim sobre a possibilidade de colheita de material corporal para fins de exame de DNA, já fora do corpo do suspeito e/ou por ele abandonado – o que restou reconhecido como legal e de acordo com o princípio contra a autoincriminação. Não obstante, ao final do acórdão, reconheceu-se que se a hipótese fosse de recolhimento de material genético à força, ou seja, contra a vontade do investigado, diretamente de seu corpo, isso não seria possível, por força do direito de não produzir provas contra si mesmo.

Na análise dos julgados retromencionados, percebe-se uma posição garantista e protetiva do Superior Tribunal de Justiça em relação à abrangência do princípio *nemo tenetur se detegere* às intervenções corporais coercitivas. Embora não haja julgado tratando a questão de maneira aprofundada e direta na seara processual penal, a Corte Superior, sempre à luz da garantia contra a autoincriminação: (i) decidiu que não se pode extrair consequências negativas da recusa do agente em se submeter a exame de DNA⁵⁷⁶; (ii) em processo administrativo disciplinar, vedou a coação de funcionário à coleta de sangue para comprovar embriaguez no trabalho; (iii) não autorizou a extração compulsória de sangue de condutor de veículo automotor na tentativa de atestar embriaguez ao volante, equiparando, inclusive, para incidência da garantia contra a autoincriminação, o teste do etilômetro (conduta ativa) à intervenção corporal (conduta passiva); e (iv) no mais recente julgado, autorizou a execução de exame pericial contra a vontade do sujeito, somente em material biológico desintegrado de seu corpo, impossibilitando, expressamente, a prática do procedimento mediante coação física ou moral.

O único julgado que autorizou a realização de intervenção corporal coercitiva, relativizando o direito do investigado de não produzir provas contra si mesmo, é o *Habeas Corpus* 149.146. A Corte Superior, na decisão deste caso, baseou-se na necessidade de salvaguardar a vida e no caráter humanitário dos exames para detecção de substâncias

⁵⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 354.068 - MG (2016/0103028-0)*. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, [s.d.]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=80527056&num_registro=201601030280&data=20180321&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 8 jul. 2019.

⁵⁷⁶ Somente em caso de investigação de paternidade, no direito civil, o Tribunal Superior admitiu a valoração negativa da recusa da parte em se submeter à extração de material biológico, para exame de DNA.

entorpecentes no organismo de suspeito de ter praticado o crime de tráfico de drogas, mesmo contra a sua vontade – argumentos estes pontuais e específicos, e que, portanto, não parecem ter força para afastar o caráter garantista e protetivo do Superior Tribunal de Justiça em relação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, a ponto de possibilitar a execução de intervenções corporais coercitivas.

3.2.4.2 Julgados do Supremo Tribunal Federal

Finalizada a análise dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, faz-se necessário conhecer como o Supremo Tribunal Federal vem posicionando-se sobre o tema ao longo dos anos.

A circunstância de haver poucos julgados que abordam diretamente as intervenções corporais coercitivas e sua relação com o princípio *nemo tenetur se detegere* no âmbito do direito penal ou do processual penal norteou a opção de analisar alguns julgados que abordaram a questão, de maneira indireta ou colateral, mesmo que em outras esferas do direito, a título de exemplo e para subsidiar eventual estudo por analogia.

(a) Julgados envolvendo testes de paternidade

No *Habeas Corpus* 71.373 (1994)⁵⁷⁷, o paciente se recusou a realizar exame de DNA no bojo de uma investigação de paternidade. A juíza de Primeiro Grau, no entanto, ao analisar o feito, decidiu que o suposto pai teria, sim, de se submeter ao fornecimento compulsório de sangue para perícia, sob pena de condução coercitiva – o que foi mantido em Segunda Instância. A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, o qual, por maioria⁵⁷⁸, decidiu que a medida imposta seria ilegal por se tratar de ameaça de coação e porque não haveria interesse público envolvido apto a justificar a superação dos princípios da legalidade, da intimidade, vida privada e honra, e da dignidade da pessoa humana. Neste

⁵⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 71.373-4*. Rel. Min. Paulo Brossard. Brasília, DF, 16 de setembro de 1994. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066. Acesso em: 16 jul. 2018. Nesse mesmo sentido, ver também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 76.060*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76405>. Acesso em: 16 jul. 2018.

⁵⁷⁸ O voto divergente defendeu, por outro lado, que o interesse moral do investigador é muito mais relevante que o sacrifício imposto à integridade física do réu.

caso, não foi invocado o princípio *nemo tenetur se detegere*, no entanto, a Suprema Corte decidiu pela impossibilidade de intervenção corporal compulsória para coleta de material biológico para exame de paternidade, mediante análise de DNA.

No *Habeas Corpus* 76.060 (1998)⁵⁷⁹, o paciente foi presumido pai de menor nascida na constância de seu casamento. Em ação ordinária de reconhecimento de filiação, foi ordenada sua submissão a exame de DNA, mas se recusou e impetrou *habeas corpus* para livrar-se do constrangimento. No Supremo Tribunal Federal, a liminar foi deferida. Ao analisar o mérito, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence, citando o julgamento do *Habeas Corpus* 71.373, defendeu a mudança do posicionamento anterior, no sentido de possibilitar a condução forçada do investigado à colheita hemética para pesquisa de DNA, pois isso implica “reduzidíssima invasão à sua integridade física –, em atenção à prevalência que emprestamos ao ‘direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética’ ou seja, ‘a sua real (e não presumida) identidade’”⁵⁸⁰. Não obstante, no caso concreto, entendeu que já havia outros elementos de prova aptos a demonstrar a paternidade pleiteada, motivo pelo qual a submissão forçada do sujeito passivo à colheita de material biológico, naquela hipótese, seria desnecessária. Percebe-se que, neste julgado, apesar de ao final o Ministro Relator acabar vedando o exame de DNA compulsório do suposto pai, inverteu-se o posicionamento anteriormente trazido no citado HC 71.373, para defender que, na hipótese de a medida se mostrar necessária à produção de prova sobre paternidade, poderá ser determinada e executada coercitivamente, pois minimamente invasiva, tendo em vista a prevalência do direito da pessoa de conhecer a sua origem genética.

Na Reclamação 2040 (2002)⁵⁸¹, havia suspeita de que a reclamante – mulher submetida a processo de extradição – teria sido estuprada por autoridade policial enquanto

⁵⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 76.060-4*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 31 de março de 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76405>. Acesso em: 9 jul. 2019.

⁵⁸⁰ Adiante, o Ministro Relator explica que “não obstante o respeito à maioria formada no HC 71.313 e o domínio do seu entendimento no direito comparado, ainda não me animo a abandonar a corrente minoritária no sentido – explícito no meu voto vencido – de que não se pode opor o mínimo ou – para usar da expressão do eminente Ministro Relator – o risível sacrifício à inviolabilidade corporal (decorrente da ‘simples espetadela’, a que alude o voto condutor do em. Ministro Marco Aurélio) – ‘à eminência dos interesses constitucionalmente tutelados à investigação da própria paternidade’”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 76.060-4*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 31 de março de 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76405>. Acesso em: 9 jul. 2019.

⁵⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Rcl 2040/DF*. Rel. Min. Néri da Silva. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2002. Disponível em: [http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+2040%](http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+2040%24%2E)

estava presa. Poucos dias antes de dar à luz a seu filho, a reclamante tomou conhecimento de que, no parto, as autoridades persecutórias pretendiam colher material genético do líquido amniótico para que, contra a sua vontade, fosse realizado exame de DNA com o fim de descobrir a paternidade do bebê e, com isso, elucidar se o pai seria algum dos policiais ou delegados suspeitos. Diante disso, a mulher apresentou Reclamação ao Supremo Tribunal Federal requerendo que a coleta de qualquer material genético de seu corpo ou de seu filho – antes, durante ou depois do parto – somente poderia ser realizada com a sua expressa autorização.

Ao analisar a questão, o Plenário da Suprema Corte decidiu, por maioria, que o interesse público nesse caso deveria prevalecer em relação aos interesses individuais da reclamante, a fim de comprovar se o pai seria funcionário público da Polícia Federal. Segundo o Ministro Maurício Correa: “Opondo-se aos direitos fundamentais da reclamante existem os direitos fundamentais dos 60 agentes que têm seus direitos também afetados porque estão sob suspeita”. E, segundo o Ministro Carlos Veloso: “Imagem e honra da Polícia Federal estariam abaladas com as declarações feitas pela cantora Glória Trevi, sem falar da exposição a que ficaram submetidas todas as instituições nacionais e o próprio país”. Por fim, afastou-se o pleito da reclamante para deferir a execução compulsória do exame, mas se determinou que fosse realizado a partir de material biológico colhido da placenta da mãe, quando já tivesse sido descolada de seu corpo.

Nesse caso concreto, o Supremo Tribunal Federal autorizou a coleta de material biológico para exame de DNA, ainda que contra a vontade da mulher – exame este destinado a teste de paternidade, mas que poderia ser também utilizado em inquérito policial, a fim de apurar eventual crime de estupro. Não obstante, vedou-se que a coleta do material fosse realizada por meio de intervenção corporal, autorizando-se, tão somente, que o procedimento fosse realizado em parte do corpo desintegrada (a placenta). De maneira inversa, é possível concluir que, caso a medida envolvesse coleta do líquido amniótico – que implica intervenção corporal e foi inicialmente proposta, no caso – não seria autorizada pela Suprema Corte.

No Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 95.183 (2008)⁵⁸², sobre investigação de paternidade, a Ministra Relatora Carmen Lúcia assentou que a “jurisprudência do Supremo Tribunal Federal repudia a determinação compulsória ou condução coercitiva ao fornecimento de material genético” e, com isso, deu provimento ao recurso para que a recorrente não fosse obrigada a se submeter à produção de prova de DNA. Logo, o Supremo Tribunal, apesar de não mencionar o princípio *nemo tenetur se detegere* e com base em argumentação singela, expressamente repudiou a prática compulsória de intervenção corporal para coleta de material genético em casos de investigação de paternidade.

No Recurso Extraordinário 363.889 (2011)⁵⁸³, em 1996, a recorrente, na condição de mãe de menor, propôs ação de reconhecimento de paternidade e requereu a realização de exame de DNA, mas o pai se recusou a realizar o teste sob o argumento de que nem ele nem o Estado tinham condições de arcar com os custos respectivos. Após a edição de lei obrigando o Estado a custear exames de DNA para comprovação de paternidade para os beneficiários da justiça gratuita, o suposto filho, já maior de idade, entrou com ação reivindicando a submissão do pai ao teste. Em 02.06.2011, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a dignidade da pessoa humana do pai não se sobrepõe – diante de procedimento tão simples e indolor como a extração de material biológico para análise genética – ao exercício “do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem como o princípio da paternidade responsável”. No julgamento desse recurso, a Suprema Corte contrariou decisão emanada em caso anterior (já citado) e defendeu a possibilidade de submissão forçada do pai ao exame de DNA, tendo em vista a prevalência do direito à busca da identidade genética do filho.

No Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 776.097 (2012)⁵⁸⁴, o Supremo Tribunal Federal analisou caso no qual o suposto pai biológico da criança se recusou a se

⁵⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *RHC 95.183*. Rel. Min. Carmen Lúcia. Brasília, DF, 9 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630032>. Acesso em: 16 jul. 2019.

⁵⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *RE 363.889*. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 2 de junho de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>. Acesso em: 31 jul. 2019.

⁵⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *AI 776.097*. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 24 de abril de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2019104>. Acesso em: 16 jul. 2018.

submeter a exame de DNA para comprovação da paternidade. Na oportunidade, a Suprema Corte decidiu que a recusa implica “presunção relativa” da paternidade. Ou seja, nesse caso concreto, o magistrado não determinou a submissão forçada do agente à medida – como defendido e repudiado em julgados anteriores –, mas equiparou a recusa do pai em participar de exame de DNA à prova biológica que seria produzida, afirmando que tal ato implica presunção relativa de paternidade. De acordo com o resultado da pesquisa realizada no presente trabalho, esta foi a primeira vez que o Supremo reconheceu que a recusa do agente em se submeter ao teste de DNA implica “presunção de paternidade” – este entendimento, como apontado anteriormente, também foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, culminando, inclusive, na edição da Súmula 301/STJ.

Finalmente, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.131.409 (2018)⁵⁸⁵, um homem se recusou a realizar o exame de DNA para teste de paternidade, o que acabou utilizado, pelo juízo de piso, em conjunto com outros elementos de prova acostados aos autos, como indício da paternidade alegada. O indivíduo recorreu com fundamento no princípio *nemo tenetur se detegere*, “de onde se extrai que não pode haver obrigação de fazer (produzir prova) na hipótese de que esta obrigação venha a causar eventual prejuízo ao mesmo”. Ao analisar o pleito, o Supremo Tribunal Federal confirmou entendimento do Tribunal de Segundo Grau de que havia nos autos prova documental e testemunhal indicando ser o recorrente o pai biológico e que seu comportamento processual – recusa em se submeter à coleta de material corporal para exame genético – constitui valioso elemento de prova. Ou seja, mais uma vez a Corte Suprema atestou que em casos de investigação de paternidade a recusa do agente em se submeter ao exame – e se corroborada pelos demais elementos de prova acostados ao feito – equivale à prova que seria produzida, exprimindo, portanto, um valioso elemento de prova para a presunção de paternidade.

⁵⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *ARE 1.131.409*. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 31 de agosto de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748213038>. Acesso em: 31 jul. 2019.

(b) Julgados relacionados ao direito penal

No *Habeas Corpus* 96.219 (2008)⁵⁸⁶, o Ministro Celso de Mello afirmou que o réu não está obrigado a produzir elementos de convicção contra si mesmo e que pode recusar-se a participar – ativa ou passivamente – de procedimentos probatórios. O julgador não citou as intervenções corporais coercitivas, mas este julgado é relevante porque equiparou, de maneira geral, as condutas ativas e passivas, defendendo que ambas estão protegidas pela garantia contra a autoincriminação.

No *Habeas Corpus* 134.027 (2016)⁵⁸⁷, os impetrantes alegaram violação ao princípio *nemo tenetur se detegere* tendo em vista a realização de exame pericial, contra a vontade, em material corporal do paciente a partir de utensílios por ele descartados (copos e talheres) enquanto estava recolhido em estabelecimento prisional. Ao analisar monocraticamente o quanto arguido, o Ministro Edson Fachin decidiu que tal situação não ultraja a garantia contra a autoincriminação, como se extrai no seguinte excerto do respectivo julgado:

Não se discute, por óbvio, a envergadura e a densidade da garantia contra a autoincriminação, decorrência do estado de inocência presumida do cidadão que, por sua vez, atribui o ônus probatório de materialidade e autoria ao titular da ação penal.

Nessa linha, considerando que esse ônus probatório incumbe à acusação, a Convenção Americana de Direitos Humanos, ao estabelecer garantias judiciais mínimas ao indivíduo, assegura a qualquer pessoa o ‘direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada’. Daí a impossibilidade de constranger o acusado a praticar conduta que, sob o prisma probatório, lhe seja potencialmente prejudicial, sob pena de indevida inversão substancial do ônus da prova.

