

INTERVENÇÕES CORPORAIS COERCITIVAS, *NEMO TENETUR SE DETEGERE* E INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS: É O FIM DO DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO?

*COERCIVE BODY INTERVENTIONS, NEMO TENETUR SE DETEGERE,
AND TECHNOLOGICAL INNOVATIONS: IS THIS THE END OF THE
RIGHT NOT TO PRODUCE EVIDENCE AGAINST ONESELF?*

MARIA PAES BARRETO DE ARAUJO CARVALHO

Doutoranda em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo (USP/SP). Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo (USP/SP). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Professora de Direito Penal na Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Assessora da 6ª Turma Disciplinar do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB (TED/OAB). Integra o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Advogada criminalista.

<http://lattes.cnpq.br/5204299009341064>

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-8947-2578>].

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.87>].

mariapbaraujo@gmail.com

Recebido em: 29.03.2021

Aprovado em: 20.07.2021

Última versão da autora: 30.07.2021

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: O presente artigo 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 e concluir se esse direito se estende (ou não) às intervenções corporais coercitivas, geralmente praticadas de maneira invasiva. Além disso, busca avaliar se tal conclusão pode ser alterada diante de novos, modernos e tecnológicos meios de obtenção de prova que permitam a coleta de elementos corporais de maneira não invasiva, sem afetação da integridade física do sujeito a eles submetido.

ABSTRACT: This article addresses the *nemo tenetur se detegere* principle, which entails the right against self-incrimination, and its relation to coercive body interventions. The general objective is to analyze and conclude whether this right should (or not) be extended to coercive body interventions, often practiced under invasive manners. Also, it aims to assess whether such conclusion may be altered when faced with the novel, modern, and technological means of evidence-gathering, which allows for the collection of bodily elements under a non-invasive manner, without affecting one's physical integrity when

Para tanto, utiliza-se a metodologia teórica e documental baseada em pesquisa bibliográfica, bem como a pesquisa empírica. Estruturalmente, o texto primeiro recorre ao conteúdo e ao conceito do princípio *nemo tenetur se detegere* e de intervenções corporais coercitivas. Utiliza, na sequência, os julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre o tema e a realidade brasileira na seara legislativa, doutrinária e jurisprudencial. Tendo em vista a controvérsia sobre o assunto e a sua discussão ainda insuficiente em solo nacional, mas já avançada internacionalmente – inclusive levando em consideração possíveis inovações tecnológicas que permitam a prática de intervenções corporais coercitivas de maneira não invasiva e sem afetação da integridade do sujeito passivo – mostra-se fundamental o presente estudo.

PALAVRAS-CHAVE: *Nemo tenetur se detegere* – Garantia contra autoincriminação – Intervenções corporais – Corte Europeia de Direitos Humanos – Tecnologia.

subjected to them. To this end, the theoretical and documentary methodology based on bibliographic research is used allied with empirical research. Structurally, first the contents and concepts of the *nemo tenetur se detegere* principle and of coercive body interventions are taken into account. It uses, in the aftermath, the jurisdiction cases from the European Court of Human Rights on the theme and the Brazilian reality on the jurisprudence, law, and doctrine instances. In view of the controversy on the subject and its discussion still insufficient on national soil, but already advanced internationally – including in a non-invasive manner and without jeopardizing the physical integrity of one submitted to the measure – the present study is important.

KEYWORDS: *Nemo tenetur se detegere* – Guarantee against self-incrimination – Coercive body interventions – European Court of Human Rights – Technology.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito e conteúdo do princípio *nemo tenetur se detegere* e das intervenções corporais coercitivas. 2.1. Conceito e conteúdo do princípio *nemo tenetur se detegere*. 2.2. Conceito de intervenções corporais coercitivas. 3. Intervenções corporais coercitivas à luz dos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos. 4. Intervenções corporais coercitivas e o princípio *nemo tenetur se detegere* no Brasil. 4.1. Análise legislativa. 4.1.1. Legislação acerca do princípio *nemo tenetur se detegere*. 4.1.2. Legislação acerca das intervenções corporais coercitivas. 4.2. Análise doutrinária. 4.3. Análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. 5. Tecnologia e novos meios de obtenção de prova que impliquem somente intervenções corporais coercitivas sensíveis (e não invasivas). 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas. Legislação. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

O¹ princípio *nemo tenetur se detegere* (“nada a temer por se deter”) representa a garantia contra a autoincriminação do investigado/acusado, ou seja, assegura ao sujeito o direito de não produzir provas contra si mesmo.

1. O presente trabalho consiste em versão reduzida e compilada da dissertação de mestrado e do projeto de doutorado apresentados, pela autora, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração de Direito Processual Penal.

Historicamente, a garantia contra autoincriminação esteve fortemente ligada ao direito do acusado de se negar a falar – o chamado “direito ao silêncio”. Com o avanço da tecnologia, novos meios de prova e de obtenção de prova foram surgindo – não apenas os destinados à coleta de depoimento do investigado/acusado – como: 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.

Segundo Wagner Marteleto Filho, as intervenções corporais 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”². Nessa linha, a tendência é conceituar, enquanto intervenções corporais, as 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 submetido³.

No cenário internacional, apesar de a Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda não ter tratado diretamente do 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 de execução de intervenções corporais coercitivas aos olhos do princípio *nemo tenetur se detegere* e estabelecendo os parâmetros que devem ser utilizados para tanto – o que já vem sendo seguido, no Direito alienígena, por países como Alemanha, Espanha e Itália.

No Brasil, a regulamentação e a análise do tema – tanto pela legislação quanto pela doutrina e pela jurisprudência – são ainda embrionárias e incompletas, mas parecem contrariar o entendimento internacional, não permitindo a execução de intervenções corporais coercitivamente. Entre os argumentos utilizados por alguns juristas e julgados brasileiros, para alcançar tal posicionamento, destaca-se o fato de que intervenções corporais são procedimentos invasivos e que afetam a integridade física do acusado; logo, não poderiam ser produzidos contra a sua

2. MARTELETO FILHO, 2012, p. 107-108.

3. ARAUJO, 2020, p. 73.

vontade. *A contrariu sensu*, portanto, poder-se-ia defender que se o mesmo elemento de prova corporal do sujeito investigado fosse extraído de maneira não invasiva, sem afetação da sua integridade física, o princípio *nemo tenetur se detegere* não teria incidência. O procedimento de coleta poderia, portanto, ser realizado mesmo coercitivamente.

Existe, porém, algum meio de prova ou de obtenção de prova capaz de constatar e/ou coletar elementos corporais de maneira não invasiva, sem atingir a integridade física do acusado? E, em caso positivo, isso implicará a aceitação da prática de intervenções corporais, mesmo contra a vontade do sujeito passivo, no Brasil? E, ainda, no âmbito internacional, isso traria alguma alteração ao posicionamento já adotado com base nos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos? Em outras palavras: na hipótese de “intervenções corporais sensíveis” – por não serem invasivas e por não implicarem afetação à integridade física – estaria afastada a incidência do princípio *nemo tenetur se detegere*, sendo o fim do direito do acusado de não produzir provas (ou ao menos esse tipo de prova corporal) em seu desfavor?