Todavia, isso não significa, por óbvio, que as provas a serem produzidas, invariavelmente, pressuponham concordância do acusado. O princípio *nemo tenetur se detegere*, em verdade, deve ser compreendido à luz da vedação de imposição ao acusado de **condutas ativas** que contribuam para os anseios processuais da acusação.

Esse cenário não exclui a legítima possibilidade de que **as forças persecutórias, de forma não invasiva, colham as provas reputadas convenientes e associadas ao investigado** [...].

⁵⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 96.219 MC / SP*. Medida Cautelas no HC. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 9 de outubro de 2008. DJe 15/10/2008. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+96219%2E+NUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/lbo4hz5>. Acesso em: 18 dez. 2019.

⁵⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 134.027*. Rel. Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 13 de abril de 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28134027%2E+NUME%2E+OU+134027%2E+DMS%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y6262hny>. Acesso em: 31 jul. 2019.

De tal modo, a realização de exame pericial em objetos pessoais do investigado, **sem que se exija colaboração ativa do alvo da apuração, notadamente o fornecimento de material genético para a específica finalidade probatória**, não ultraja, por si só, a garantia contra a autoincriminação.

É claro que essa consequência não será reconhecida na hipótese em que a acusação impuser ao acusado, com a finalidade de obter provas, o depósito de material genético em objetos pessoais, hipótese em que se estaria exigindo fornecimento de provas e, portanto, colaboração ativa [Grifo nosso]⁵⁸⁸.

Da análise desse julgado, extraem-se as seguintes conclusões: (i) contrariando o julgamento anterior, entendeu-se que o princípio *nemo tenetur se detegere* só se aplica às condutas ativas do acusado na produção de provas – o que excluiriam as intervenções corporais e, portanto, autorizaria a sua realizada de forma coercitiva; (ii) caso o investigado tenha de fornecer diretamente material corporal para perícia, há violação à garantia contra a autoincriminação, pois caracteriza “conduta ativa” do suspeito; no entanto, (iii) caso o material seja obtido separadamente do corpo do arguido, em objetos por ele descartados, não há violação à garantia em questão.

Apesar de o ministro, em tese, excluir do alcance do princípio *nemo tenetur se detegere* os meios de prova ou obtenção de prova que impliquem somente um tolerar passivo do sujeito passivo ao afirmar que a garantia se atrela às condutas ativas, não trata expressamente das intervenções corporais coercitivas. Ainda assim, em observância à garantia contra a autoincriminação, defende a legitimidade das forças persecutórias exclusivamente nos casos em que a coleta da prova contra a vontade do investigado/acusado seja feita de forma não invasiva – o que afastaria a possibilidade de execução de intervenções corporais coercitivas e só autorizaria a análise de exames realizados em materiais biológicos já desintegrados do corpo do investigado.

No Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 131.133 (2017)⁵⁸⁹, o paciente foi condenado pela prática de atentado violento ao pudor e, entre outras provas utilizadas para embasar a condenação, apontou-se a sua recusa em realizar exame de DNA para comprovação da autoria delitiva por meio de comparação genética com o esperma encontrado na bermuda da vítima.

⁵⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 134.027*. Rel. Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 13 de abril de 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28134027%2E+OU+134027%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y6262hny>. Acesso em: 31 jul. 2019.

⁵⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *RHC 131.133 SP*. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 10 de outubro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14340311>. Acesso em: 9 jul. 2019.

estudado na seção anterior. O Ministro Relator, Alexandre de Moraes, em decisão monocrática proferida em 05.02.2019, confirmou entendimento do Tribunal *a quo* no sentido de que não há afronta ao princípio *nemo tenetur se detegere* se o material genético do investigado foi extraído, ainda que contra a sua vontade, de utensílios por ele descartados, ou seja, sem qualquer cooperação ativa de sua parte ou intervenção em seu corpo. Neste julgado, o relator foi além e defendeu que a obtenção de perfil genético mesmo de maneira forçada é sempre possível desde que mediante técnica absolutamente indolor, dando a entender, portanto, que se a intervenção corporal coercitiva para coleta de material biológico for absolutamente indolor poderá ser realizada e isso não fere a garantia contra a autoincriminação. Na sequência, o julgador, como abordado no Capítulo 2, destaca que:

[...] doutrina e jurisprudência alienígenas, tais como a alemã, a estadunidense, a portuguesa, a italiana, e a espanhola, vêm sustentando, com fundamento nas respectivas legislações, a admissibilidade de se compelir o acusado a cooperar, passivamente, com a coleta da prova, sem que haja qualquer ofensa à garantia contra a autoincriminação. [...] Nesse sentido, legitimam-se, *verbi gratia*: as intervenções corporais coercitivas realizadas para a coleta de material genético como sangue, tecido ou urina, para ulterior perícia⁵⁹².

A decisão em comento, ainda que não explicitamente, indica que a coleta de material biológico mediante intervenção corporal coercitiva, desde que aplicada técnica absolutamente indolor, conforme defende a doutrina e a jurisprudência estrangeiras, pode ser admitida. No entanto, ressalva que para tal propósito haveria necessidade de respaldo da legislação pátria. Ou seja, o Ministro Relator, apesar de reconhecer a tendência estrangeira de autorizar intervenções corporais coercitivas, desde que indolores, à luz do direito à não autoincriminação, reconhece que no Brasil isso não pode ocorrer, pois não há previsão legal autorizando a medida, sendo a única possibilidade, então, a coleta forçada de material corporal desintegrado do corpo do sujeito passivo.

Com base na exposição de todos esses julgados, pode-se dizer que a aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* às intervenções corporais coercitivas não foi direta nem profundamente analisada pelo Supremo Tribunal Federal. A maioria dos julgados trata de investigação de paternidade que, apesar de abordar o assunto, não diz respeito a direito

+OU+155364%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y58fz4la. Acesso em: 9 jul. 2019.

⁵⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 155364 / MG*. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2019. DJe-026 DIVULG 08/02/2019 PUBLIC 11/02/2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28155364%2ENUMER%2E+OU+155364%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y58fz4la>. Acesso em: 9 jul. 2019.

penal ou processual penal, mas sim a direito civil. Ainda, é possível concluir que, nesta seara, durante muitos anos, a Suprema Corte não apresentou posicionamento unânime ou pacífico, pois, mesmo sem fazer menção expressa ao princípio *nemo tenetur se detegere*, (i) em alguns julgados defendia a possibilidade de submissão forçada do agente à coleta de material corporal para teste de DNA em hipótese de investigação de paternidade, sob os argumentos de referido exame ser minimamente invasivo e de prevalência do direito da pessoa de conhecer a sua origem genética; (ii) em outros casos, afastou tal conclusão atestando ser incabível a realização coercitiva da medida. Nesses julgados, apesar de o tema tratado englobar as intervenções corporais coercitivas, a argumentação não faz menção à garantia contra a autoincriminação.

Em 2012, com o julgamento do Agravo de Instrumento 776.097, a possibilidade de submissão forçada do sujeito passivo à coleta de material corporal para análise genética foi afastada, defendendo-se, em contrapartida, que a recusa seja valorada em seu desfavor, gerando uma presunção de paternidade, como atualmente é também defendido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Diante do entendimento jurisprudencial, é possível concluir que no âmbito de investigações de paternidade, no presente a nossa Suprema Corte não defende a realização de intervenções corporais coercitivas – tanto que recentemente o princípio *nemo tenetur se detegere* foi citado nesse sentido, nos autos do já mencionado Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.131.409 –, mas autoriza a extração de conclusões em desfavor do réu diante de sua recusa.

Em sede de direito criminal, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu, no *Habeas Corpus* 131.133, que a recusa do investigado em se submeter à intervenção corporal para extração de material biológico para exame pericial não pode ser valorada em seu desfavor nem pode equivaler a indício de autoria delitiva.

No que tange à possibilidade de execução coercitiva das intervenções corporais, em algumas oportunidades somente tratadas em sede de decisões monocráticas, os julgados demonstram que só seria possível, nos termos da garantia contra a autoincriminação, nos casos em que o material biológico já se encontre desintegrado do corpo humano, uma vez que isso não implicaria violência física ou moral contra o sujeito passivo, nem intervenção invasiva, tampouco exigiria a sua colaboração ativa na produção probatória. Tal conclusão afasta, portanto, a possibilidade de coação direta para forçar a extração de elemento

probatório do corpo do investigado/acusado, à luz do princípio *nemo tenetur se detegere*, de acordo com os precedentes analisados do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Alexandre de Moraes, vale lembrar, em recente decisão monocrática proferida no *Habeas Corpus* 155.364, implicitamente indicou que tais intervenções corporais, mesmo à força, contra a vontade do imputado, se realizadas por método absolutamente indolor, poderiam ser aceitas na esteira do que defendem a doutrina e a jurisprudência estrangeiras, mas ressaltou que, para tanto, haveria necessidade de previsão legal expressa – confirmando que, assim como defendido pela doutrina pátria analisada nas seções anteriores, a Lei n. 12.654/2012, a qual já estava em vigor quando prolatou tal decisão, não é suficiente para dar suporte à autorização da medida coercitiva no âmbito processual penal pátrio, uma vez que não regulamenta a utilização de coação direta no caso de recusa do sujeito passivo.

(c) Julgados relacionados à (in)constitucionalidade da Lei n. 12.654/2012

Para além dos julgados anteriormente expostos, o Supremo Tribunal Federal já foi provocado a se manifestar sobre a (in)constitucionalidade da Lei n. 12.654/2012 exposta na seção 3.2.2, especialmente por conta da previsão legal de obrigatoriedade da coleta de DNA para identificação do perfil genético de determinados condenados, o que feriria, entre outros, o direito à não autoincriminação.

Na Reclamação 19.208⁵⁹³, protocolada em 28.05.2014 e distribuída à relatoria do Ministro Luiz Fux, o juiz indeferiu pedido de coleta de material biológico de investigado. O Ministério Público recorreu ao Tribunal de Justiça, que, por sua vez, manteve a decisão de Primeiro Grau e afastou a aplicação da norma do artigo 5º, parágrafo único, da Lei n. 12.307/2009, com a redação conferida pela Lei n. 12.654/2012⁵⁹⁴. Isso porque, conforme se entendeu, “a determinação dirigida ao acusado para a coleta de seu material biológico para fins de elaboração de seu perfil genético ofenderia aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da não auto incriminação”. Diante disso, o *Parquet* apresentou

⁵⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 19208*. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 31 de agosto de 2015 (decisão monocrática). Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2819208%2E%2E+OU+19208%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ycdvqn28>. Acesso em: 16 jul. 2018.

⁵⁹⁴ Lembrando: esta redação determina a coleta de material biológico, para identificação criminal do investigado, por meio de exame genético, quando a medida for essencial à investigação.

Reclamação ao Supremo Tribunal Federal alegando que o acórdão de Segunda Instância feria a Súmula Vinculante n. 10 e a reserva de plenário prevista no artigo 97 da Constituição Federal. Ao analisar a questão, o Ministro Luiz Fux deferiu monocraticamente o pleito afirmando que não caberia ao Tribunal de Segunda Instância declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal em questão⁵⁹⁵ – atribuição exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Na Reclamação 20.950⁵⁹⁶, protocolada também em 28.05.2014 no Supremo Tribunal Federal e distribuída à relatoria da Ministra Carmen Lúcia, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais afastou a incidência do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, com redação dada pela Lei n. 12.654/2012⁵⁹⁷, por entender que “a determinação dirigida ao acusado [no caso era um condenado] para a coleta de seu material biológico para fins de elaboração de seu perfil genético ofenderia o princípio constitucional da não autoincriminação”. Diante disso, mais uma vez, o Ministério Público apresentou Reclamação ao Supremo Tribunal Federal alegando que o acórdão de Segunda Instância feria a Súmula Vinculante n. 10 e a reserva de plenário prevista no artigo 97 da Constituição Federal. Ao analisar a questão, a Ministra Relatora deferiu monocraticamente o pleito do *Parquet* pelos mesmos argumentos já expostos na decisão anteriormente citada.

Nas Reclamações 19.843⁵⁹⁸, 23.163⁵⁹⁹ e 24.484⁶⁰⁰, o Supremo Tribunal Federal chegou à mesma conclusão, o que indica que apesar de a inconstitucionalidade da submissão obrigatória de acusados ou condenados⁶⁰¹ ao exame de DNA para identificação

⁵⁹⁵ Qual seja, artigo 5º, parágrafo único, da Lei n. 12.037/2012, com redação conferida pela Lei n. 12.654/2012.

⁵⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 20.950*. Rel. Min. Carmen Lúcia. Brasília, DF, 22 de outubro de 2015. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308065312&tipoApp. Acesso em: 31 jul. 2019.

⁵⁹⁷ Lembrando: esta redação determina a coleta obrigatória de material biológico, para exame de DNA, de condenados por crimes hediondos ou praticados com violência grave contra pessoa.

⁵⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Rcl 17899*. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 30 de setembro de 2016 (decisão monocrática). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2819843%2ENUME%2E+OU+19843%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y2j3ph5z>. Acesso em: 8 jul. 2019.

⁵⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Rcl 23163*. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 26 de abril de 2016 (decisão monocrática). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2823163%2ENUME%2E+OU+23163%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ydbo9rdz>. Acesso em: 16 jul. 2018.

⁶⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Rcl 24484*. Rel. Min. Carmen Lúcia. Brasília, DF, 27 de junho de 2016 (decisão monocrática). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-cassa-decisao-proibia-coleta-dados.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2018.

⁶⁰¹ Como visto, houve questionamentos, nos autos das reclamações apontadas, tanto em relação (i) ao artigo 5º, parágrafo único, da Lei n. 12.307/2009, que diz respeito à identificação criminal de investigados,

do perfil genético por violação ao princípio *nemo tenetur se detegere* já ter sido defendida por juízes de Primeiro Grau e por Tribunais de Segundo Grau, o mérito da questão não foi analisado pela Suprema Corte, uma vez que em todas as citadas Reclamações a discussão esbarrou nos óbices formais da Súmula Vinculante n. 10 e da reserva de plenário prevista no artigo 97 da Constituição Federal.

No Recurso Extraordinário 973.837⁶⁰², protocolado em 30.05.2016 e distribuído à relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais requereu a identificação do perfil genético de condenado, nos termos do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, com redação dada pela Lei n. 12.654/2012, o que restou indeferido pelo juízo por entender que a medida violaria o princípio *nemo tenetur se detegere*. Após o pleito do *Parquet*, a decisão foi reformada pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça mineiro, sob o argumento de não haver “violação ao princípio da vedação à autoincriminação, uma vez que o artigo 9º-A da Lei de Execuções Criminais prevê a identificação genética como decorrência de sentença condenatória transitada em julgado”. A defesa apresentou embargos de declaração, que foram desprovidos, e na sequência recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. Até a presente data, o mérito do recurso ainda não foi julgado, mas relevantes manifestações e decisões interlocutórias foram apresentadas, as quais, por terem direta relação com o tema do presente trabalho, serão aprofundadas na sequência.

Em 23.06.2016, o Tribunal Pleno, por unanimidade, reconheceu a repercussão geral do assunto tratado no recurso⁶⁰³ em acórdão assim ementado:

Repercussão geral. Recurso extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9º-A). Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer

quanto em relação (ii) ao artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, que trata da identificação compulsória de condenados.

⁶⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *RE 973.837 / MG*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11828210>. Acesso em: 8 jul. 2019.

⁶⁰³ Em 23.03.2018, o Recurso Extraordinário 1.117.709 foi apresentado ao Supremo Tribunal Federal. Este recurso tratava justamente da (in)constitucionalidade do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, com redação dada pela Lei n. 12.654/2012. E, uma vez que foi reconhecido que o objeto do recurso coincide, em todos os seus aspectos, com a mesma controvérsia jurídica versada no Recurso Extraordinário 973.837, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral da questão constitucional lá suscitada, o Ministro Relator devolveu o feito ao Tribunal de origem, nos termos do artigo 328 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 1.117.709 / MG*. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 30 de abril de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314257918&ext=.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2019.

uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se incriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3. Tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9º-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos. 4. Repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida.

Na oportunidade, admitiu-se o ingresso nos autos de algumas instituições na qualidade de *amici curie*⁶⁰⁴. Em maio de 2016, atendendo à determinação do Ministro Relator, Gilmar Mendes, foi realizada audiência pública com o intuito de ouvir autoridades nacionais e internacionais sobre o tema. Finalizada essa etapa, a Procuradoria-Geral da República se manifestou pelo desprovimento do recurso suscitando a confirmação da constitucionalidade do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal. Para tanto, ressaltou que a intervenção corporal para coleta de DNA do condenado, ainda que mínima e realizada por meio indolor, tem de ser voluntária, não podendo ser executada de maneira coercitiva. Em caso de recusa, nas palavras do órgão ministerial, o fato deveria ser reduzido a termo e submetido à autoridade judiciária para deliberar sobre a obtenção do material genético mediante procedimento alternativo e não invasivo⁶⁰⁵. Ou seja, apesar de defender a constitucionalidade da obrigatoriedade de identificação do perfil genético de condenados, a Procuradoria-Geral da República alertou que a medida não pode ser realizada coercitivamente porque violaria a garantia contra a autoincriminação e não sugere que consequências negativas sejam extraídas da recusa do sujeito passivo. Aduziu que, nessa situação, a coleta deveria ser feita por meio alternativo e não invasivo – dando a entender que a prática de intervenções corporais coercitivas no sistema jurídico brasileiro, ainda que nos termos da Lei n. 12.654/2012, não seria permitida à luz do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Diante disso e com a edição da Resolução n. 9/2018 do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, analisada na seção anterior, o Ministro Relator,

⁶⁰⁴ Por exemplo: Academia Brasileira de Ciências Forenses, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (Ibccrim), Associação Nacional das Defensoras e dos Defensores Públicos (Anadep).

⁶⁰⁵ A Procuradoria-Geral da República informa que o Instituto Nacional de Perícias, ao tratar do tema, listou três procedimentos alternativos para coleta do perfil genético quando o agente não concordar em fornecer o material biológico: “a) a utilização de material biológico coletado em eventuais exames de saúde feitos no indivíduo custodiado; b) a coleta de objetos pessoais – escovas de cabelo, copos ou talheres usados, roupas íntimas, entre outros, coletados em ambiente isolado e/ou controlado; c) a busca e apreensão mediante prévia autorização judicial de objetos pessoais – esta última hipótese de aplicação mais restrita”. BRASIL. Procuradoria-Geral da República. *Parecer n. 7/2017 – AJCR/SGJ/PGR. Sistema Único n. PGR-8121/2018* (manifestação oferecida em 18.12.2017, nos autos do *RE 973837*). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313604115&ext=.pdf> Acesso em: 8 jul. 2019.

Gilmar Mendes, determinou a expedição de ofício ao Instituto Nacional de Perícias, com os seguintes questionamentos:

- a. Houve alteração dos procedimentos relacionados à coleta de material genético para fins criminais diante da nova redação da Resolução 9/2018 do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos?
- b. Em caso de recusa física do examinado à coleta do material genético, qual é o procedimento atual?
- c. Se houver decisão judicial determinando a submissão do acusado à coleta compulsória, qual será o procedimento adotado?⁶⁰⁶

Em resposta⁶⁰⁷, o Instituto Nacional de Perícias e Ciências Forenses (Infor) assim se pronunciou: (a) a inovação nesse ponto foi a exigência de obtenção de registro fotográfico do fornecedor de amostra biológica, o que antes era facultativo; (b) no caso de recusa física do sujeito em se submeter ao exame, o responsável pela coleta consigna a recusa em documento próprio e informa a questão à autoridade judiciária, a quem cabe decidir o que deve ser feito; (c) em caso de determinação judicial para prática compulsória da medida, entende-se que o método a ser utilizado deve ser informado pelo próprio magistrado, em sua decisão, e se tal não acontecer, o procedimento indicado seria a busca e apreensão de objetos de uso pessoal que contenham material biológico, como vestes, por exemplo, evitando assim a coleta corporal coercitiva e invasiva.

Ao final, o Infor destacou que já recebeu decisões judiciais determinando a busca e apreensão de objetos pessoais ou descartados para coleta do material, mas “em nenhuma ocasião ocorreu a coleta mediante coerção física”. Essa resposta vai ao encontro do entendimento esposado pela Procuradoria-Geral da República, segundo o qual, ainda que se estabeleça a identificação obrigatória do perfil genético do condenado, não se pode realizar a medida coercitivamente, sendo necessário, em caso de recusa, a adoção, no mínimo, de critérios alternativos de coleta que não impliquem intervenções corporais nem cooperação ativa do agente na produção probatória.

As partes envolvidas no recurso extraordinário ora analisado foram então intimadas a se manifestar. A maioria não apresentou novos argumentos que mereçam destaque. A Academia Brasileira de Ciências Forenses (ABCF), ao defender a constitucionalidade do diploma legal em comento, argumentou que o método alternativo mais eficiente – que,

⁶⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 973.837*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 4 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339458941&ext=.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2019.

⁶⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 973837*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4991018>. Acesso em: 16 jan. 2020.

portanto, deveria ser o adotado na coleta de perfil genético em caso de recusa do agente – seria o suabe oral – técnica adequada e indolor. Ademais, ainda que tal método implique intervenção corporal, não exigiria um comportamento ativo do sujeito, que somente precisaria tolerar passivamente a coleta do material de seu corpo⁶⁰⁸.

A Associação Nacional das Defensoras e dos Defensores Públicos (Anadep) foi além e requereu a extensão do objeto recursal para alcançar também a parte da Lei 12.654/2012 em comento, que trata da identificação criminal de investigados e não apenas de condenados. Isso porque, nos termos defendidos, a coleta genética prevista em lei em relação a investigados, quando o material for essencial à investigação, poderia acabar sendo utilizada também como meio de prova, pois “o indivíduo não só está sujeito à identificação civil, mas também à identificação criminal e genética, que poderá ser realizada sempre que as investigações policiais necessitarem, mediante autorização judicial ou de ofício pela autoridade judicial”. Diante disso, pediu para o Supremo Tribunal Federal, além da discussão até então travada acerca do artigo 9º-A, “declarar também inconstitucional o artigo 1º da mesma Lei Federal nº. 12.654/2012⁶⁰⁹, ou atribuir interpretação conforme a Constituição para declarar a impossibilidade de obter-se, coercitivamente, o padrão genético”⁶¹⁰.

Isso posto, percebe-se que, inicialmente, no bojo do Recurso Extraordinário 973.837, discutia-se somente a (in)constitucionalidade do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal tendo em vista a obrigatoriedade de identificação genética do condenado por crime hediondo ou cometido com violência grave contra pessoa e a eventual afronta, entre outros princípios, ao princípio *nemo tenetur se detegere*. No entanto, ao longo da tramitação do pleito, foi apresentado pedido de extensão de seu objeto para abarcar também a (in)constitucionalidade do parágrafo único do artigo 5º da Lei n. 12.037/2009 – com redação trazida pelo artigo 1º da Lei 12.654/2012 –, o qual prevê que a “identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético” de investigados/acusados.

⁶⁰⁸ Petição apresentada pela Academia Brasileira de Ciências Forenses, nos autos do *RE 973837*. Cf. MALTA.VALLE.Advogados. Brasília, 20 mar. 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749423521&prcID=4991018#> Acesso em: 8 jul. 2019.

⁶⁰⁹ Este artigo alterou o artigo 5º, parágrafo único, da Lei n. 12.307/2009, que trata da identificação criminal por perfil genético de investigados.

⁶¹⁰ Petição apresentada pela Associação Nacional das Defensoras e dos Defensores Públicos, nos autos do *RE 973837*. Cf. MARRAFON, ROBL & GRANDINETTI. Advocacia, 26 mar. 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749474951&prcID=4991018#> Acesso em: 8 jul. 2019.

O recurso extraordinário em análise ainda não foi julgado, restando pendente de apreciação desde 2016, quando teve sua repercussão geral reconhecida. Não obstante, de acordo com a documentação até agora acostada aos autos – especialmente a manifestação da Procuradoria-Geral da República, órgão ministerial máximo do nosso país, e do Instituto Nacional de Perícia, órgão técnico –, percebe-se uma tendência a: (i) manter as previsões legais trazidas pela Lei n. 12.654/2012 e, com isso, afastar a inconstitucionalidade pleiteada; (ii) adotar como válidas as determinações da Resolução n. 9/2008 no sentido de, em caso de recusa do sujeito passivo em se submeter à identificação de seu perfil genético pela coleta de DNA, lavrar termo específico e apresentar a questão à autoridade judiciária para adoção das medidas cabíveis; (iii) não permitir a execução de intervenção corporal coercitiva contra o sujeito passivo, adotando-se, em caso de recusa, métodos de coleta alternativo não invasivos e que não suscitem a sua colaboração ativa como, por exemplo, busca e apreensão de materiais que possam conter os elementos corporais necessários para análise/perícia; e (iv) admitir que tais métodos alternativos – que não são intervenções corporais coercitivas – não implicariam violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*.

Sendo assim, apesar de haver manifestação da Academia Brasileira de Ciências Forenses defendendo a utilização de suabe bucal como método de coleta de material biológico para identificação do perfil genético de indivíduo que não se submeter à medida voluntariamente – o que implicaria o reconhecimento de que, no Brasil, autoriza-se a realização de intervenções corporais coercitivas, relativizando-se o princípio *nemo tenetur se detegere* –, parece existir uma tendência em sentido contrário, ou seja, proibir a execução coercitiva da intervenção corporal coercitiva nos casos de identificação criminal de indivíduo investigado ou de indivíduo condenado⁶¹¹.

A solução do problema, no entanto, continua em suspenso, ao menos até que uma decisão final seja tomada pelo Supremo Tribunal Federal⁶¹².

⁶¹¹ Lembrando que há pedido de extensão do objeto do recurso para alcançar não só as discussões sobre a (in)constitucionalidade da identificação criminal obrigatória e forçada do condenado, mas também do investigado/acusado. Sem contar que, na hipótese de determinar-se a proibição da execução da medida coercitiva em face do condenado, maior ainda a impossibilidade de executá-la em face do investigado/acusado para o qual a imputação ainda está *sub judice*, incidindo a presunção de inocência e as demais garantias inerentes à investigação/persecução penal como a vedação à autoincriminação.

⁶¹² O andamento atualizado do recurso está disponível no portal do Supremo Tribunal Federal (<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018>).

3.2.5 Projeto de Lei Anticrime e a nova Lei n. 13.964/2019

Não obstante ainda estar pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 973.837 mencionado na seção anterior e, portanto, restar *sub judice* a constitucionalidade (ou não) do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal por possível violação a “direitos da personalidade e da prerrogativa de não se incriminar” – conforme alertado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais em nota técnica sobre o tema⁶¹³ –, em 19.02.2019, o Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro, apresentou à Câmara dos Deputados projeto de lei intitulado Projeto de Lei Anticrime cujo propósito é estabelecer “medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa”⁶¹⁴.

Entre as medidas sugeridas, o referido projeto apresenta – no item XVIII, intitulado “medidas para aprimorar a investigação de crimes” – sugestões para alterar e, com isso, endurecer as previsões (i) do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal – introduzida pela Lei n. 12.654/2012, analisada na seção anterior – e as (ii) do artigo 7º-A da Lei n. 12.037/2009, que trata do Banco Nacional de Perfil Genético, respectivamente:

Art. 9º-A. Os condenados por crimes dolosos, mesmo sem trânsito em julgado, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor, quando do ingresso no estabelecimento prisional.

§ 3º Os condenados por crimes dolosos que não tiverem sido submetidos à identificação do perfil genético, quando do ingresso no estabelecimento prisional, poderão ser submetidos ao procedimento durante o cumprimento da pena.

§ 4º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no caso de absolvição do acusado ou, mediante requerimento, decorridos vinte anos após o cumprimento da pena no caso do condenado. (NR)

⁶¹³ Vale destacar alerta feito pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais nesse ponto: “A Lei n. 12.654/2012, de abrangência menor que a proposta, teve sua inconstitucionalidade suscitada em caso concreto, sendo reconhecida pelo STF a repercussão geral da matéria no bojo do RE n. 973.837. Ou seja, a constitucionalidade ou não da extração compulsória de material genético está *sub judice*, sendo que o STF já realizou inclusive audiência pública durante a preparação do feito para julgamento.”. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Nota Técnica sobre Pacote Anticrime*. [s.d.]. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf. Acesso em: 7 jul. 2019.

⁶¹⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Projeto de Lei Anticrime*. Disponível em: http://estaticog1.globo.com/2019/02/04/mjssp_projeto_de_lei_anticrime.pdf. Acesso em: 6 jul. 2019.

Na análise da redação legal proposta para o artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, percebe-se que houve um alargamento do rol de crimes para os quais se faz obrigatória a identificação do perfil genético de condenados.

De acordo com a redação da Lei n. 12.654/2012, a identificação genética obrigatória ocorre somente nas hipóteses de condenados por crimes hediondos ou praticados com violência grave contra a pessoa, restringindo-se assim a medida a autores de crimes considerados graves. Nos termos do Projeto de Lei Anticrime, a identificação genética compulsória seria a regra para os condenados pela prática de qualquer delito doloso, independentemente da gravidade do crime.

Para alguns juristas, como Ana Frazão e Maria Cristine Lindoso⁶¹⁵, a proposta implicaria a banalização da identificação do perfil genético, que passaria a alcançar a maioria dos tipos penais pátrios, uma vez que quase todos são previstos na modalidade dolosa. A título de exemplo, crimes de menor potencial ofensivo, crimes de ação penal privada e mesmo aqueles cuja materialidade em nada se refere ao combate da corrupção, da violência e da criminalidade organizada – objeto do Projeto Anticrime – estariam compreendidos no rol de incidência do novo artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, o que feriria o princípio da proporcionalidade.