Para responder a todas essas perguntas, o trabalho investigativo tem o suporte da metodologia teórica e documental baseada em pesquisa bibliográfica que permite reunir fontes secundárias – livros, revistas, periódicos, *sites* que abordam a temática, além, evidentemente, da legislação e da jurisprudência pertinentes. Também será utilizada 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 do Supremo Tribunal Federal⁴ e da Corte Europeia de Direitos Humanos⁵, no que tange a julgados relacionados às intervenções corporais coercitivas.

4. O estudo foi restrito ao Supremo Tribunal Federal, por ser a Corte guardiã das garantias constitucionais, como a da não autoincriminação, e tendo em vista o fato de a presente pesquisa não ter a intenção de realizar levantamento jurisprudencial exaustivo, mas sim avaliar se o referido Tribunal já decidiu se intervenções corporais coercitivas podem ou não ser autorizadas à luz do princípio *nemo tenetur se detegere* e, em caso positivo, examinar a argumentação apresentada. Para tanto, foi realizada pesquisa de julgados no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, sem qualquer limitação temporal, utilizando-se os seguintes termos de pesquisa: “DNA”, “autoincriminação”, “nemo teneatur”, “nemo tenetur se detegere”, “intervenção corporal”, “material genético”, “urina”, “sangue”, “extração sangue”, “coleta sangue”, “exame sangue”, “saliva” e “exame ginecológico”. Os julgados serão expostos, na seção 4.3, em ordem cronológica.
5. O corte metodológico se limitou à análise, no âmbito internacional, dos julgados das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, pois estas norteiam o entendimento e a

Para estudar, ao longo do presente trabalho, o quanto aqui exposto, o presente artigo está estruturado da seguinte maneira: primeiro estudar-se-á o conceito e o conteúdo do princípio *nemo tenetur se detegere* e de intervenções corporais coercitivas. Na sequência, analisar-se-ão os parâmetros internacionais em suas relações com as intervenções corporais coercitivas, com base nos julgados das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, e a realidade brasileira na seara legislativa, doutrinária e jurisprudencial. Com isso, concluir-se-á 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 traçados pela Corte Europeia de Direitos Humanos, isso não acontece no Brasil, em parte porque a doutrina e a jurisprudência entendem que o caráter invasivo, inerente às intervenções corporais, obsta qualquer possível execução coercitiva dessas intervenções. Finalmente, buscar-se-á entender se as conclusões extraídas das perspectivas internacionais, capitaneadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos, e especialmente nacional, seriam alteradas diante de inovações tecnológicas capazes de eventualmente possibilitar a prática de intervenções corporais coercitivas sensíveis e não mais invasivas.

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 no presente artigo 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, inclusive de maneira sensível e não invasiva – sem afetação da integridade física do sujeito passivo – 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 os posicionamentos sobre a matéria, há muito discutida no cenário internacional, mas ainda embrionária em solo nacional.

aplicação de temas de direito processual penal e de direitos humanos, dentro de seus países membros. Para além disso, entre as Cortes Internacionais, é dada atenção somente aos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos, pois não se encontrou nenhum julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos que trate especificamente de intervenções corporais coercitivas. Logo, os parâmetros europeus poderão ser importados também pelos países do continente americano como o Brasil. Para tal verificação, foi realizada pesquisa de julgados, nos sítios eletrônicos das Cortes Internacionais, sem qualquer limitação temporal, que abrangessem as expressões “coercive body intervention”, “body intervention”, “DNA”, “blood”, “urine” e “gynecological examination”. Os julgados serão expostos, na seção 3, em ordem cronológica.

2. CONCEITO E CONTEÚDO DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* E DAS INTERVENÇÕES CORPORAIS COERCITIVAS

2.1. *Conceito e conteúdo do princípio nemo tenetur se detegere*

Maria Elizabeth Queijo afirma que o princípio *nemo tenetur se detegere* tem sido considerado direito fundamental de primeira geração do indivíduo⁶: o direito à não autoincriminação, “que assegura esfera de liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado”⁷. Por estar ligado à liberdade individual, entende-se que, além de direito fundamental, o princípio *nemo tenetur se detegere* é considerado garantia⁸, em especial garantia da liberdade de autodeterminação⁹ do investigado/acusado¹⁰.

Historicamente, não há consenso acerca da origem exata do princípio *nemo tenetur se detegere*. Para fins do presente artigo, entende-se, na mesma linha de Maria Elisabeth Queijo, que foi no Iluminismo, com o desenvolvimento do processo acusatório em contraponto ao processo inquisitório antes utilizado na

6. O fato de o princípio *nemo tenetur se detegere* se manifestar como direito fundamental do indivíduo contra a autoincriminação é largamente defendido pela doutrina: GREVI, 1972, p. 2; BONAVIDES, 2000, p. 517; TUCCI, 2011, p. 299; OLIVEIRA, 2004, p. 210; QUEIJO, 2012, p. 77; DARIVA, 2015, p. 216; SILVA, 2013, p. 370; LOPES JUNIOR, 2003, p. 346-347; FIORI, 2008, p. 45; SANGUINÉ, 2011.

7. QUEIJO, 2012, p. 77.

8. Sandra Oliveira e Silva (2013, p. 370) enfatiza a dupla face do princípio *nemo tenetur se detegere* tanto como direito fundamental de liberdade quanto como garantia processual fundamental. Nesse mesmo sentido, de acordo com Teresa Armenta Deu (2010, p. 53), 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).

9. QUEIJO, 2012, p. 77. Nesse mesmo sentido: SILVA, 2013, p. 370.

10. 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 de todo o artigo, 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. Conforme Antônio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 113), “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”.

Idade Média, que a garantia contra autoincriminação se firmou na *civil law*¹¹. Vitorio Grevi explica que foi mérito dos pensadores iluministas travar reação justamente contra o tipo de processo inquisitório anterior que punha 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 direitos¹², entre eles, o direito a não se autoincriminar¹³.

Apesar de haver alguma divergência na doutrina¹⁴, Gregory W. O'Reilly e Levy Leonard Williams comentam que o desenvolvimento do processo acusatório, após batalha travada entre as cortes de *commom law* e as cortes eclesiásticas, no Direito inglês, também foi fundamental para o amadurecimento do *privilege against self-incrimination*, fórmula da garantia contra autoincriminação na *common law*¹⁵. Soma-se a isso a posição de John H. Langbein segundo a qual, para além do amadurecimento do processo acusatório, a crescente participação dos advogados de defesa no processo criminal, no chamado procedimento criminal adversarial, na segunda metade do século XVIII, mostrou-se outro fator relevante para o desenvolvimento do direito contra a autoincriminação¹⁶.

11. QUEIJO, 2012, p. 31.

12. GREVI, 1972, p. 8.

13. BOBBIO, 2004, p. 99-111

14. Richard H. Helmholz, 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 opor 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. Essas 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*. Esse *ius commune* era regularmente aplicado nas cortes de prerrogativas e nas cortes eclesiásticas. Foi nessas 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 dessa fonte continental, e não de usos imemoriais na *common law*” (tradução nossa) (1990, p. 964).