Leonardo Marcondes Machado, delegado de polícia, avalia que, nos moldes propostos, “a sentença condenatória de primeiro grau (recorrível), v.g., por crime contra honra [...], omissão de socorro, apropriação de coisa achada e introdução ou abandono de animais em propriedade alheia seria título apto à extração compulsória de DNA”. A conclusão do autor é que haveria um “alargamento, sem limites, do polêmico banco criminal genético”⁶¹⁶.

A segunda mudança que se extrai da proposta ora analisada é o momento do cumprimento da medida. Nos termos da redação da Lei n. 12.654/2012, não está expresso se há necessidade (ou não) de se aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória para execução da identificação genética do agente condenado – apesar disso ser defendido pela doutrina, em consonância com o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal

⁶¹⁵ FRAZÃO, Ana; LINDOSO, Maria Cristine. DNA. O projeto anticrime de Moro e o problema de tratamento de dados genéticos. *Jota*, 13/02/2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-projeto-anticrime-de-moro-e-o-problema-do-tratamento-de-dados-geneticos-13022019>. Acesso em: 7 jul. 2019.

⁶¹⁶ MACHADO, Leonardo Marcondes. Projeto “Anticrime” e Banco Nacional de Perfil Genérico: nem tudo que reluz é ouro. *Consultor Jurídico*, 5/03/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-05/academia-policia-banco-nacional-perfil-genetico-nem-tudo-reluz-ouro>. Acesso em: 7 jul. 2019.

nos autos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, conforme exposto na seção 3.2.2.2. De acordo, porém, com o Projeto Anticrime, a medida poderia ser realizada “mesmo sem trânsito em julgado”.

Em nosso ordenamento jurídico vigora o princípio da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), segundo o qual o acusado é presumido inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Diante dessa norma, é conhecida a acesa controvérsia debatida quanto ao momento de início do cumprimento da pena. Em 17.09.2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, após julgar o *Habeas Corpus* 121.292⁶¹⁷, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, decidiu que é possível o início da execução da pena antecipadamente, logo após a confirmação da sentença condenatória por Tribunal de Segunda Instância, e que isso não fere a ordem constitucional em vigor (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal). O assunto, no entanto, como exposto anteriormente, foi revisto pelo Supremo Tribunal Federal em novembro de 2019, quando condicionou ao trânsito em julgado o início do cumprimento da pena imposta – e, portanto, das demais consequências oriundas da condenação como, por exemplo, a identificação compulsória do perfil genético.

Ademais, a alteração pleiteada no Projeto Anticrime acerca do momento para identificação genética do condenado sequer prevê o cumprimento da medida após a confirmação da sentença condenatória em Segunda Instância – o que possibilitaria o cumprimento de tal identificação compulsória de maneira precipitada, logo após a análise de Primeira Instância, extrapolando os termos literais do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, do artigo 283 do Código de Processo Penal e até mesmo o antigo entendimento da Suprema Corte assentado no *Habeas Corpus* 121.292, o qual já foi inclusive modificado por ocasião do julgamento das citadas Ações Declaratórias de Constitucionalidade⁶¹⁸.

Cabe mencionar ainda que a nova redação proposta para o artigo 9º-A em comento prevê que a identificação genética do condenado poderá ocorrer, sem trânsito em julgado, em dois momentos: (i) quando do ingresso no estabelecimento prisional; ou (ii) durante o cumprimento da pena, caso a medida não tenha sido realizada anteriormente ao ingresso no cárcere. Essa segunda parte do texto dá a entender que a medida poderia ser cumprida em

⁶¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *HC 126.292*. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 2 de setembro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acesso em: 7. jul. 2019.

⁶¹⁸ MACHADO, Leonardo Marcondes. Projeto “Anticrime” e Banco Nacional de Perfil Genérico: nem tudo que reluz é ouro.

relação à execução de penas não privativas de liberdade – como penas restritivas de direito e multa. Para além disso, tal previsão poderia implicar retrocesso⁶¹⁹ pois “prevê uma forma de ‘extração compulsória retroativa de DNA’, alcançando todos os condenados do país que se encontrem em cumprimento de pena” e que não foram submetidos à identificação genética ao ingressarem no cárcere⁶²⁰. Ainda, a proposta de redação sugerida para o §4º do mesmo artigo 9º-A indica que a recusa do acusado em se submeter a procedimento de identificação do perfil genético constituiria falta grave.

Finalmente, a proposta de alteração da Lei n. 12.037/2009 feita pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública impõe a guarda do material genético colhido até a absolvição do imputado ou por um prazo genérico de vinte anos contados a partir do cumprimento da pena, independentemente do crime pelo qual o sujeito foi condenado ou da sanção a ele imposta. Aqui, novamente, pode haver afronta ao princípio da proporcionalidade na medida em que condenados pela prática de crimes menos graves a penas mais curtas deveriam, no mínimo, ter seus dados genéticos excluídos do banco de dados em menor prazo em comparação com indivíduos condenados a penas mais altas – como ocorre com os diferentes lapsos prescricionais de acordo com o *quantum* de pena de cada delito. Tanto é assim que muitos doutrinadores, como Maria Elizabeth Queijo, ao analisarem a previsão legal anterior da Lei n. 12.654/2012 sobre o assunto defendem a aplicação do prazo da prescrição da pretensão executória pautado na pena fixada na condenação como base para exclusão do perfil genético do condenado do banco de dados⁶²¹.

Ao longo de sua tramitação, inicialmente perante a Câmara dos Deputados, o Projeto Anticrime foi analisado e importantes modificações foram propostas à redação original, especialmente com a incorporação de ideias encaminhadas por projeto anterior do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes. Em relação ao tema ora tratado, foi sugerida alteração para limitar a obrigatoriedade da coleta de DNA para identificação criminal somente “aos condenados por crime doloso praticado com violência

⁶¹⁹ Conforme analisam Ana Frazão e Maria Cristine Lindoso: “Há, ainda, uma terceira alteração relevante, prevendo que aqueles já condenados por crimes dolosos que não tiverem sido submetidos à identificação do perfil genético quando do ingresso no sistema prisional estarão sujeitos ao procedimento durante o período de cumprimento da pena. Ou seja, todos os atuais presos por crimes dolosos poderão ser identificados a partir de agora, sendo falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.” (DNA. O projeto anticrime de Moro e o problema de tratamento de dados genéticos).

⁶²⁰ MACHADO, Leonardo Marcondes. Projeto “Anticrime” e Banco Nacional de Perfil Genérico: nem tudo que reluz é ouro.

⁶²¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?, p. 8.

grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável”⁶²². O restante da redação original da proposta foi mantido.

O Projeto Anticrime, com as supracitadas alterações e/ou manutenções originais, foi votado e aprovado em 4.12.2019, na Câmara dos Deputados. Com isso, a proposta foi encaminhada ao Senado Federal e após rápida deliberação foi integralmente aceita no dia 11.12.2019. Na sequência, a questão foi encaminhada à Presidência da República para sanção ou veto.

Em 24.12.2019, o Presidente da República analisou a proposta legislativa e a aprovou parcialmente, originando a Lei n. 13.964/2019, que “aperfeiçoa a legislação penal e processual penal”⁶²³. O líder do Poder Executivo brasileiro vetou a proposta final apresentada pelo Congresso Nacional em relação ao *caput* do artigo 9-A da Lei de Execução Penal no sentido de restringir a submissão obrigatória à identificação genética, por DNA, aos condenados somente por “crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável”. Segundo as razões do veto:

A proposta legislativa, ao alterar o *caput* do art. 9º-A, suprimindo a menção expressa aos crimes hediondos, previstos na Lei nº 8.072, de 1990, em substituição somente a tipos penais específicos, contraria o interesse público, tendo em vista que a redação acaba por excluir alguns crimes hediondos considerados de alto potencial ofensivo, a exemplo do crime de genocídio e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, além daqueles que serão incluídos no rol de crimes hediondos com a sanção da presente proposta, tais como os crimes de comércio ilegal de armas, de tráfico internacional de arma e de organização criminosa.⁶²⁴

Assim, foi mantida a redação original proposta pela Lei n. 12.654/2012⁶²⁵, que constitui um “meio termo” em relação ao Projeto Anticrime original – que defendida o alargamento da medida aos condenados por qualquer delito doloso –, e a proposta final

⁶²² BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 6.341, de 2019* (nº 10.372/2018, na Câmara dos Deputados). Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8052836&ts=1576767254138&disposition=inline>. Acesso em: 19 dez. 2019.

⁶²³ CONGRESSO EM FOCO. *Veja a íntegra da lei do pacote anticrime*. 25.12.2019. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/governo/veja-a-integra-da-lei-do-pacote-anticrime/>. Acesso em: 26 dez. 2019.

⁶²⁴ BRASIL. Presidência da República. *Mensagem n. 726, de 24 de dezembro de 2019*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm. Acesso em: 26 dez. 2019.

⁶²⁵ Lembrando a redação original do artigo 9-A da Lei de Execução Penal, com redação trazida pela Lei 12.654/2012: “os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor”.

alterada pelo Congresso Nacional, que restringia a medida aos condenados somente para poucos crimes específicos, como exposto antes.

Os parágrafos subsequentes ao *caput* do artigo 9-A em questão foram sancionados e consignam que: (i) o condenado que não “tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena”; e (ii) “constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético”.

Também foi sancionada a alteração do artigo 7º-A da Lei n. 12.037/2009 para que a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorra em caso de absolvição do acusado ou, na hipótese de condenação, “mediante requerimento, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena”.

No momento em que se desenvolve este estudo, não há como saber se o veto presidencial será mantido ou afastado pelo Congresso Nacional. Não obstante, ainda que esteja pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade da questão no bojo do Recurso Extraordinário 973.837, até o presente momento, nos termos da novidade legislativa ora apresentada, foi confirmada a previsão legal do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal no que tange à submissão obrigatória de condenados à identificação do perfil genético. Em contrapartida, foi afastada a aplicação de coação física direta em face da recusa do sujeito em se submeter à medida. Sim, porque na hipótese de recusa, a nova lei prevê a aplicação de falta grave ao condenado. Esta é a primeira previsão legal expressa em nosso ordenamento jurídico que impõe consequências negativas ao sujeito que não concordar em se submeter à intervenção corporal, ainda que para fins de identificação, na hipótese de condenação por crime doloso praticado com violência grave contra pessoa ou condenação por crime hediondo.

Como apontado anteriormente, a doutrina e a jurisprudência pátrias não apresentam consenso sobre o tema, ou seja, há autores contrários e outros favoráveis à ideia e há também quem vá além ao defender a execução compulsória da medida. Em sede de entendimento jurisprudencial, somente em casos de investigação de paternidade os nossos Tribunais Superiores têm autorizado que a recusa do agente seja valorada em seu desfavor, como indício de paternidade. Assim, a nova previsão legal acerca da configuração de falta grave, diante da recusa do condenado, ainda pode ter sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal.

Apesar de incerto, esse cenário traduz uma tendência à relativização do princípio *nemo tenetur se detegere* no tocante às intervenções corporais, pois até então não havia previsão legal expressa – ou sequer proposta – no ordenamento jurídico brasileiro, autorizando a extração de consequências negativas diante da recusa do sujeito passivo a não se submeter a exames corporais.

Essa relativização, contudo, não ocorre em seu nível máximo, que seria a possibilidade de aplicação de coação física direta para forçar a execução da medida, ainda que contra a vontade do sujeito condenado. Logo, mesmo com a aprovação parcial do Projeto Anticrime – no que tange à coleta compulsória de DNA nas hipóteses descritas linhas atrás e independentemente de o Congresso Nacional manter ou afastar o veto presidencial em relação ao *caput* ao artigo 9-A da Lei de Execução Penal –, não é possível dizer que o Brasil autoriza a realização de intervenções corporais coercitivas, para fins de investigação, mas tão somente admite que se extraiam consequências negativas – no caso, a falta grave do condenado – quando este se recusar a se submeter à medida, no âmbito de identificação criminal.

CONCLUSÃO

De acordo com o quanto aqui estudado, apreende-se que, no Brasil, as previsões legais relativas ao princípio *nemo tenetur se detegere*, histórica e contemporaneamente, aludem ao direito ao silêncio, motivo pelo qual – após análise conceitual desenvolvida no Capítulo 1 e estudo da realidade do tema no âmbito internacional no Capítulo 2 – se questionou aqui se a garantia contra a autoincriminação também se estende a outros meios de prova e de obtenção de prova não relacionados às declarações orais a serem prestadas pelo investigado/acusado, como, por exemplo, as intervenções corporais.

No ordenamento jurídico brasileiro não há previsão legal, nem no Código de Processo Penal nem na legislação extravagante, sobre o uso de coação direta para forçar o investigado/acusado a se submeter à execução de intervenções corporais, mesmo contra a sua vontade. Não obstante, vigora na seara processual penal o princípio da não taxatividade dos meios de prova, o que permite que o juiz, ao menos em tese, determine a execução de meios probatórios independentemente de previsão legal.

Diante dessa regra, portanto, as intervenções corporais contra a vontade do sujeito passivo poderiam ser determinadas e executadas para fins investigatórios. Diz-se “ao menos em tese” porque a liberdade probatória do magistrado não é absoluta, pois lhe é vedado autorizar qualquer medida (i) moralmente ilegítima ou legalmente proscria, (ii) contrária à moralidade ou à dignidade da pessoa humana e (iii) em desacordo com normas e princípios constitucionais – entre eles o princípio *nemo tenetur se detegere* que expressa o direito e a garantia contra a autoincriminação.

Na há previsão legal na seara processual penal que estabeleça o dever de colaboração do investigado/acusado com o descobrimento da verdade tampouco que determine que sua recusa em participar da produção probatória, seja ativa ou passivamente, traga-lhe consequências negativas ao longo da persecução penal. Nessa linha, tem-se somente a imposição de sanções administrativas, mas não criminais, por exemplo, ao condutor de veículo automotor que se recusar a soprar o etilômetro para averiguar eventual embriaguez ao volante ou, ainda, a presunção de paternidade, no direito civil, do sujeito que não concordar em realizar exame de DNA em ação sobre o tema.

Mesmo diante da regra da não taxatividade dos meios de prova – provavelmente na tentativa de solucionar a lacuna legislativa em relação às intervenções corporais, a fim de imprimir maior segurança jurídica ao tema – verificou-se que, em 2012, o legislador

brasileiro editou a Lei n. 12.654, que prevê “a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal”, alterando, para tanto, dois estatutos jurídicos distintos: (i) a Lei n. 12.037/2009, que regulamenta a identificação criminal no bojo de investigações; e (ii) a Lei n. 7.210/1984, que disciplina a execução penal e, por isso, foi chamada de Lei de Execução Penal.

A nova lei trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a antes inexistente previsão legal de intervenções corporais, ainda que limitadas ao exame de DNA, para fins de identificação criminal. Mas será que, para além disso, com a edição dessa nova lei, o Brasil passou a legalmente regulamentar intervenções corporais coercitivas? Se sim, doutrina e jurisprudência estão de acordo?

Nos termos estudados, as respostas às supracitadas perguntas são negativas. Isso porque a referida lei diz respeito exclusivamente à identificação criminal – de investigados/acusados e condenados – e não especificamente aos meios de prova ou de obtenção de prova a serem utilizados em qualquer investigação ou processo penal. Para além disso, a previsão de coleta obrigatória de material genético oriunda desta lei apenas se refere aos condenados e não aos investigados ou acusados. E mesmo determinando a obrigatoriedade da medida, a Lei n. 12.654/2012 não explicita, ao menos em sua redação original, quais seriam as eventuais consequências no caso de recusa do condenado em se submeter à intervenção corporal para extração de material biológico. Não há, assim, determinação legal de execução forçada da medida, diante da recusa, levando à conclusão ora adotada de que a Lei 12.654/2012, por si só, não implica respaldo legal à execução de intervenções corporais coercitivas sequer em face dos condenados, quiçá dos investigados/acusados para os quais não há previsão de obrigatoriedade de submissão à medida.

A Resolução n. 9, editada em 2018 pelo Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, na tentativa de complementar pontos lacunosos da legislação retrocitada, estabeleceu que “em caso de recusa o fato será consignado em documento próprio, assinado pela testemunha e pelo responsável pela coleta”, cabendo a este último, na sequência, comunicar “a recusa à autoridade judiciária competente, solicitando que decida sobre a submissão do acusado à coleta compulsória ou a outras providências que entender cabíveis, a fim de atender à obrigatoriedade prevista na Lei 12.654/2012”.

A resolução em comento, vale destacar, aplica-se tanto à identificação de investigados quanto à de condenados. Sendo assim, da leitura de tal diploma legal, extrai-

se que no Brasil foi autorizada, em casos de identificação criminal e ainda que mediante confirmação do juiz no caso concreto, a eventual extração coercitiva de material biológico para exame de perfil genético, com objetivo de identificação. Não obstante, entende-se que essa previsão não é suficiente para dizer que o Brasil possui previsão legal e, assim, autoriza a realização de intervenções corporais coercitivas à luz do princípio *nemo tenetur se detegere*. Isso porque: (i) trata-se somente de uma resolução e não de uma lei ordinária; logo, em respeito à hierarquia das normas, este regramento não deveria advir de norma infralegal; (ii) a decisão sobre a submissão coercitiva ou não do sujeito à coleta de material biológico não pode ficar a cargo do Poder Judiciário, mas sim do Poder Legislativo, sendo necessária previsão legal expressa para tanto, como defendido pela Corte Europeia de Direitos Humanos e seguido pelos países citados na seção 2.3. Ou seja, uma vez que a Lei n. 12.654/2012 nada fala sobre a imposição forçada da medida, este comando não poderia ser introduzido no nosso ordenamento pelas mãos de uma resolução emanada do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos tampouco advir de uma decisão judicial.

A doutrina nacional já se debruça sobre a possibilidade de execução de intervenções corporais coercitivas à luz do princípio *nemo tenetur se detegere* de maneira geral há tempos e, mais recentemente, em face da Lei n. 12.654/2012, mas sem apresentar consenso. Parte dos autores estudados especialmente no Capítulo 3⁶²⁶ defende uma visão mais abrangente da garantia contra a autoincriminação de modo a alcançar todos os meios de prova ou de obtenção de prova, independentemente de implicarem condutas ativas ou passivas do investigado/acusado. Para esta corrente, não seria possível a submissão forçada do sujeito passivo ao exame probatório tampouco lhe imputar qualquer consequência negativa de sua recusa em participar – seja ativa ou passivamente – da medida. Outros doutrinadores também estudados ao longo do trabalho⁶²⁷ seguem posição intermediária, ou seja, não autorizam a realização coercitiva das medidas probatórias, mas concordam que se extraíam consequências negativas da recusa do investigado/acusado em se submeter ao exame. Especificamente no que tange às intervenções corporais, há ainda a opinião de Maria Elizabeth Queijo, para quem, se não invasivas, as medidas podem ser levadas a cabo mesmo contra a vontade do agente. Joel Tovil defende a possibilidade de realização da

⁶²⁶ Nereu José Giacomolli, Luiz Flávio Gomes, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Augusto Jobim do Amaral, Ricardo Jacobsen Gloeckner e Gabriel Ferreira dos Santos, Daniel Leonhardt Santos, Lívia Limas dos Santos, Paulo Dariva e Vicente Greco Filho.

⁶²⁷ João Cláudio Couceiro, Marcelo Schirmer Albuquerque e Eugenio Pacelli de Oliveira.

medida, mesmo invasiva, mas de acordo com determinados requisitos. Aury Lopes Júnior, ainda que pessoalmente contrário à ideia de se restringir o alcance do princípio *nemo tenetur se detegere* para possibilitar a prática de intervenções corporais coercitivas, também aponta requisitos a serem observados – especialmente a necessidade de previsão legal expressa – caso isso tenha que acontecer. E, para este autor, a Lei n. 12.654/2012 supriu a necessidade legislativa, ao menos no que tange às intervenções corporais coercitivas para identificação criminal, por meio do exame genético, de investigados/acusados e condenados por crimes violentos.

Especificamente em relação à Lei n. 12.654/2012, porém, a maioria doutrinária⁶²⁸ exposta na seção 3.2.3 contraria a visão de Aury Lopes Junior ao entender que a previsão do novo diploma legal não traduz autorização para submissão forçada do investigado/acusado à extração de material biológico para teste de DNA, seja porque não há previsão legal expressa nesse sentido, seja porque incide o direito à não autoincriminação. Quando muito, alguns autores concordam que a garantia contra a autoincriminação somente não impossibilitaria a submissão forçada de condenados à medida, pois, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, não haveria mais produção probatória e, portanto, restaria afastado o direito do sujeito passivo de não produzir provas contra si mesmo.

Apesar de clara a divergência, os estudos permitiram compreender que é diminuta a chance de defesa doutrinária, mesmo de acordo com a Lei n. 12.654/2012, da submissão forçada do sujeito investigado, acusado ou condenado à intervenção corporal para coleta de material corpóreo, pois, inclusive autores que defendem a extração de consequências negativas diante da recusa do sujeito passivo são contrários à execução compulsória da medida – mesmo sendo esta a posição defendida, como analisado no Capítulo 2, pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pela maioria dos países citados.

Na seara jurisprudencial, a tradição do Supremo Tribunal Federal tem sido a de não admitir que o investigado/acusado seja obrigado a cooperar ativamente com as investigações. Nos termos da pesquisa realizada no bojo da presente dissertação, a análise da obrigatoriedade (ou não) de o investigado/acusado se submeter a meios de prova que impliquem tão somente um tolerar passivo ainda não foi aprofundada pelos nossos Tribunais Superiores.

⁶²⁸ Maria Thereza de Assis Moura, Mohamad Ale Hasan Mahmoud, Thiago Ruiz, Vinícius Gomes de Vasconcelos e Rogério Greco, este último quando a medida for aplicada para fins probatórios.

No Superior Tribunal de Justiça o que se vê é uma posição garantista e protetiva em relação à abrangência do princípio *nemo tenetur se detegere* às intervenções corporais coercitivas, impossibilitando a submissão forçada do sujeito passivo à medida, ainda que de maneira superficial, vedada a extração de consequências negativas diante de sua recusa, salvo em casos de investigação de paternidade que estão incluídos na seara do direito civil e não do direito penal. A única hipótese ventilada pela Corte Superior para aceitar a execução de coleta de material biológico para exames periciais, ainda que contra a vontade do imputado, refere-se a material já desintegrado do corpo e não extraído por intervenção corporal, sob pena de violação da garantia contra a autoincriminação⁶²⁹.

O Supremo Tribunal Federal, pode-se afirmar, tende a seguir a mesma linha, pois somente no âmbito do direito civil, no bojo de investigações de paternidade, a Suprema Corte ponderou que a recusa da parte em se submeter a exame de DNA equivale à prova que deveria ser produzida, gerando uma presunção de paternidade. Nos casos relacionados ao direito criminal, defendeu que a recusa do investigado/acusado em se submeter à intervenção corporal para fins de colheita de elemento probatório não pode ser valorada em seu desfavor nem equivaler a indício de autoria delitiva. E, confirmando acórdão do Superior Tribunal de Justiça, ainda que em sede de decisão monocrática, à luz do princípio *nemo tenetur se detegere*, somente autorizou a realização de exame pericial compulsório em material biológico desintegrado do corpo do suspeito. Logo, conclui-se que se fosse necessária a realização de intervenção corporal coercitiva para coleta do material a ser periciado a medida não seria autorizada, tendo em vista a garantia contra a autoincriminação.

Fortifica tal conclusão o fato de que se encontra pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, desde 2016, o Recurso Extraordinário n. 973.837, cuja repercussão geral foi reconhecida por tratar de eventual inconstitucionalidade do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, com redação dada pela Lei n. 12.654/2012, justamente porque a obrigatoriedade de submissão do condenado à extração de material corporal para identificação do perfil genético feriria o princípio *nemo tenetur se detegere*. Atualmente, há pedido de extensão do objeto recursal para englobar também a possível

⁶²⁹ Lembrando que em uma hipótese específica encontrada na pesquisa aqui desenvolvida, quando do julgamento do *Habeas Corpus* 149.146, o Superior Tribunal de Justiça autorizou a realização de intervenção corporal coercitiva para extração de substâncias entorpecentes do organismo de investigado pela prática do delito de tráfico de drogas, mas por conta da necessidade de salvaguardar a vida do suspeito e do caráter humanitário dos exames, os quais não foram, portanto, determinados para fins periciais.

inconstitucionalidade do artigo 5º, parágrafo único, da Lei n. 12.037/2009, que prevê a identificação criminal por coleta de material biológico para os investigados ou, subsidiariamente, a vedação expressa de que a medida possa ser executada coercitivamente. Sem contar que independentemente de tal pedido de extensão, na hipótese de se determinar a proibição da execução da medida coercitiva em face do condenado, automaticamente e ainda em maior grau, entende-se ser impossível executá-la em face do investigado/acusado para o qual a imputação ainda está *sub judice*, incidindo a presunção de inocência e as demais garantias inerentes à investigação/persecução penal como a vedação à autoincriminação.

Embora o mencionado recurso ainda não tenha sido julgado, juntaram-se aos autos algumas manifestações que, de maneira resumida, demonstram uma tendência a: (i) manter as previsões legais trazidas pela Lei n. 12.654/2012 e, com isso, afastar a inconstitucionalidade pleiteada; (ii) adotar como válidas as determinações da Resolução n. 9/2008 para, em caso de recusa do sujeito passivo em se submeter à identificação de seu perfil genético pela coleta de DNA, lavrar termo específico e apresentar a questão à autoridade judiciária, que determinará as medidas cabíveis; (iii) não permitir a adoção de coerção física em face do sujeito passivo, adotando-se, em caso de recusa, métodos de coleta alternativos, desde que não invasivos e que não impliquem colaboração ativa do imputado, como, por exemplo, a busca e apreensão de objetos que possam conter amostras dos materiais corporais visados, para perícia/análise; (iv) tais métodos alternativos, portanto, não são intervenções corporais e, assim, não implicariam violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*.

O atual Ministro da Justiça e Segurança Pública apresentou, no início de 2019, o Projeto de Lei Anticrime, com sugestões de alterações para as redações (i) do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, introduzida pela Lei n. 12.654/2012, e (ii) do artigo 7º-A da Lei n. 12.037/2009, que trata do Banco Nacional de Perfil Genético. A proposta alargou o rol de crimes nos quais os condenados seriam obrigatoriamente submetidos à extração de DNA e, entre outros tópicos, previu que a recusa do condenado em se submeter à medida constituiria falta grave. A proposta nesse ponto foi aprovada quase na íntegra, salvo pequenas ressalvas feitas pelo Congresso Nacional. E, no último dia 24.12.2019, apesar de o Presidente da República ter vetado a alteração legislativa referente ao alargamento do rol de crimes sujeitos à coleta obrigatória de DNA, sancionou a parte que prevê a constituição de falta grave diante da recusa do condenado em se submeter à medida.

A sanção da questão pelo Presidente da República, que resultou na edição da Lei n. 13.964/2019, trouxe a primeira previsão legal expressa em nosso ordenamento jurídico impondo consequências negativas ao sujeito que não concordar em se submeter à intervenção corporal, ainda que para fins de identificação, via exame de DNA, na hipótese de condenação por crime doloso praticado com violência grave contra pessoa ou por crime hediondo.

A nova lei implica relativização do princípio *nemo tenetur se detegere* no tocante às intervenções corporais, pois até então não havia regramento legal direto – ou sequer proposta – no ordenamento jurídico brasileiro autorizando a extração de consequências negativas diante da recusa do sujeito passivo a não se submeter a exames corporais, mas tal relativização não ocorre em seu nível máximo, que seria a regulamentação legal da possibilidade de aplicação de coação física direta para forçar a execução da medida, ainda que contra a vontade do sujeito condenado.

Diante desse cenário, verifica-se que não há lei tratando direta e expressamente da utilização de coação direta para forçar o investigado/acusado a se submeter a intervenções corporais, mesmo contra a sua vontade, em sede de investigação/processo criminal.

Grande parte da doutrina – tanto de maneira genérica, quanto ao analisar os termos da Lei n. 12.654/2012 – e os julgados dos Tribunais Superiores, ainda que estes últimos superficialmente, vedam a realização da medida probatória contra a vontade do sujeito passivo. A execução compulsória é autorizada pelos Tribunais Superiores somente para a coleta de materiais desintegrados do corpo humano ou mediante métodos alternativos que não impliquem intervenção corporal, como proposto no bojo do Recurso Extraordinário n. 973.837.

Em relação à recusa, a doutrina pátria não apresenta consenso sobre o tema, pois há autores contrários e favoráveis à extração de consequências negativas da recusa do investigado/acusado. Na jurisprudência, somente em casos de investigação de paternidade os nossos Tribunais Superiores têm autorizado que a recusa do sujeito passivo seja valorada em seu desfavor, como indício de paternidade, o que implica, *a contrariu sensu*, que isso não se aplicaria nas searas penal e processual penal.

Ainda que existam a Lei n. 12.654/2012 e a nova Lei n. 13.964/2019, e que elas tenham positivado no ordenamento jurídico brasileiro as intervenções corporais, não é possível dizer que tenham regulamentado a medida na modalidade coercitiva. Ambos os diplomas legais não tratam da coleta obrigatória de material corporal no bojo da

investigação e/ou do processo penal, limitando-se a casos de indivíduos condenados. Além disso, não preveem a hipótese de execução forçada da medida, ou seja, não estabelecem a coação direta na hipótese de recusa do imputado – seja ele investigado, acusado ou condenado.