15. O'REILLY, 1994, p. 418; LEVY, 1999, p. 1055.

16. Segundo o autor, 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

Independentemente do marco histórico utilizado para a consagração da garantia contra autoincriminação, fato é que inicialmente ela sempre esteve fortemente ligada ao direito do acusado de se negar a falar – o chamado “direito ao silêncio”¹⁷. No entanto, apesar de relacionado ao direito ao silêncio¹⁸, o *nemo tenetur se detegere* não se resume a este último, que consiste em uma das vertentes contra a autoincriminação¹⁹. Ou seja, o direito ao silêncio decorre do direito do acusado de não se autoincriminar²⁰, sendo aquele, portanto, espécie do gênero mais abrangente, qual seja: o princípio *nemo tenetur se detegere*²¹.

Além do silêncio, porém, como indagado por Sandra Oliveira e Silva, o princípio *nemo tenetur se detegere* protege também outras “formas de obter do arguido, contra sua vontade, informações, vestígios ou outros materiais probatórios úteis à demonstração de sua culpabilidade”²²? Qual seria o conteúdo exato da garantia contra autoincriminação?

Não há consenso sobre o tema, pelo contrário, o que há é uma “verdadeira encruzilhada”²³, sem que a doutrina tenha conseguido chegar a uma definição exata sobre o conteúdo do princípio *nemo tenetur se detegere*. Essa “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 ele se eximisse sempre de colaborar, participar ou suportar 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 sua participação na atividade probatória, podendo a

disso, era praticamente inviável ao acusado ficar em silêncio, uma vez que precisaria falar em sua própria defesa (LANGBEIN, 1994, p. 1047-1048).

17. ALBUQUERQUE, 2008, p. 35-36.

18. Vânia Ramos Costa (2006, p. 132) 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”.

19. DARIVA, 2015, p. 223.

20. FERNANDES, 2012, p. 264-265.

21. Além de Paulo Dariva e Antonio Scarance Fernandes, já citados, são 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, 2014, p. 192-193; GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 77-79.

22. SILVA, 2013, p. 365.

23. SILVA, 2013, p. 365.

garantia contra a autoincriminação sofrer algum tipo de limitação em seu alcance e extensão.

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, são abordados na seção 4.2 do presente artigo, quando se estuda 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 no âmbito internacional²⁴.

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, seja 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”²⁵.

Nessa mesma linha, Luiz Flávio Gomes, para além do direito ao silêncio, atribui à garantia de não autoincriminação 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.”²⁶

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

24. MARTELETO FILHO, 2012, p. 102.

25. GIACOMOLLI, 2014, p. 193.

26. GOMES, 2010, p. 4.

direitos²⁷ – 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, objeto de prova”, estando a evolução do sistema de garantias fundamentais, na verdade, “na civilidade dos meios para usufruir desse objeto”²⁸ (tradução nossa), e não no afastamento total de tais meios²⁹.

Seguindo essa linha de raciocínio, nos termos ora pesquisados, a corrente majoritária³⁰ – especialmente da doutrina³¹ e da jurisprudência estrangeiras baseadas nos parâmetros trazidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos³² que serão analisados na sequência –, 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”³³.

27. Manoel da Costa Andrade (1992, p. 123) alerta que 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 concretizações históricas do processo inquisitório”. Em complementação, conforme Barja de Quiroga (2004, p. 530), 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).

28. HADDAD, 2007, p. 239.

29. DE LUCA, 1999, p. 271.

30. Nesse sentido, ver: QUEIJO, 2012, p. 373; ANDRADE, 1992, p. 120-132; ALEX, 2008, p. 108; MARTELETO FILHO, 2012, p. 86.

31. Segundo Joel Tovil (2008, p. 270), “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.

32. BARJA DE QUIROGA, 2004, p. 543.

33. QUEIJO, 2012, p. 406.

A título exemplificativo, é possível destacar alguns diferentes possíveis critérios para fixação de eventuais limites ao princípio *nemo tenetur se detegere*: (i) 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 mesmo³⁴; (ii) a garantia contra autoincriminação só alcança declarações verbais/orais do investigado/acusado, limitando-se, portanto, ao direito ao silêncio³⁵; e (iii) as provas produzidas se dividem naquelas que dependem da cooperação ativa do acusado e aquelas que implicam mero tolerar passivo³⁶, sendo somente aquelas protegidas pelo princípio *nemo tenetur se detegere*³⁷.

34. COUCEIRO, 2004, p. 52. Complementando, Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 406) 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”.

35. OLIVEIRA, 2004, p. 211.

36. As intervenções corporais implicariam, em tese, somente um mero tolerar passivo. Segundo Gabriela Cordoba (2005, p. 282), por tolerar passivo se entende o reconhecimento e a extração de sangue (intervenção corporal).

37. ANDRADE, 1992, p. 120-132. Gabriela Cordoba (2005, p. 283) destaca 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 a submissão do investigado/acusado ao reconhecimento pela vítima, solicitando a ele que permaneça em determinada posição. E a dúvida surge porque não existe um critério expresso e infalível para diferenciar tais modalidades de conduta. 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

Tendo em vista a inexistência de previsão legal ou consenso acerca dos limites do princípio *nemo tenetur se detegere*, será necessário analisar, na sequência, como vêm sendo entendidas e aplicadas as supramencionadas restrições da garantia contra autoincriminação – tanto no âmbito internacional quanto no Brasil – no que tange às intervenções corporais, especialmente levando em consideração os novos avanços tecnológicos.

Mas, afinal, o que exatamente são intervenções corporais e como elas podem ser executadas?

2.2. Conceito de intervenções corporais coercitivas

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, especialmente com a ajuda dos novos métodos de execução trazidos pelo desenvolvimento tecnológico, 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”³⁸ (tradução nossa).

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.”³⁹ (Tradução nossa.)

primeiro momento necessitará deslocar-se até o local apropriado para a realização da intervenção e, na sequência, terá de arregaçar as mangas da camisa e estender o corpo/braço em uma posição que possibilite ao médico a extração do material. 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 provas – algo típico de sistemas inquisitórios, e não de um Estado Democrático de Direito.

38. MELLADO, 1989, p. 137.

39. SERRANO, 1990, p. 290.

O mencionado autor considera que intervenções corporais já são, por natureza, coercitivas. Ou seja, não haveria dúvida sobre a possibilidade de execução coativa da 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”⁴⁰.

Luis Gómez Amigo mantém a 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 pré-constituída), 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.”⁴¹ (Tradução nossa.)

O autor sequer cita o princípio *nemo tenetur se detegere* 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.

Segundo José Francisco Etxeberria Guridi, 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 (ânus, 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.”⁴²

40. Luis Gómez Amigo (2003, p. 25) 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.

41. GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 26.

42. GURIDI, 1999, p. 64.

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 coercitivas⁴³.

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”⁴⁴. 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 e o reconhecimento pessoal⁴⁵.

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 medida⁴⁶.

Marcelo Schirmer Albuquerque complementa esse conceito ao 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”⁴⁷.

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 indivíduo e, nessa hipótese, a possibilidade da prática de coerção estaria afastada⁴⁸.

O conceito de intervenção corporal, portanto, não é pacífico. Com base nos doutrinadores expostos anteriormente, vê-se uma tendência de conceituar as

43. GURIDI, 1999, p. 35.

44. MARTELETO FILHO, 2012, p. 107-108.

45. MARTELETO FILHO, 2012, p. 104-105.

46. QUEIJO, 2012, p. 290.

47. ALBUQUERQUE, 2008, p. 99.

48. ALBUQUERQUE, 2008, p. 108.

intervenções corporais como 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.

Com base nas ideias aqui ventiladas acerca do princípio *nemo tenetur se detegere* e das intervenções corporais, analisa-se, na sequência: (i) como a Corte Europeia de Direitos Humanos vem entendendo e eventualmente autorizando a prática de intervenções corporais mesmo contra a vontade do acusado, à luz da garantia contra a autoincriminação, no âmbito internacional; (ii) como isso vem acontecendo no Brasil, com base especialmente na doutrina e nos julgados do Supremo Tribunal Federal. Finalmente, busca-se concluir se novas tecnologias que possibilitem a prática de intervenções corporais não mais invasivas, mas sim sensíveis, sem afetação da integridade física do sujeito passivo a elas submetido – como ilustrado por Maria Elisabeth Queijo e Marcelo Schirmer Albuquerque – poderiam alterar o cenário internacional e/ou nacional sobre o assunto.

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

A abordagem dos julgados das Cortes Internacionais de Direitos Humanos – como norteadores da aplicação dos direitos humanos, penal e processual penal por seus países membros – nesse ponto recairá 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 coercitivas⁴⁹. Logo, o entendimento europeu pode e deve ser ao menos observado por países de outros continentes, como o Brasil.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos – base constitutiva da Corte Europeia – não prevê expressamente a garantia contra a autoincriminação, sequer em sua vertente do direito ao silêncio. No entanto, segundo o entendimento já pacificado pela própria Corte⁵⁰, essa garantia está implícita na ideia de processo equitativo, justo, trazida pelo artigo 6º, § 1º, da Convenção.

49. Nereu José Giacomolli (2014, p. 203-208) 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 Interamericana, o autor também deixa claro não haver qualquer julgado relacionado às intervenções corporais coercitivas.

50. Nesse sentido: caso “Saunders v. Reino Unido”; caso “Heaney and McGuinness v. Irlanda”; caso “J.B. v. Suíça”; caso “Allan v. Reino Unido”; caso “Jalloh v. Alemanha”.

Há décadas, a Corte Europeia vem se debruçando sobre a análise da extensão do princípio *nemo tenetur se detegere* às intervenções corporais e decidiu, em algumas oportunidades, que à luz da garantia contra autoincriminação é possível a utilização de evidências obtidas coercitivamente do próprio corpo do investigado/acusado, ou seja, contra a sua vontade – como amostras de sangue para exame de alcoolemia ou DNA, urina, saliva, entre outros –, mesmo de maneira invasiva com afetação da integridade física, contanto que tais evidências existam independentemente da vontade do suspeito e desde que observados determinados parâmetros⁵¹.

Os primeiros julgados da Corte Europeia sobre intervenções corporais realizadas mesmo diante da negativa de submissão do acusado datam das décadas de 1960 e 1970 e 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 Convenção⁵². Somente anos depois é que foram feitas análises de intervenções corporais em relação também aos artigos 6º, § 1º (direito a um processo equitativo e, consequentemente, à não autoincriminação) e 3º (proibição da tortura e de outros tratamentos desumanos ou degradantes)⁵³.

Nessa linha, foi em 1996, ao julgar o caso “Saunders v. Reino Unido”, que a Corte Europeia teve a oportunidade de analisar, pela primeira vez, as intervenções corporais levadas a cabo mesmo contra a vontade do sujeito passiva, nos termos 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, 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

51. A metodologia utilizada para tal pesquisa foi explicada na introdução do presente artigo. Feito isso, os julgados localizados no sítio eletrônico da Corte Europeia de Direitos Humanos, estudados e utilizados para formulação das conclusões dessa parte do trabalho são: caso “X v. República Federativa da Alemanha”; caso “X v. Holanda”; caso “X v. Áustria”; caso “Acmanne e outros v. Bélgica”; caso “Peters v. Holanda”; caso “Saunders v. Reino Unido”; caso “Schmidt v. Alemanha”; caso “Jalloh v. Alemanha”; caso “Bogumil v. Portugal”; caso “Boyce v. Irlanda”; caso “Yuriy Volkov v. Ucrânia”. Ver: ARAUJO, 2020, p. 135-145.

52. Caso “X v. República Federativa da Alemanha”; caso “X v. Holanda”; caso “X v. Áustria”; caso “Acmanne e outros v. Bélgica”; caso “Peters v. Holanda”.

53. Caso “Saunders v. Reino Unido”; caso “Schmidt v. Alemanha”; caso “Jalloh v. Alemanha”.

de prova colhidos do próprio corpo do investigado invasivamente, 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 pela Corte Europeia 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.

Nesses mesmos julgados, a Corte Europeia 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 a 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.”⁵⁴

Em relação ao primeiro item apontado pela doutrina colacionada, frise-se que a Corte Europeia 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 investigado⁵⁵. No entanto, ao analisar os casos “Schmidt v. Alemanha” e “Jalloh v. Alemanha”, a Corte alterou esse entendimento, passando então a defender que as intervenções corporais coercitivas só poderão ser realizadas quando o crime investigado for de natureza grave. E, para além da materialidade delitiva, no caso “Jalloh v. Alemanha”, o órgão julgador apontou a necessidade de haver indícios fortes, além da dúvida razoável, de que o sujeito submetido à medida seria o autor do delito grave investigado⁵⁶.

A Corte Europeia também defende, ao longo dos julgados aqui citados, 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 país⁵⁷. E, independentemente de qual autoridade será a 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 se fundar, entre outros, no princípio da subsidiariedade, sem olvidar que intervenções corporais coercitivas devem ser tratadas como *ultima ratio*.

54. COSTA, 2011, p. 117-183.

55. Caso “Saunders v. Reino Unido”.

56. 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, 2008, p. 122-125; MARTELETO FILHO, 2012, p. 143-145; ARMENTA DEU, 2010, p. 160; HAMMERSCHMIDT, 2012, p. 148; HADDAD, 2005, p. 333.

57. Complementando, diversos autores defendem 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, 1990, p. 306-307; QUEIJO, 2012, p. 411; ALBUQUERQUE, 2008, p. 135-139; GURIDI, 1999, p. 310; CASABONA, 2010, p. 77-80; ARMENTA DEU, 2010, p. 159-160; GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 57-58; MARTELETO FILHO, 2012, p. 140-143; CARVALHO, 2008, p. 361; HAMMERSCHMIDT, 2012, p. 123-125; HADDAD, 2007, p. 245.

A análise dos julgados da Corte Europeia sobre o tema permite concluir, ainda, que medidas envolvendo intervenção corporal coercitiva, apesar de poderem/deverem ser determinadas por diferentes autoridades legais, têm de ser realizadas por um médico⁵⁸, 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 que a Corte Europeia, em passagens dos julgados “X v. Áustria” e “Acmanne e outros v. Bélgica”, refere-se à extração compulsória de sangue e saliva, a exames de Raio-X e endoscopia, entre outras intervenções corporais, como procedimentos insignificantes ou inofensivos⁵⁹. Logo, é possível concluir que, aos olhos da Corte, 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”⁶⁰, não podendo caracterizar procedimento vexatório ou humilhante. A propósito, como ficou determinado nesse mesmo julgado, para 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 investigado⁶¹.