Frise-se que todos os países que adotam o sistema *civil law* estudados na seção 2.3, na linha da necessidade de regulamentação legal defendida pela Corte Europeia de Direitos Humanos, não se limitam a previsões legais sobre intervenções corporais, como no caso da Lei n. 12.654/2012 complementada pela Lei n. 13.964/2019, mas vão além e preveem expressamente o possível uso de coação para execução da medida

Desse modo, mesmo diante das Leis n. 12.654/2012 e n. 13.964/2019, não é possível dizer que o Brasil regulamenta ou autoriza a realização de intervenções corporais coercitivas, mas tão somente que se extraíam consequências negativas – a falta grave – da recusa de submissão à medida nos casos de indivíduos já condenados por determinados crimes, mas não no âmbito de investigação e/ou processo criminal. Anote-se que a constitucionalidade da imposição de tal falta grave poderá eventualmente vir a ser questionada perante o Supremo Tribunal Federal, especialmente por conta do entendimento esboçado pela Suprema Corte sobre a impossibilidade, na seara processual penal, de valoração da recusa, conforme exposto linhas atrás.

Em essência, a conclusão a que se chega, nos termos estudados, é de que atualmente não há no Brasil previsão legal para execução de intervenções corporais coercitivas em sede de investigação e/ou processo penal. Mesmo diante da possibilidade de se admitirem meios de obtenção não positivados, por conta da regra da não taxatividade probatória, a maioria doutrinária e jurisprudencial estudada não aceita intervenções corporais coercitivas, diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, nem dá a entender que exista tendência de que isso venha a ser autorizado em momento próximo no nosso país. Até mesmo o Projeto de Lei Anticrime apresentado pelo atual Ministro da Justiça e Segurança Pública, sancionada em parte pelo Presidente da República, sobre a coleta obrigatória de DNA, desautoriza a realização forçada da medida, diante da recusa, e atribui a tal recusa somente a configuração de falta grave na execução da pena. Não há que se falar em coação direta, contra a vontade do imputado nem em configuração, por exemplo, do delito de desobediência ou de indícios de autoria/culpabilidade, como defendido por alguns autores citados ao longo desta dissertação, justamente porque a extração de material

genético de condenados trazida atualmente na Lei de Execução Penal não apresenta fins investigativos/persecutórios.

Com esse posicionamento, o Brasil apresenta visão mais garantista e contraria o entendimento sedimentado pela Corte Europeia de Direitos Humanos de relativização do princípio *nemo tenetur se detegere* a fim de autorizar, à luz do direito contra a autoincriminação e do direito de não produzir provas contra si mesmo, a prática de intervenções corporais coercitivas, desde que seguidos os parâmetros impostos pela Corte.

A Corte Europeia de Direitos Humanos reconhece a garantia contra a autoincriminação como implícita na ideia de processo equitativo, justo, trazida pelo artigo 6º, §1º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ao longo de seus julgados, a Corte teve a oportunidade de se debruçar sobre a análise da extensão de tal garantia às intervenções corporais coercitivas e decidiu, em algumas oportunidades, que à luz do princípio *nemo tenetur se detegere* é possível a utilização de evidências obtidas coercitivamente, ou seja, contra a vontade do investigado/acusado – inclusive de elementos de prova colhidos de seu próprio corpo, como amostras de sangue para exame de alcoolemia ou DNA, urina, saliva, entre outros –, em investigações ou processos penais, contanto que tais evidências existam independentemente da vontade do suspeito.

Para garantir que a execução de intervenções corporais coercitivas não afete outros direitos do sujeito passivo e, assim, o elemento probatório obtido não seja considerado prova ilícita, a Corte estabelece parâmetros para previsão, determinação e execução da medida, tanto à luz do princípio *nemo tenetur se detegere* como também do direito ao respeito pela vida privada e familiar, sempre levando em consideração o combate à tortura e a outros tratamentos desumanos e/ou degradantes. Esses parâmetros, inclusive, são festejados e acompanhados por diversos autores apontados na seção 2.2, a saber: (i) previsão legal, (ii) necessidade e objetivos da medida de acordo com uma sociedade democrática (aplicação do princípio da proporcionalidade), (iii) o crime investigado deve ser grave e sério, (iv) existência de indícios fortes, além da dúvida razoável, de autoria; (v) autorização motivada de autoridade competente; (vi) execução da medida por médico; (vii) execução da medida da maneira menos invasiva e mais leve possível; (viii) a intervenção não pode implicar risco à saúde ou sofrimento ao sujeito passivo; (ix) a intervenção não pode caracterizar procedimento vexatório ou humilhante.

A pesquisa ora realizada também possibilitou confirmar que a conclusão da Corte Europeia de Direitos Humanos vem sendo adotada por diversos países estrangeiros, tanto

do continente europeu quanto do continente americano, citados na seção 2.3, como por exemplo Alemanha, Portugal e Argentina, que adotam o sistema *civil law* e possuem previsão legal em seus respectivos Códigos de Processo Penal sobre a possibilidade de aplicação de coação direta diante da recusa do acusado em se submeter à intervenção corporal para fins probatórios. Isso demonstra a tendência internacional de expressamente regulamentar as intervenções corporais coercitivas e autorizá-las – ainda que em maior ou menor grau –, mesmo diante da garantia contra a autoincriminação. Logo, a posição brasileira, nos termos estudados, mostra-se isolada e mais garantista.

Não se pode, porém, ignorar a tendência global ora apontada. Por conta disso e tendo em vista o sempre crescente avanço tecnológico que traz novos e modernos meios de provas e de obtenção de provas científicas, bem como a pressão social pelo combate à criminalidade, especialmente de delitos graves como o homicídio e o estupro – para os quais a coleta de provas corporais pode ser relevante –, em algum momento o país poderá ver-se pressionado a seguir tal tendência para, assim, autorizar a execução de intervenções corporais coercitivas ou, ao menos, tratar sobre o tema. Caso isso venha a acontecer, deverá fazê-lo não de maneira aleatória e discricionária, de acordo com diferentes entendimentos aplicados em decisões esparsas de casos concretos, mas sim seguindo no mínimo os parâmetros estabelecidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos, a fim de que o direito contra a autoincriminação e outros direitos individuais do investigado/acusado – como privacidade e proteção contra tortura e vedação de tratamentos desumanos e degradantes – não sejam aniquilados, impedindo (ou ao menos diminuindo) a regressão a padrões inquisitórios, com a redução do imputado a mero objeto de provas – o que há tempos vem sendo combatido.

Os parâmetros da Corte Europeia de Direitos Humanos devem necessariamente ser observados em qualquer hipótese na qual o Brasil tenha que regulamentar intervenções corporais coercitivas na seara processual penal. Nada impede, porém, que outros pressupostos ou requisitos sejam a eles adicionados, desde que com o objetivo de garantir maior proteção ou segurança aos direitos fundamentais do sujeito passivo da medida.

Trazendo, então, os mencionados parâmetros, explicados pormenorizadamente na seção 2.2, à realidade brasileira, impõe-se, em primeiro lugar, a previsão legal das intervenções corporais coercitivas. Apesar de a Corte Europeia de Direitos Humanos defender uma definição alargada da expressão “previsão legal”, muitos autores citados ao longo deste trabalho, entre eles Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, Eugênio Pacelli de

Oliveira e Aury Lopes Junior, atestam a necessidade de edição de lei, pelo Poder Legislativo, para regulamentar a questão, o que se reputa como mais adequado, a fim de garantir maior segurança jurídica ao assunto. As previsões legais atuais – trazidas pelas Leis n. 12.654/2012 e n. 13.964/2019 – não são suficientes para tanto, uma vez que se restringem à identificação criminal por meio de exame de DNA, impõem a obrigatoriedade da medida somente para os condenados e, mesmo para estes últimos, não regulamentam a utilização de coação direta em caso de recusa, tipificando-a atualmente apenas como falta grave do condenado.

O ideal seria que a nova lei alterasse o Código de Processo Penal e, com isso, introduzisse o regramento das intervenções corporais coercitivas entre os meios de prova e de obtenção de prova expressamente previstos no Título IV, dedicado ao tema “Da Prova”. Em todos os países que adotam o sistema *civil law* estudados – ainda que com alguma complementação feita pela legislação extravagante –, as intervenções corporais coercitivas estão positivadas em seus respectivos cadernos processuais penais. Na Espanha, na Itália e na Argentina, a previsão legal não existia nas redações iniciais de seus respectivos códigos, tendo sido introduzida, após os anos 2000, por alterações legislativas – o que demonstra ser este um possível caminho a ser adotado pelo Brasil.

Em segundo, é preciso que a previsão legal mencionada restrinja a medida somente a crimes graves e sérios, pois seria desproporcional impor a prática de um meio de obtenção de prova invasivo e forçado para investigação, por exemplo, de infrações de menor potencial ofensivo que afetam em grau muito restrito os interesses coletivos perquiridos na persecução penal, como a segurança pública e a paz social. A Corte Europeia de Direitos Humanos não trouxe a definição do que considera crime grave e sério, mas dá a entender que um parâmetro a ser utilizado é o limite das penas cominadas, como ocorre, por exemplo, com as prisões preventivas aqui no Brasil, que, por implicarem restrição ao direito fundamental da liberdade, são limitadas somente aos “crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos”⁶³⁰.

Em terceiro, a regulamentação legal deve prever que para além do crime investigado precisar ser grave/sério, deverá haver indícios de autoria em relação ao sujeito submetido à medida. Indícios é um termo bastante vago. A Corte Europeia de Direitos Humanos fala em indícios fortes, além da dúvida razoável, nessa linha o autor brasileiro

⁶³⁰ Artigo 313, I, Código de Processo Penal.

Carlos Henrique Borlido Haddad citado na seção 2.2, por exemplo, defende que haja indícios razoáveis de autoria – o que se entende ser uma previsão plausível sobre o tema.

Em quarto, deve-se verificar a compatibilidade da intervenção corporal coercitiva prevista com o princípio da proporcionalidade. Nos termos trazidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos, a regulamentação legal deve prever que a medida somente poderá ser aceita se adequada à obtenção da prova pretendida e se não houver meio menos gravoso para alcance desse fim⁶³¹. Além disso, seu objetivo deverá estar de acordo com os valores de uma sociedade democrática. A Corte aponta como exemplo de objetivo que se harmoniza com valores de uma sociedade democrática a busca da segurança pública com o combate a crimes graves e sérios. Desse modo, a previsão legal deverá guardar proporcionalidade entre a gravidade do crime investigado e o resultado que se pretende atingir com o ato probatório –, reforçando a ideia anterior de que intervenções corporais coercitivas devem ser limitadas a delitos graves e sérios, de acordo com o *quantum* da pena aplicada.

Em quinto, a previsão legal deve exigir que a intervenção corporal seja determinada por decisão judicial motivada, valendo lembrar que a Corte Europeia de Direitos Humanos fala somente em decisão de autoridade competente, deixando a definição exata de quem seria essa autoridade – juiz, promotor ou delegado de polícia, por exemplo – a cargo da legislação local de cada país. Seguindo a recomendação doutrinária exposta na seção 2.2, defende-se que a execução da medida possa ser determinada somente pelo Poder Judiciário e por meio de decisão motivada no sentido de demonstrar a proporcionalidade da intervenção, ou seja: que ela é apta, necessária e estritamente proporcional para coleta da prova corporal, destacando-se especialmente a ideia de subsidiariedade segundo a qual intervenções corporais coercitivas devem ser *ultima ratio*.

Em sexto, uma vez que a Corte Europeia de Direitos Humanos traz como padrão a adoção, entre as diferentes intervenções corporais, do procedimento menos invasivo e mais leve possível, a regulamentação legal deve deixar clara a preferência por intervenções não invasivas para coleta de material biológico, relegando a prática de outros procedimentos invasivos tão só quando aquelas não forem possíveis ou suficientes. Um exemplo trazido pela doutrina e apontado ao longo do trabalho como intervenção corporal eficaz, leve e não invasiva, ou ao menos muito pouco invasiva, é o suabe bucal, que poderia ser posto como

⁶³¹ Os subprincípios da adequação e da necessidade, quando aplicados às intervenções corporais coercitivas, são tratados pela Corte Europeia de Direitos Humanos de maneira conjunta, dentro das ideias de necessidade e de subsidiariedade da medida.

regra, na linha do quanto já previsto na atual Resolução n. 9/2018 do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos do Brasil.

Em sétimo, a regulamentação legal deve exigir que a medida, após ser determinada por decisão judicial motivada, seja executada por um médico ou, ao menos, por profissional especializado da área da saúde. Não é possível a execução por nenhum agente responsável pela investigação e/ou pela persecução penal.

Finalmente, deve ser feita a ressalva legal de que a medida não pode implicar risco à saúde ou sofrimento ao sujeito passivo nem caracterizar procedimento vexatório ou humilhante, a fim de garantir a dignidade da pessoa submetida à intervenção. Para garantir que isso seja cumprido, a Corte Europeia de Direitos Humanos alerta que, para além da previsão legal, no momento da prática da medida, no caso concreto, o agente executor deve avaliar as circunstâncias da situação, a duração do procedimento, os seus efeitos físicos e psicológicos e, em algumas situações, o sexo, a idade e a saúde da pessoa envolvida.

REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumn Iuris, 1999.

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALESCI, Teresa. Corpo dell'imputato (fonte di prova nel processo penale). *Digesto delle Discipline Penali*. UTET Giuridica, 2018.

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Roberto; HECK, Luís Afonso. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALTALEX. *Codice di Procedura Penale*. Libro III. Titolo I. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2013/11/13/prove-disposizioni-generalis>. Acesso em: 10 maio 2019.

AMARAL, Augusto Jobim; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SANTOS, Gabriel Ferreira. Lei n. 12.654/2012: o perfil genético do controle se mostra no Brasil. In: TRINDADE, A. K.; BORTOLOTTI, J. C. K. (org.). *Direitos fundamentais e democracia constitucional*. Florianópolis: Conceito, 2013.

AMBOS, Ernst Beling-Kai; GUERRERO, Óscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá: Temis, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre a proibição de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1992.

ARGENTINA. *Constitución Nacional*. Disponível em: <https://www.casarsada.gob.ar/nuestro-pais/constitucion-nacional>. Acesso em: 26 dez. 2019.

ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Código Procesal Penal*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm#9>. Acesso em: 29 jun. 2018.

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

ASHWORTH, Andrew. *The criminal process: an evaluative study*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1998.

ASSIS, Éder Pereira de. *Do conflito entre o direito à produção de provas e o direito a não autoincriminação: nemo tenetur se detegere* no tocante às intervenções corporais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed., ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

BADARÓ, Gustavo H. R. I. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo H. R. I. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BECK, Francis Rafael; RITTER, Ruiz. A coleta de perfil genético no âmbito da Lei n. 12.654/2012 e o direito à não autoincriminação: uma necessária análise. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 42, p. 321-341, 2015.

BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BELLAVISTA, Girolamo. *Lezioni di diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1956.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOTELHO, Marta Maria M. M. *Utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico, em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN para fins de investigação criminal*. Coimbra: Almedina, 2013.

BOTTINO, Thiago. *A doutrina brasileira do direito ao silêncio – o STF e a conformação do sistema processual penal constitucional*. [s.d.], p. 54. Disponível em: <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-110.pdf>. Acesso em: 1º maio 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850*. Determina a ordem do Juízo no processo Commercial. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-737-25-novembro-1850-560162-publicacaooriginal-82786-pe.html>. Acesso em: 6 abr. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890*. Organiza a Justiça Federal. Coleção de Leis do Brasil - 1890, p. 2744, v. fasc. X (Publicação Original). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-norma-pe.html>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil, Rio de Janeiro, fl. 17, Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiais, 22 abr. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 6 jan. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2018.