58. A obrigação de que intervenções corporais sejam realizadas por médico é também perseguida pela doutrina: QUEIJO, 2012, p. 412; SERRANO, 1990, p. 249; HADDAD, 2007, p. 245.

59. Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano (1990, p. 289) afirma que intervenções corporais são legítimas e inofensivas. Américo Bedê Junior e Gustavo Senna (2009, p. 42) entendem que, do ponto de vista da intangibilidade corporal, o material biológico coletado por meio de intervenções corporais é insignificante.

60. 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 respaldo doutrinário: SERRANO, 1990, p. 249; OLIVEIRA, 2004, p. 220-221; ALBUQUERQUE, 2008, p. 132-133; GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 58-59; LOPES JUNIOR, 2003, p. 351; AMBOS; GUERRERO, 2019, p. 159.

61. A doutrina também entende que as intervenções corporais coercitivas não podem implicar tratamento vexatório ou degradante nem humilhar o imputado: GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 58-59; CORDOBA, 2005, p. 291-292.

Conclui-se, assim, que, aos olhos da Corte Europeia de Direitos Humanos, as intervenções corporais, mesmo que com o objetivo de buscar coercitivamente provas contra o indivíduo a elas submetido, não violam o princípio *nemo tenetur se detegere*. Não obstante – por serem uma forma invasiva de intervenção no próprio corpo do acusado, afetando, ainda que em pequeno grau, a sua integridade física – devem observar os parâmetros aqui destacados, a fim de não se equipararem a tortura e a tratamentos desumanos ou degradantes, sob pena de a prova obtida por meio de tais procedimentos compulsórios ser considerada ilícita e, portanto, inadmissível⁶².

A conclusão da Corte Europeia já vem sendo seguida pela legislação de diferentes países, como Alemanha⁶³, Espanha⁶⁴ e Itália⁶⁵ – o que demonstra uma

62. 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. São eles: caso “Allan v. Reino Unido”; caso “Bykov v. Rússia”; caso “Gäfgen v. Alemanha”.

63. O § 81-A do StPO prevê a utilização de coação física direta para obrigar o acusado a se submeter a intervenções corporais, ainda que contra a sua vontade, para a obtenção de elementos de prova de seu corpo relevantes à investigação ou ao processo. A legislação alemã ressalva somente que a intervenção precisa ser realizada por um médico, não pode pôr 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, entre elas, o estado físico do acusado e a sua constituição corporal (DEUTSCHLAND. Bundesamts für Justiz. *Strafprozeßordnung StPO*. Ausfertigungsdatum: 12.09.1950).

64. A Lei Orgânica 10/2007 espanhola, que regulamenta a base de dados de identificadores obtidos a partir de exame de DNA, estabelece que, para a investigação dos delitos listados no artigo 3.1.a, a polícia judiciária procederá à tomada de amostras e/ou fluidos corporais do suspeito, preso ou acusado, via inspeção, reconhecimento ou intervenções corporais, mesmo sem o seu consentimento, desde que a medida seja determinada por decisão judicial motivada e esteja de acordo com os termos do regramento da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. *Ley de Enjuiciamiento Criminal*).

65. O § 2º-bis do artigo 349 do Código de Processo Penal italiano, autoriza, para a identificação do suspeito da prática de delito de terrorismo, 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, nesse caso posteriormente confirmada por escrito – do Ministério Público. Por sua vez, o artigo 224-bis do Código de Processo Penal do país,

tendência, no Direito estrangeiro, 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.

Resta saber, agora, se isso também ocorre no Brasil e se a tecnologia atual possui novos e modernos meios de prova que minimizam a agressão inerente às intervenções corporais coercitivas, a fim de influenciar, ainda mais, a ausência de proteção internacional pela garantia contra autoincriminação.

4. INTERVENÇÕES CORPORAIS COERCITIVAS E O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NO BRASIL

No Brasil, o entendimento internacional trazido pela Corte Europeia de Direitos Humanos, observado por alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros e explicado na seção anterior, não tem sido seguido. Isso será demonstrado, a seguir, a partir da análise da disciplina legal, da doutrina e da jurisprudência sobre o tema.

4.1. *Análise legislativa*

4.1.1. *Legislação acerca do princípio nemo tenetur se detegere*

Diferentemente do observado em relação à Convenção Europeia de Direitos Humanos descrita na seção anterior, que sequer previu expressamente o princípio do *nemo tenetur se detegere* em seu texto, no Brasil, o direito de não produzir provas contra si mesmo se encontra positivado tanto na Constituição Federal quanto na legislação processual penal infraconstitucional.

Na redação original do atual Código de Processo 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

após alteração legislativa, 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 DNA. Ressalva-se, no entanto, que, apesar do uso da coação física direta ser autorizado, tal força somente pode ser aplicada durante o tempo necessário para o cumprimento da coleta do material corpóreo, devendo cessar imediatamente após finalizado o ato (ITALIA. *Codice di Procedura Penale*).

defesa”⁶⁶. 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”⁶⁷. Já o artigo 198 dispunha que o silêncio do acusado “poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”⁶⁸. Como se pode ver, a redação original do Código Penal possibilitava que o juiz interpretasse negativamente o silêncio do réu e que o utilizasse contra ele na hora de julgá-lo⁶⁹. 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 defesa⁷⁰.

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 calado⁷¹. Vale acrescentar que o Brasil, em 1992, aderiu ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ambos diplomas internacionais que consignam previsões expressas, relacionadas ao princípio *nemo tenetur se detegere*⁷².

66. BRASIL, 1940.

67. BRASIL, 1940.

68. BRASIL, 1940.

69. Ao comentar o interrogatório, sob a ótica da redação original do Código de Processo Penal, Eduardo Espínola Filho afirma que ao acusado a lei assegura “a faculdade de calar, mas não dando respostas às perguntas, que lhe são feitas, por ocasião do interrogatório, não tem o direito de se esquivar das mesmas. E, na realidade, ainda prevenido de não querer o acusado responder ao que lhe é perguntado, o juiz poderá obter bons elementos de apreciação psicológica da situação, fazendo, ao réu, quando insiste no mutismo, as indagações de utilidade ao esclarecimento da causa, pois se orientará proveitosamente, examinando as reações que cada questão provoque no interrogado” (1976, p. 17).

70. MARQUES, 2000, p. 386. Nesse mesmo sentido: ESPÍNOLA FILHO, 1976, p. 25.

71. 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 (1997, p. 113), “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”.

72. Artigo 8º, § 2º, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e artigo 14, § 2º, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

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 silêncio⁷³. Desse modo, visando compatibilizar a legislação processual às previsões constitucionais, promulgou-se a Lei 10.792, de 01 de dezembro de 2003, que alterou a disciplina do interrogatório no processo penal.

Como já mencionado, 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 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”⁷⁴. 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 se calar, perde substância a regra anterior⁷⁵.

O artigo 198 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 validade⁷⁶.

73. A título exemplificativo no que tange à redação original do artigo 186, José Frederico Marques destaca que “o silêncio do acusado não pode ser interpretado em seu prejuízo, pois está garantido constitucionalmente, conforme dispõe o art. 5º, inciso LXIII. Portanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, o disposto no art. 186, do Código de Processo Penal, perdeu sua razão de ser, não podendo o mero silêncio ser prejudicial ao acusado” (2000, p. 389).

74. BRASIL, 2003b.

75. DOTTI, 2000, p. 426.

76. MIRABETE, 1994, p. 251. Segundo interpretação de Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 468), “[...] 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”.

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”⁷⁷.

4.1.2. Legislação acerca das intervenções corporais coercitivas

A previsão constitucional e legal 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 desse 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*.

Apesar de o nosso Código de Processo Penal⁷⁸ e a legislação extravagante penal e processual penal⁷⁹ estabelecerem diversos meios de prova ou de obtenção de prova, não há previsão legal expressa referente às intervenções corporais coercitivas, pois não existe dispositivo que, especificamente, regule a hipótese de, mesmo contra a vontade do investigado/acusado, aplicar-se coerção para coleta de elemento probatório de seu corpo.

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

77. HADDAD, 2000, p. 157.

78. O Código de Processo Penal dedica o “Título IV” ao tema “Da Prova”, em que 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 XI – busca e apreensão.

79. Por exemplo, a interceptação de comunicações telefônicas, regulamentada pela Lei 9.296, de 24 de julho de 1996.

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”. Assim, vê-se 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 o meio não seja ilegal ou moralmente ilegítimo⁸⁰.

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”⁸¹.

Na interpretação de Guilherme de Souza Nucci, qualquer tipo de prova pode ser produzido, desde que não contrarie o nosso ordenamento jurídico⁸². 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 expressa⁸³.

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 anteriormente, exames genéticos para análise de material biológico colhido do corpo do investigado/acusado por meio de intervenções corporais, por exemplo.

80. BADARÓ, 2012, p. 273.

81. COUCEIRO, 2004, p. 299. Nesse mesmo sentido são as palavras de Gustavo Badaró (2012, p. 273): “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”.

82. NUCCI, 2013, p. 365.

83. COUCEIRO, 2004, p. 299.

Outra previsão legal expressa e atualmente vigente em nosso ordenamento jurídico que poderia se aproximar 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”⁸⁴. É o que a população costuma chamar de “revista”⁸⁵. Tal medida pode ser feita diretamente no corpo do indivíduo averiguado, “quer por meios de investigação oculares ou manuais, quer por meios mecânicos, radioscópicos”⁸⁶.

A busca pessoal, regra geral, realiza-se com técnicas não invasivas – e, portanto, não caracteriza intervenção corporal, de acordo com a maior parte dos conceitos da medida estudados na seção 1.2.2 –, mas, por vezes, poderá ser executada mediante utilização de procedimentos invasivos, como exame ginecológico, exame do reto e endoscopia⁸⁷. Assim, apesar de não expressas na legislação brasileira, tendo em vista o princípio da não taxatividade em comento, apreende-se que as intervenções podem ser determinadas pelo juiz para coleta de elementos de prova diretamente do corpo do investigado.

A despeito do princípio da não taxatividade, de que se cuidou antes, em 2012, o legislador inovou e editou a Lei 12.654, que prevê “a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal”⁸⁸, além de outras providências. Esse diploma legal alterou dois estatutos jurídicos distintos: (i) a Lei 12.037/2009, que regulamenta a identificação criminal no bojo de investigações; (ii) a Lei 7.210/1984, que disciplina a execução penal (chamada de Lei de Execução Penal).

A nova lei trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a previsão legal expressa – 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.

84. BADARÓ, 2012, p. 344.

85. Aury Lopes Junior (2013, p. 726), 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”.

86. TOURINHO FILHO, 2006, p. 384. Nesse mesmo sentido: NUCCI, 2013, p. 361.

87. QUEIJO, 2012, p. 296.

88. BRASIL, 2012.

Na parte em que trata da extração de DNA, para identificação de investigados, o texto legal nada diz acerca da hipótese de o sujeito recusar a se submeter à medida. Logo, 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.

No que tange ao trecho destinado à identificação de indivíduos já condenados por crimes praticados dolosamente com violência de natureza grave contra a pessoa, ou por qualquer delito hediondo, a Lei 12.654/2012 prevê que a identificação do perfil genético mediante extração do DNA será obrigatória e automática, não necessitando de 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. Em 2019, foi promulgado novo diploma legal, a Lei 13.964/2019, chamada de Lei Anticrime, que passou a prever que “a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético”⁸⁹ constitui falta grave.

Esse cenário sinalizou possível 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 ocorreu em seu nível máximo, que seria a possibilidade de aplicação de coerção direta para forçar a execução da medida, ainda que contra a vontade do sujeito condenado.

Diante de tudo isso, a análise da legislação brasileira, por si só, deixa margem para dúvida sobre o assunto. Essa dúvida não é tanto ligada à possibilidade de se determinar (ou não) a realização de intervenção corporal a título de prova atípica/irritual ou nos termos da Lei 12.654/2012, 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, de maneira oposta, se incide o direito de não produzir provas contra si mesmo.

4.2. Análise doutrinária

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 12.654/2012 descrita na seção anterior.

89. BRASIL, 2019b.

CARVALHO, Maria Paes Barreto de Araujo. Intervenções corporais coercitivas, *nemo tenetur se detegere* e inovações tecnológicas: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 291-336. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.87].

Diversos autores defendem uma visão bastante abrangente do princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo a qual o direito de não produzir provas contra si mesmo deve ser estendido a todo e qualquer meio de prova ou de obtenção de prova, especialmente às intervenções corporais, meios de obtenção de prova invasivos e que afetam a integridade física do acusado⁹⁰.

A título exemplificativo, Luiz Flávio Gomes entende que 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”⁹¹.

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 inocência, não se pode constranger o acusado ao fornecimento dessas provas, nem de sua negativa inferir a veracidade do fato”⁹².

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)”⁹³.

Daniel Leonhardt Santos e Livia 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 esses autores,

90. Nesse sentido está o posicionamento de: GIACOMOLLI, 2014, p. 193; GOMES, 2010; GOMES FILHO, 1997, p. 119; FERNANDES, 2012, p. 264-265; AMARAL; GLOECKNER; SANTOS, 2013, p. 271; SANTOS; SANTOS, 2014, p. 125-126; DARIVA, 2015, p. 146.

91. GOMES, 2010, p. 4.

92. GOMES FILHO, 1997, p. 119.

93. AMARAL; GLOECKNER; SANTOS, 2013, p. 271.

há uma linha tênue entre tal medida e a tortura; logo, em hipótese alguma pode ser aceita⁹⁴.

João Cláudio Couceiro e Marcelo Schirmer Albuquerque, por outro lado, 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 prova⁹⁵. 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 colhidos⁹⁶. A exceção estaria nos depoimentos orais, na acareação e na reconstituição dos fatos, sob pena de invalidar o interrogatório como meio de defesa, e 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 desobediência⁹⁷, diante de sua recusa.

Alguns doutrinadores, porém, como Maria Elizabeth Queijo, entendem que se a intervenção corporal não for invasiva, poderá ser executada mesmo contra a vontade do sujeito⁹⁸. Logo, o ponto determinante para aplicação ou não da garantia contra autoincriminação ao meio de obtenção de prova corporal seria a (in)existência de invasão física da medida. Joel Torvi, por sua vez, reconhece a tendência internacional de que o acusado tolere passivamente a produção de determinadas provas que não poderiam ser de outra maneira produzidas, como coleta de sangue, saliva ou urina, desde que tais procedimentos não impliquem risco à integridade corporal do sujeito passivo e não constituam atos humilhantes⁹⁹.