BRASIL. *Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 26 abr. 2018.

BRASIL. *Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991*. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm. Acesso em: 25 jan. 2018.

BRASIL. *Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 6 maio 2018.

BRASIL. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. *Decreto 7.950, de 12 de março de 2013*. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm. Acesso em: 30 maio 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 26 abr. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 26 abr. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969. *Código de Processo Penal Militar*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm. Acesso em: 26 abr. 2018.

BRASIL. *Lei de 29 de novembro de 1832*. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm. Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. *Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm. Acesso em: 16 jan. 2020.

BRASIL. *Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003*. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm. Acesso em: 16 jan. 2020.

BRASIL. *Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm. Acesso em: 16 jan. 2020.

BRASIL. *Lei n. 12.307, de 1º de outubro de 2009*. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. *Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012*. Altera as Leis n. 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*, 8 de setembro de 1941. Disponível em: http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em: 26 abr. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Resolução n. 9, de 13 de abril de 2018*. Dispõe sobre a padronização de procedimentos relativos à coleta compulsória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

Disponível em:

http://www.lex.com.br/legis_27640537_RESOLUCAO_N_9_DE_13_DE_ABRIL_DE_2018.aspx Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Projeto de Lei Anticrime*. Disponível em: http://estaticog1.globo.com/2019/02/04/mjsp_projeto_de_lei_anticrime.pdf. Acesso em: 6 jul. 2019.

BRASIL. Presidência da República. *Mensagem n. 726, de 24 de dezembro de 2019*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm. Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. *Parecer n. 7/2017 – AJCR/SGJ/PGR*. Sistema Único n. PGR-8121/2018 (manifestação oferecida em 18.12.2017, nos autos do *RE* 973837). Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313604115&ext=.pdf> Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n° 6.341, de 2019 (n° 10.372/2018, na Câmara dos Deputados)*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8052836&ts=1576767254138&disposition=inline>. Acesso em: 19 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AResp 627.455 – SP 2014 / 0301390-6*. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, 20 de junho de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/592023171/agravo-em-recurso-especial-aresp-627455-sp-2014-0301390-6>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 149.146 SP 2009/0191843-0*. Rel. Min. Og Fernandes. Brasília, DF, 5 de abril de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18805143/habeas-corpus-hc-149146-sp-2009-0191843-0/inteiro-teor-18805144?ref=juris-tabs>. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 354.068 - MG (2016/0103028-0)*. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, [s.d.]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia1=80527056&num_registro=201601030280&data=20180321&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 59.108* - SP (2010/0003699-0). Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 11 de outubro de 2011. Publicação Dje 19.10.2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000036990&dt_publicacao=19/10/2011. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 247.763* - DF (2012/0138166-0). Relatora Ministra Marilza Maynard (Des. Convocada do TJ/SE). Brasília, DF, 20 de novembro de 2012. Publicação Dje 23.11.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201381660&dt_publicacao=23/11/2012. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em HC 35.801* - SP (2013/0053638-6). Relator Min. Jorge Mussi. Brasília, DF, 8 de outubro de 2013. Publicação Dje 16.10.2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300536386&dt_publicacao=16/10/2013. Acesso em: 15 jul. 2018..

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). *RESP 1.111.566*. Rel. Des. Convocado Adilson Vieira Macabu. Brasília, DF, 28 de março de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900250862&dt_publicacao=04/09/2012. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *RHC 15.316*. Rel. Min. Paulo Medina. Brasília, DF, 13 de abril de 2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200302074057&dt_publicacao=16/08/2004. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 82.748 PI 2017/73971-7*. Rel. Min. Feliz Fischer. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549825079/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-82748-pi-2017-0073951-7/inteiro-teor-549825101?ref=juris-tabs>. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *RMS 18.017*. Rel. Min. Paulo Medina. Brasília, DF, 9 de fevereiro de 2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200400378581&dt_publicacao=02/05/2006. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 43 / DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 7 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 44 / DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>. Acesso em: 7 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 54 / DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>. Acesso em: 7. jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 395*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 de junho de 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4962368>. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 444*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 de junho de 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5149497>. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *AI 776.097*. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 24 de abril de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2019104>. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *ARE 1.131.409*. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 31 de agosto de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748213038>: Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 69.026-2*. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 10 de dezembro de 1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71409>. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 71.373-4*. Rel. Min. Paulo Brossard. Brasília, DF, 16 de setembro de 1994. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 76.060*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76405>. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 77.135-8*. Rel. Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, 8 de setembro de 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77123>. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 83.096-0*. Rel. Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 18 de novembro de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79246>. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 89.269-8*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 21 de novembro de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=394996>. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 93.916-3*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 10 de junho de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535925>. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 96.219 MC / SP*. Medida Cautelas no HC. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 9 de outubro de 2008. DJe 15/10/2008. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+96219%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=base>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 95.009-4*, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 6 de novembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570249>. Acesso em: 5 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 134.027*. Rel. Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 13 de abril de 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28134027%2ENUME%2E+OU+134027%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y6262hny>. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 126.292*. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 2 de setembro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acesso em: 7. jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 155364 / MG*. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2019. DJe-026 DIVULG 08/02/2019 PUBLIC 11/02/2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28155364%2ENUME%2E+OU+155364%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y58fz4la>. Acesso em: 9 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Rcl 2040/DF*. Rel. Min. Néri da Silva. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2002. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+2040%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+2040%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/asrn7by>. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 19208*. Rel. Min. Luiz Fux (decisão monocrática). Brasília, DF, 31 de agosto de 2015. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2819208%2ENUM E%2E+OU+19208%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ycdvqn28>. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 20.950*. Rel. Min. Carmen Lúcia (decisão monocrática). Brasília, DF, 22 de outubro de 2015. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2820950%2ENUM E%2E+OU+20950%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y7sv83jj>. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Rcl 23163*. Rel. Min. Teori Zavascki (decisão monocrática). Brasília, DF, 26 de abril de 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2823163%2ENUM E%2E+OU+23163%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ydbo9rdz>. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Rcl 24484*. Rel. Min. Carmen Lúcia (decisão monocrática). Brasília, DF, 27 de junho de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-cassa-decisao-proibia-coleta-dados.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Rcl 17899*. Rel. Min. Celso de Mello (decisão monocrática). Brasília, DF, 30 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2819843%2ENUME%2E+OU+19843%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y2j3ph5z>. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *RE 363.889*. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 2 de junho de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *RE 973.837 / MG*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11828210>. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 973.837*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 4 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339458941&ext=.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 1.117.709 / MG*. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 30 de abril de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314257918&ext=.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 603465 / RS*. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 11 de dezembro de 2018. DJe-271 DIVULG 17/12/2018 PUBLIC 18/12/2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28603465%2ENUME%2E+OU+603465%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y2bv53do>. Acesso em: 9 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *RHC 15.316*. Rel. Min. Paulo Medina. Brasília, DF, 13 de abril de 2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200302074057&dt_publicacao=16/08/2004. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *RHC 95.183*. Rel. Min. Carmen Lúcia. Brasília, DF, 9 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630032>. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *RHC 131.133 SP*. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília-DF, 10 de outubro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14340311>. Acesso em: 9 jul. 2019.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti C. *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 4. ed., rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti C. A Constituição e as intervenções corporais no processo penal: existirá algo além do corpo? In: PRADO, Geraldo (coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASABONA, Carlos Maria R.; MALANDA, Sérgio Romeo. *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*. Navarra: Thomson Reuters, 2010.

COLARES, Samuel Miranda. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/artigo/10659-O-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo> Acesso em: 8 dez. 2019.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. 1979. Disponível em: <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>. Acesso em: 22 abr. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 6 maio 2018.

CONGRESSO EM FOCO. *Veja a íntegra da lei do pacote anticrime*. 25.12.2019. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/governo/veja-a-integra-da-lei-do-pacote-anticrime/>. Acesso em: 26 dez. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Resolução 9/2018, de 25 de abril de 2018*. Estabelece diretrizes para a realização de Avaliação Psicológica no exercício profissional da psicóloga e do psicólogo, regulamenta o Sistema de Avaliação de Testes Psicológicos - SATEPSI e revoga as Resoluções nº 002/2003, nº 006/2004 e nº 005/2012 e Notas Técnicas nº 01/2017 e 02/2017. Disponível em: <http://satepsi.cfp.org.br/docs/Resolu%C3%A7%C3%A3o-CFP-n%C2%BA-09-2018-com-anexo.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2020.

CONSTITUTION OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. Nuremberg Trial Proceedings. *Charter of the International Military Tribunal*, v.1, 8 august 1945. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp#art16>. Acesso em: 22 abr. 2018.

CONSTITUTION OF THE STATE OF VERMONT. *As established July 9, 1793, and amended through December 14, 2010*. Disponível em: <https://legislature.vermont.gov/statutes/constitution-of-the-state-of-vermont/>. Acesso em: 1º maio 2018.

CONSTITUTION SOCIETY. *Massachusetts Body of Liberties*, 1641. Disponível em: <http://www.constitution.org/bcp/mabodlib.htm>. Acesso em: 1º maio 2018.

CONSTITUTION SOCIETY. *The Virginia Declaration of Rights*. 1776. Disponível em: http://www.constitution.org/bcp/virg_dor.htm. Acesso em: 1º maio 2018.

CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Milão: Giuffrè, 2006.

CORDOBA, Gabriela. *Nemo tenetur se ipsum accusare: principio de pasividad*. In: BAIGUN, David (Org.). *Estudios sobre justicia penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 279-281.

COSTA, J. O princípio *nemo tenetur* na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 32, n. 128, p. 117-183, out./dez. 2011.

COSTA, Vânia Ramos. Corpus Juris 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare* (parte I). *Revista do Ministério Público de Lisboa*, v. 27, n. 108, p. 125-149, out./dez. 2006.

COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 8. (Coleção Estudos de Processo Penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida).

COUNCIL OF EUROPE. *Protocol n. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby* Disponível em: <http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/155>. Acesso em: 10 jun. 2017.

DARIVA, Paulo. Prova científica e o *nemo tenetur*. In: GIACOMOLLI, Nereu José; AZAMBUJA, Mariana (Org.). *Processo penal contemporâneo em perspectiva*. Curitiba: IEA, 2015.

DELAWARE DECLARATION OF RIGHTS. *11 Sept. 1776*, Sources 338-340. Disponível em: http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/bill_of_rightss4.html. Acesso em: 1º maio 2018.

DELPIZZO, Cláudia Nicolazzi Medeiros da Cunha. *O direito ao silêncio e sua interpretação pelo Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2010.

DE LUCA, Javier Augusto. Notas sobre la cláusula contra la incriminación. *Cuadernos de doctrina y jurisprudência penal*, Buenos Aires, v. 5, 9B, 1999.

DEUTSCHLAND. Bundesamts für Justiz. *Strafprozeßordnung StPO*. Ausfertigungsdatum: 12.09.1950. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>. Acesso em: 5 jan. 2020.

DEUTSCHER BUNDESTAG. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Versão alemã 23 maio 1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> Acesso em: 5 jan. 2020.

DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v. 19, p. 179-294, jul./set.1997.

DOTTI, Renê Ariel. Garantia do direito ao silêncio e a dispensa do interrogatório. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, n. 2000, p. 1-8, maio 2000.

ESPAÑA. *Constitución Española*. Aprobada por las Cortes Generales el 31 de octubre de 1978. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2019.

ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. *Ley Orgánica 15/2003*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21538>. Acesso em: 22 dez. 2019.

ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Acesso em: 29 jun. 2018.

ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. *Ley Orgánica 10/2007*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439>. Acesso em: 22 dez. 2019.

ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Relaciones com las Cortes e Igualdad. *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Acesso em: 29 jun. 2018.

ESPAÑA. Supremo. *STS 179/2006* (Sala de lo Penal), de 14 de fevereiro. Disponível em <https://supremo.vlex.es/vid/terrorista-pericial-adn-intimidad-an-13-20363722>. Acesso em: 22 dez. 2019.

ESPAÑA. Supremo. *STS n. 685/2010* (Sala de lo Penal), de 7 de julho. Disponível em: <https://supremo.vlex.es/vid/218421379>. Acesso em: 22 dez. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. *Sentença 103/85*, de 4 de outubro. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/it/Resolucion/Show/483>. Acesso em: 22 dez. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. *Sentença 107/1985*, de 7 de outubro. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/487>. Acesso em: 22 dez. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. *Sentença 207/1996*. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3259> Acesso em: 22 dez. 2019.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1995, v. 1.

ESPOSITO, Vitalino. A aplicação dos princípios da Convenção Europeia dos Direitos do Homem no processo penal italiano. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 4, n. 2, p. 217239, abr./jun. 1994.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. John Murray vs. Reino Unido against The United Kingdom. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57980%22%5D>. Acesso em: 3 dez. 2019.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Third Section. *Case Detlef-Harro Schmidt v. Germany (Application n. 32352/02)*. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-72120%22%5D>. Acesso em: 26 jan. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case X. v. Austria (Application/Requete 8278/78)*. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-74223%22%5D>. Acesso em: 20 jan. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case X. v. Netherlands* (Application/Requete 8239/78). Disponível em:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-74224"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 6 jan. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Roger ACMANNE and others v. BELGIUM* (Application/Requete 10435/83). Disponível em:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-74749"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 20 jan. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Theodorus Albert Ivo PETERS v. Netherlands* (Application n. 21132/93). Disponível em:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-1835"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 20 jan. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.

Acesso em: 7 fev. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Court (Chamber). *Case of Malone v. The United Kingdom (Article 50)*. (Application n. 8691/79). Disponível em:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57532"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 22 jan. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Court Chamber. *Case Saunders v. United Kingdom* (Application n. 19187/91). Disponível em:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-58009"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 20 jan. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS – Court in brief. Disponível em:

https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf . Acesso em: 5 jan. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Court (Plenary). *Case of The Sunday Times v. The United Kingdom*. (Application n. 6538/74). Disponível em:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57584"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 22 jan. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. *Case of Jallh v. Germany* (Application n. 54810/00). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-76307"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 2 fev. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. *Case of Bikov v. Russia*. (Application n. 4378/02). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-91704"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 27 jan. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. *Case of Gäfgen v. Germany*. (Application n. 22978/05). Disponível em:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-99015"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 27 jan. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Second Section. *Case of J.B. v. Switzerland*. (Application n. 31827/96). Disponível em:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-59449"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 2 fev. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 2ª Secção. *Caso Bogumil c. Portugal* (Application n. 35228/03). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-119158"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 21 jan. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Third Section. *Case Detlef-Harro Schmidt v. Germany* (Application n. 32352/02). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-72120"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 26 jan. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Third Section. *Case Michael Boyce against Ireland* (Application n. 23663/06). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-86622"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 21 jan. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Fourth Section. *Case of Heaney and McGuinness v. Ireland* (Application n. 34720/97). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-59097"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 2 fev. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Fourth Section. *Case of Allan v. The United Kingdom* (Application n. 48539/99). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-60713"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 2 fev. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Fifth Section. *Case Yuriy Volkov v. Ukraine* (Application n. 45872/06). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-139170"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 21 jan. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Fourth Section. *Case of Allan v. The United Kingdom*. (Application n. 48539/99). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-60713"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 27 jan. 2018.