94. SANTOS; SANTOS, 2014, p. 125-126.

95. COUCEIRO, 2004, p. 358-359.

96. ALBUQUERQUE, 2008, p. 147-150.

97. ALBUQUERQUE, 2008, p. 148. 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. Nesse mesmo sentido: QUEIJO, 2012, p. 371-372.

98. QUEIJO, 2012, p. 309-315.

99. TOVIL, 2008, p. 269-270.

Apesar da falta de consenso, nota-se, na doutrinação nacional, uma predominância contrária à execução forçada das intervenções corporais diante da recusa do investigado/acusado e do condenado, aos olhos do princípio *nemo tenetur se detegere*, ainda que alguns doutrinadores defendam a possibilidade de que a sua recusa a se submeter à medida possa lhe trazer consequência negativa. Haveria possível exceção somente na hipótese de intervenções corporais não invasivas ou que não afetassem a integridade física do sujeito passiva, as quais, para alguns poucos autores, poderiam ser levadas a cabo mesmo coercitivamente.

4.3. Análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal

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, 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 grafotécnicos¹⁰⁰ nem vocais¹⁰¹. Decidiu também que a participação do acusado na reconstituição do crime é voluntária¹⁰² e que o direito ao silêncio é assegurado também nas Comissões Parlamentares de Inquérito¹⁰³. Ainda, sustentou que não se pode extrair qualquer conclusão desfavorável do suspeito ou acusado que se recusar a fazer o exame de dosagem alcoólica¹⁰⁴.

No recente e emblemático julgamento das Ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 395¹⁰⁵ e 444¹⁰⁶, o Supremo Tribunal Federal decidiu que é inconstitucional a condução coercitiva do investigado/acusado para interrogatórios.

A Suprema Corte brasileira, como se pode perceber, tende a adotar uma posição garantista e protetiva em relação ao princípio *nemo tenetur se detegere*

100. BRASIL, 1998.

101. BRASIL, 2003a.

102. BRASIL, 1991.

103. BRASIL, 2006.

104. BRASIL, 2008a.

105. BRASIL, 2018a.

106. BRASIL, 2018b.

fulcrada no entendimento de que tanto o investigado quanto o acusado não possuem obrigação de cooperar com as investigações. Será, porém, que o mesmo se aplica às intervenções corporais coercitivas, à luz da garantia contra a autoincriminação? Na sequência, será exposta uma pesquisa empírica sobre o tema, de acordo com o corte metodológico adotado¹⁰⁷.

Na *Reclamação* 2.040¹⁰⁸, o Supremo Tribunal Federal somente autorizou a realização de exame pericial compulsório em material biológico desintegrado do corpo do suspeito pois, caso fosse necessária a realização de afetação da sua integridade física para a coleta, a medida não seria autorizada, tendo em vista a garantia contra a autoincriminação.

No *Habeas Corpus* 96.219¹⁰⁹, o Ministro Celso de Mello afirmou que o réu não está obrigado a produzir elementos de convicção contra si mesmo e que pode se recusar a participar – ativa ou passivamente – de procedimentos probatórios. O julgador não citou as intervenções corporais coercitivas, mas esse julgado é relevante porque equiparou, de maneira geral, as condutas ativas e passivas, defendendo que ambas estão protegidas pela garantia contra a autoincriminação. Vale lembrar que, como exposto na seção 1 deste artigo, entende-se que intervenções corporais são condutas passivas, pois o imputado somente suporta que terceiros extraiam elementos de seu corpo, sem que haja sua cooperação ativa para tanto.

No *Habeas Corpus* 134.027¹¹⁰, o Ministro Relator Edson Fachin defendeu a possibilidade “de que as forças persecutórias, de forma não invasiva, colham as provas reputadas convenientes e associadas ao investigado [...]”. Ou seja, o Ministro afastou a possibilidade de intervenção corporal coercitiva, para colheita do material, mas deu a entender que a coerção seria possível, caso a coleta se desse de maneira “não invasiva”.

No Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 131.133¹¹¹, 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 a comprovação da autoria delitiva por meio de comparação genética com o esperma encontrado na bermuda da vítima. Ao analisar o tema, o Supremo Tribunal Federal sustentou que esse não foi o único argumento que levou à sua

107. A metodologia da pesquisa foi explicada na introdução deste trabalho.

108. BRASIL, 2002.

109. BRASIL, 2008b.

110. BRASIL, 2016.

111. BRASIL, 2017.

condenação, o que não seria possível. Desconsiderando a recusa do recorrente em se submeter ao exame, ainda havia diversos elementos probatórios suficientes para a sentença condenatória. A *contrario sensu*, vê-se que a Suprema Corte, no âmbito processual penal, afastou a hipótese de condenação baseada exclusivamente na recusa do investigado em se submeter à extração de material biológico para exame de DNA.

No Recurso Extraordinário 603.465¹¹², na linha do que já fora decidido no *Habeas Corpus* 134.027, o Ministro Relator Alexandre de Moraes monocraticamente defendeu que não é contemplado pelo direito à não autoincriminação o material coletado que já existe no mundo dos fatos, independentemente da vontade do agente, isto é, “arquivos de mídia contendo a voz de determinado suspeito, gravações ambientais, material genético contido em bancos de sangue ou em objetos pessoais, dentre outros”. Segundo o Ministro, à luz do princípio *nemo tenetur se detegere*, não é possível forçar o indivíduo a cooperar e participar ativamente do processo probatório. Diante disso, deferiu a expedição de mandado de busca para apreensão de objetos pessoais do réu, a fim de encontrar material genético do recorrente nos seus pertences para exame pericial.

No *Habeas Corpus* 155.364¹¹³, o Ministro Relator Alexandre de Moraes, em nova decisão monocrática, defendeu não haver 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, sem qualquer cooperação ativa de sua parte ou intervenção em seu corpo.

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 profundamente analisada pelo Supremo Tribunal Federal em comparação com os julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre o mesmo tema. No que tange à possibilidade de execução coercitiva das intervenções corporais, os julgados nacionais 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.

112. BRASIL, 2018c.

113. BRASIL, 2019a.

5. TECNOLOGIA E NOVOS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA QUE IMPLIQUEM SOMENTE INTERVENÇÕES CORPORAIS COERCITIVAS SENSÍVEIS (E NÃO INVASIVAS)

Do quanto exposto nas seções anteriores, percebe-se que (i) de um lado a Corte Europeia de Direitos Humanos autoriza a prática de intervenções corporais coercitivas, mesmo que impliquem invasão e/ou afetação da integridade física do sujeito passivo; mas (ii) de outro, o Brasil não tem autorizado a coleta de elementos probatórios, via intervenção corporal, contra a vontade do investigado/acusado, tendo em vista a garantia contra autoincriminação.

Um dos argumentos utilizados por alguns autores e parte dos julgados brasileiros estudados para alcançar conclusão contrária à posição internacional capitaneada pela Corte Europeia é o fato de que intervenções corporais são procedimentos invasivos e que afetam a integridade física do acusado, motivo pelo qual não podem ser produzidos contra a sua vontade.