FALCONE, Roberto A. *Las garantías del imputado frente a la persecución penal estatal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2007.

FELICIONI, Paola. Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma. *L'indice penale*, Padova, v. 2, n. 2, p. 495-526, 1999.

FELICIONI, Paola. *Le ispezioni e perquisizioni*. Tratado di Procedura Penale (série), Milão: Giuffrè, 2004.

FELLER, Marcelo. Lei n. 12.654/12: solução ou problema? *Revista Jurídica Consulex*. Brasília-DF, v. 17, n. 389, p. 38-39, 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. A mudança no tratamento do interrogatório. *Boletim Ibccrim*, São Paulo, v. 17, n. 200, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIDALGO, S. Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 16, n. 1, p. 115-150, 2006.

FIORI, Ariane Trevisan. *A prova e a intervenção corporal: sua valoração no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRAZÃO, Ana; LINDOSO, Maria Cristine. DNA. O projeto anticrime de Moro e o problema de tratamento de dados genéticos. *Jota*, 13/02/2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-projeto-anticrime-de-moro-e-o-problema-do-tratamento-de-dados-geneticos-13022019>. Acesso em: 7 jul. 2019.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. Brasil. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 217 A III), 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em 22 abr. 2018.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; GARRIDO, Fabíola. Consentimento informado em genética forense. *Acta Bioethica*, v. 12, n. 2, p. 299-306, 2013.

GASPAR, António Gapar. Proteção internacional dos direitos humanos: sistema da Convenção Europeia. *Sub judice: Justiça e Sociedade*, Coimbra, n. 28, 2004.

GIACCA, Mauriuccia. In tema di pelievo ematico: brevi note a margine dela sentenza dela Corte Cost. *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v. 40, n. 2, p. 302-611. Milão: 1997.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Luís Flávio; SANCHES, Rogério. Lei 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade? Disponível em: <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814909/lei-12654-12-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade>. Acesso em: 20 dez. 2018.

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

GÓMEZ AMIGO, Luis. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2003.

GÖSSEL, Karl Heins. *El derecho procesal penal em el estado de derecho: obras completas*. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal – Culzoni, 2007.

GRECO, Rogério. Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília-DF, v. 17, n. 389, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*. São Paulo: FADUSP, 1993.

GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*. Milano: Giuffrè, 1972.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GURIDI, José Francisco Etxeberria. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal – inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*. Madrid: Trivium, 1999.

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

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Campinas: Bookseller, 2005.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 39, 2007. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista39/Revista39_216.pdf. Acesso em: 11 jul. 2019.

HAMMERSCHMIDT, Denise. *Identificación genética, discriminación y criminalidade: un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil. Actualizada por la Ley 12.654/2012*. Curitiba: Juruá, 2012.

HELMHOLZ, Richard H. Origins of the privilege against self-incrimination: the role of the European *ius commune*. *New York University Law Review*, New York, v. 65, 1990.

HELMHOLZ, Richard H. et al. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: Universidade de Chicago, 1997.

HOBBS, Thomas. *De cive*. Parte I, cap. II, n. 19. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Nota Técnica sobre Pacote Anticrime*. [s.d.]. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf. Acesso em: 7 jul. 2019.

ITALIA. *Codice di Procedura Penale*. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>. Acesso em: 26 dez. 2019.

ITALIA. *Codice di Procedura Penale*. Libro V - Indagini preliminari e udienza preliminare Disponível em: <http://www.altalex.com/documents/news/2014/01/15/attivita-a-iniziativa-della-polizia-giudiziaria>. Acesso em: 29 jun. 2018.

ITALIA. *Codice di Procedura Penale*. Libro III – Mezzi di prova. Disponível em: <http://www.altalex.com/documents/news/2014/07/15/mezzi-di-prova>. Acesso em: 29 jun. 2018.

ITALIA. Corte Costituzionale. *Sentenza 54/1986*. Disponível em: <http://www.giurcost.org/decisioni/1986/0054s-86.html>. Acesso em: 26 dez. 2019.

ITALIA. Corte Costituzionale. *Sentenza 238/1996*. Disponível em: <http://www.giurcost.org/decisioni/1996/0238s-96.htm>. Acesso em: 26 dez. 2019.

ITALIA. Senato della Republica. *Costituzione Italiana*. Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 26 dez. 2019.

LACERDA, Carolina. *William Tyndale* – Série Reformadores, 29 set, 2017. Disponível em: <http://www.euvosescrevi.com.br/william-tyndale/>. Acesso em: 1º jul. 2018.

LANGBEIN, John H. The historical origins of the privilege against self-incrimination at Common Law. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 92, p. 1047-1085, 1994.

LEVY, Leonard Williams. *Origins of the Fifth Amendment: the right against self-incrimination*. 2. ed. Chicago: Ivan R. Dee paperback, 1999.

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

LOPES JUNIOR, Aury. Lei n. 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim Ibccrim*, São Paulo, v. 20, n. 236, p. 5-7, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado de derecho processual penal*. Navarra: Aranzadi, 2004.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Projeto “Anticrime” e Banco Nacional de Perfil Genérico: nem tudo que reluz é ouro. *Consultor Jurídico*, 5/03/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-05/academia-policia-banco-nacional-perfil-genetico-nem-tudo-reluz-ouro>. Acesso em: 7 jul. 2019.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei n. 12.654/2012 e os direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v. 20, n. 98, 2012.

MALTA.VALLE.Advogados. Brasília, 20 mar. 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749423521&prcID=4991018#> Acesso em: 8 jul. 2019.

MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. A (des)regularização da obtenção do material genético no processo penal brasileiro: arbitrariedade e autoritarismo. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 11, n. 63, p. 78-92, 2014/2015

MARRAFON, ROBL & GRANDINETTI. Advocacia, 26 mar. 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749474951&prcID=4991018#>. Acesso em: 8 jul. 2019.

MARTELETO FILHO, W. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MASSACHUSETTS CONSTITUTION OF 1780, PT. 1. Handlin 442-48. Disponível em: http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/bill_of_rightss6.html. Acesso em: 1 maio 2018.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. A identificação compulsória pelo perfil genético e a hipérbole do direito ao silêncio. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58233/a-identificacao-compulsoria-pelo-perfil-genetico-e-a-hiperbole-do-direito-ao-silencio> Acesso em: 8 dez. 2019.

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

MELLADO, José Maria Asencio. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Tirant lo Blanch, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1994.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998, t. iv.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. São Paulo, 16 mar. 2001. Disponível em file:///C:/Users/maria/Downloads/46798-95434-1-PB.pdf. Acesso em: 9 dez. 2019.

MOURA, Maria Thereza R. Assis; MORAES, Maurício Zanoide. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, n. 6, p. 134, 1994.

NEW HAMPSHIRE STATE CONSTITUTION. Part 1, Bill of Rights. 1784. Disponível em: <https://www.nh.gov/glance/bill-of-rights.htm>. Acesso em: 1º maio 2018.

NORTH CAROLINA RATIFYING CONVENTION. Declaration of Rights and Other Amendments. 1 Aug. 1788, Elliot 4: 242-46, 248-49. Disponível em: http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/bill_of_rightss10.html. Acesso em: 1º maio 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 12. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2013.

NEW HAMPSHIRE STATE CONSTITUTION. *Bill of Rights*. Part 1. 1784. Disponível em: <https://www.nh.gov/glance/bill-of-rights.htm>. Acesso em: 1º maio 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 12. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

O'REILLY, Gregory W. England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Chicago, v. 85, n. 2, p. 402-452, 1994.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y Constitución*. Civitas: Madrid, 1988.

PASTOR, José Martín. La recogida por la policía judicial de muestras biológicas para la práctica de la prueba pericial de ADN em el processo penal y el régimen de sometimiento del sujeto passivo de las medidas de inspección, registro o intervención corporal. In: *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário*, n. 89, v. 9, 2012.

PENNSYLVANIA CONSTITUTION OF 1776. *Declaration of Rights*. Thorpe 5:3082-84. Disponível em: http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/bill_of_rightss5.html. Acesso em: 1º maio 2018.

PEREZ MARIN, Maria Ángeles. El ADN como método de identificación em el processo penal. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 33, n. 132, 2012.

POMPEU, Ana. Sem autoincriminação. Supremo declara inconstitucional condução coercitiva para interrogatórios. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 14 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/supremo-proibe-conducao-coercitiva-interrogatorios>. Acesso em: 26 jun. 2018.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Lei n. 5/2008*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1506&tabela=leis. Acesso em: 22 dez. 2019.

PORTUGAL. *Constituição da República*. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 5 jan. 2020.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Legislação. *Código de Processo Penal*. DL n.º 78/87, de 17 de fevereiro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis. Acesso em: 5 jan. 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão 155/2007*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html> Acesso em: 26 dez. 2019.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão 228/2007*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070228.html>. Acesso em: 26 dez. 2019.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Legislação. DL n. 78/87, de 17 de fevereiro. *Código de Processo Penal* (versão atualizada). Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&artigo_id=&tabela=leis&nversao=&ficha=101&pagina=&so_miolo. Acesso em: 29 jun. 2018.

PUCCIARELLO, Mariana. *Derecho a no autoincriminarse y deber de colaborar en el ámbito tributário*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011.

PUGLIESI, Giovanni. Per l'individuazione dell'onere della prova nel processo romano per formulas. In: PUGLIESI, Giovanni (Org.). *Studi in onore di G. M. de Francesco*. Milano, 1957. v. 1.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? *Boletim Ibccrim*, São Paulo, Ibccrim, v. 21, n. 250, p. 7-9, 2013.
- RAMAJOLI, Sergio. *La prova nel processo penale*. Milano: CEDAM, 1998.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAMOS, João Gualberto G. *Curso de processo penal norte-americano*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- RAMOS, Vania Costa. Corpus Juris 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare* (parte I), out./dez. 2006.
- ROSSETTO, Ênio Luiz. *A confissão no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2001.
- ROXIN, Claus. *La evolucion de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000
- ROXIN, Claus. *Passado, presente y futuro del derecho procesal penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- RUIZ, Thiago. *A prova genética no processo penal*. São Paulo: Almedina, 2016.
- SANCHES, Rogério. Lei 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade? Disponível em: <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814909/lei-12654-12-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade>. Acesso em: 24 jul. 2019.
- SANGUINÉ, Livia Maman. O direito de não produzir prova contra si mesmo no processo penal (*nemo tenetur se detegere*). *Ibccrim*, São Paulo, 2011 [Biblioteca Digital]. Disponível em http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/260-221-Abril-2011. Acesso em: 1º set. 2016.
- SANTOS, Daniel Leonhardt dos; SANTOS, Livia Limas. *Nemo tenetur se detegere e verdade no processo penal*. In: GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes (coord.). *Processo penal e garantias constitucionais: estudos para um processo penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SAUTHIER, Rafael. *A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12*. Curitiba: CRV, 2015.
- SCHWARTZ, Bernard. *Os grandes direitos da humanidade*. Trad. A. B. Pinheiros de Lemos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979.
- SENDRA, Vicente Gimeno. *Manual de derecho processal penal*. Madrid: Colex, 2010.

SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

SILVA, Rodrigo Vaz. *Garantia da não auto incriminação*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-80/garantia-da-nao-auto-incriminacao>. Acesso em: 3 dez. 2019.

SILVA, Sandra Oliveira e. O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, Porto, v. 10, jan./dez. 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVANO, Anderson Rodrigo. *O conteúdo do princípio do nemo tenetur se detegere na Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

SOUZA, José Barcelos de. “Bafômetro, intervenções corporais e direitos fundamentais”. *Recursos, artigos e outros escritos: doutrina e prática civil e criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Paulo Sérgio Ricardo de. *Temas de direito processual penal constitucional aplicado*. Niterói: Impetus, 2006.

STEINER, Sylvia Helena de F. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

TAK, Peter J.P.; HOMMES, Gertrude A. Van. Le Test ADN et la procédure pénale em Europe. *Revue de Science criminelle et de droit penal compare*, out-dez, 1993.

TEDESCO, Ignacio F. La libertad de declaracion del imputado: una análisis histórico-comparada. In: HENDLER, Edmundo D. (Comp.). *Las garantías penales y processuales: enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2011. p. 29-63.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 3.

TOVIL, J. A proteção contra a auto-acusação compulsória aplicada à persecução penal. In: LIMA, M. P.; ROBEIRO, B. de M. (coord.). *Estudos criminais em homenagem a Weber Martins Batista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

UNITED KINGDOM. Legislation. *Police and Criminal Evidence Act*. 1984. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/pdfs/ukpga_19840060_en.pdf. Acesso em: 20 dez. 2019.

UNITED KINGDOM. Legislation. *Companies Act. 1985*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/6/contents>. Acesso em: 4 jan. 2018.

UNITED KINGDOM. Legislation. *Criminal Justice and Public Order Act. 1994*. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents>. Acesso em: 20 dez. 2019.

UNITED KINGDOM. Legislation. *Criminal Justice Act*. 2003. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents>. Acesso em: 20 dez. 2019.

UNITED NATIONS. Human Rights. *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cat.aspx>. Acesso em: 16 jul. 2018.

UNITED NATIONS. *Statute of The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. Disponível em: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf. Acesso em: 22 abr. 2018.

UNITED NATIONS. *Statute of The International Tribunal for Rwanda*. 1994. Disponível em: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf. Acesso em: 22 abr. 2018.

UNITED NATIONS. *Update statute of The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. September, 2009. Disponível em: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf. Acesso em: 22 abr. 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. *Constitution*. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 5 jan. 2020.

UNITED STATES. Senate. *Constitution of United States*. 1787. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 17 jul. 2018.

UNITED STATES. Supreme Court. *Holt v. United States*, 218 U.S. 245 (1910). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/218/245/>. Acesso em: 26 dez. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. *Breithaup v. Abram*, 352 U.S. 432 (1957). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/352/432/>. Acesso em: 26 dez. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/>. Acesso em: 26. dez. 2019.

VALE, Ionilton Pereira do. O direito ao silêncio no interrogatório no direito penal pátrio e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, v. 929, p. 419-458, mar. 2013.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Novas tecnologias e antigos clamores punitivos na Justiça Criminal: considerações em busca de critérios para a utilização de exames genéticos no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, 2014.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes (coord.). *Processo penal e garantias constitucionais: estudos para um processo penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

VERREL, Torsten. *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren: ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten Verfahrensgrundsatzes*. Munique: Bezk, 2001.

VIGONI, Daniela. Corte costituzionale, pelievo ematico coativo e “test” del DNA. *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1996.

ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Mármore. O direito ao silêncio: evolução histórica. Do talmud aos pactos e declarações internacionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 48, jul-set, 2004.