Existe, porém, algum meio de prova ou de obtenção de prova capaz de constatar e/ou coletar elementos corporais de maneira não invasiva, sem atingir a integridade física do acusado – e que afastaria os argumentos contrários às intervenções corporais coercitivas no Brasil, de que se cuidou anteriormente? A resposta a essa pergunta é positiva, pois a tecnologia vem apresentando novos e modernos meios de obtenção de prova que implicam tão somente uma “intervenção corporal sensível”, e não mais invasiva.

Um exemplo é o etilômetro passivo, apelidado, nos Estados Unidos da América, de *Sniffer*. Ele é chamado de passivo porque não exige que o sujeito pratique nenhuma ação, como soprar o aparelho. Segundo uma pesquisa canadense, os *Sniffers* “detectam a presença e a quantidade aproximada de álcool do ar exalado pelo motorista por amostragem do ar ambiente próximo à sua boca”¹¹⁴ (tradução nossa). Para tanto, o aparelho “deve ser segurado a seis polegadas de distância da boca do motorista quando ele estiver falando”¹¹⁵ (tradução nossa). O *Sniffer* pode ser utilizado sem que o motorista sequer tome conhecimento da situação e, por conta disso, alguns autores defendem que ele não deva ser admitido como prova direta, mas tão somente como prova indireta, “substituindo o olfato do policial”, servindo-lhe como suspeita razoável, para requerer ao motorista que se submeta a outros testes de sobriedade como o etilômetro direto ou o exame de sangue¹¹⁶.

114. SOLOMON, 2015, p. 8.

115. SOLOMON, 2015, p. 8.

116. HAN, 2001.

John K. Van de Kamp, antigo Procurador-Geral do Estado norte-americano da Califórnia, afirmou que o *Sniffer* “é operado com mínima intromissão no tempo e na liberdade do motorista; logo, pode ser constitucionalmente empregado durante o processo de triagem numa *blitz*, para averiguar se existe suspeita razoável de que o motorista estava bebendo”¹¹⁷ (tradução nossa). Ainda segundo ele, os referidos testes podem ser “importantes evidências indiretas de que o réu estava sob influência de bebidas alcoólicas”¹¹⁸ (tradução nossa).

Um estudo elaborado pela US National Library of Medicine International Institutes of Health apurou, porém, não haver alteração significativa no número de prisões de motoristas embriagados efetuadas pelos policiais que usam o *Sniffer* e os que não usam¹¹⁹.

No Brasil, os etilômetros passivos começaram a ser implementados em 2019. Em notícia sobre o tema, policiais relataram que o aparelho “apenas indica o consumo de álcool, mas não mede a quantidade no organismo da pessoa, o que é necessário para a aplicação da multa. Por isso, em caso positivo, será preciso fazer o teste à moda antiga”¹²⁰. Ou seja, a tecnologia trazida ao Brasil ainda não permite a obtenção da prova de alcoolemia de maneira não invasiva ou sem intervenção corporal, pois o etilômetro passivo não tem a capacidade de medir o nível de álcool no sangue do motorista, sendo necessário, para tanto, a prática dos antigos testes do etilômetro direto ou de sangue – estes últimos obtidos por meio de intervenção corporal invasiva, na maioria das vezes como exame venoso ou picada do dedo.

Outro exemplo de “intervenções sensíveis” é o Raio-X, que pode ser utilizado, por exemplo, para detecção de metais e outros materiais transportados no corpo¹²¹ ou, ainda, para constatar drogas ingeridas por possíveis traficantes ou “mulas”¹²². O Raio-X já vem sendo utilizado há tempos, mas com o avanço da tecnologia esses exames estão cada vez mais precisos e menos invasivos. No entanto, alguns alertas se mostram necessários: as imagens de Raio-X podem ser facilmente distorcidas, por isso, o uso do Raio-X como evidência legal depende do conhecimento do operador da máquina, já que um erro na obtenção da

117. UNITED STATES OF AMERICA, 1989.

118. UNITED STATES OF AMERICA, 1989.

119. FELL; COMPTON; VOAS, 2008.

120. NITAHARA, 2019.

121. FIELD JR., 1967.

122. VOGEL et al., 2006.

imagem pode deixar passar informações relevantes. Além disso, são necessários vários ângulos diferentes para se obter uma visão fidedigna do corpo. Há ainda que se considerar que o Raio-X amplia o objeto, podendo fazer com que pareça ser muito maior do que realmente é. Por fim, além de a máquina de Raio-X necessitar de alguém técnico no assunto para sua operação, a análise das imagens coletadas no exame também deve ser feita por especialista, para garantir precisão e segurança¹²³.

Nos Estados Unidos da América, a utilização do Raio-X como meio de obtenção de prova já foi analisada pelos tribunais e considerada legítima nos casos “Prescott & N.W.R. Co. v. Franks” e “Mauch v. Hartford”. Com base nesses julgados, foram estabelecidos parâmetros para confiabilidade da medida: comprovação de que (i) o tipo de equipamento utilizado apresenta resultados de qualidade aceitáveis; (ii) o equipamento utilizado estava em boas condições para uso; (iii) o operador tem qualidade suficiente para a realização do exame; (iv) a imagem analisada é da pessoa cuja situação foi levada a julgamento; (v) a condição da pessoa no momento de captura da imagem de Raio-X era a mesma daquela em que se encontrava no momento do caso levado a litígio. Devem, ainda, ser apontados os métodos utilizados para o exame e as especificações técnicas sobre distâncias, ângulos e tempo de exposição para obtenção das imagens¹²⁴.

Outro exemplo inovador é a utilização da neurociência para a obtenção de provas da autoria de um crime. A eletroencefalografia (EEG) é uma técnica de mapeamento cerebral que consiste em mostrar evidências visuais ao suspeito, o qual tem sua atividade cerebral registrada conforme vai olhando as imagens vão sendo apresentadas. Caso a pessoa tenha conhecimento de tais evidências, haverá mudanças consideráveis no padrão de disparos elétricos do cérebro – o que ficará registrado no EEG. Por meio dessa técnica é possível saber, por exemplo, se o investigado possui lembranças daquele fato a ele exposto, mesmo que tenha omitido essa informação em seu depoimento¹²⁵.

Nos Estados Unidos da América, a supracitada técnica de mapeamento cerebral foi discutida no julgamento do caso “Harrington v. Satate”, no qual o condenado à pena de 22 anos de reclusão apelou da sentença em seu desfavor. Nesse momento, o acusado foi submetido ao exame de eletroencefalografia e constatou-se que suas lembranças da tarde dos fatos não condiziam com o local do

123. FIELD JR., 1967.

124. FIELD JR., 1967.

125. SHEN et al., 2017.

crime, mas sim com o local do seu álibi. Assim, acabou sendo absolvido pelo Tribunal¹²⁶. Situação semelhante ocorreu no julgamento do caso “Slaughter v. State”¹²⁷. Em ambos os casos, os tribunais entenderam que a prova neurocientífica não tem valor probatório de maneira isolada, devendo ser corroborada por outros elementos de prova colhidos ao longo da investigação e/ou do processo.

Um estudo britânico sobre o tema demonstra que a neurociência ainda não apresenta força probatória e de convencimento equivalente às provas convencionais¹²⁸, quando apresentada em julgamentos perante o júri popular¹²⁹. Nas palavras de Paul Catley e Lisa Claydon, a evidência neurocientífica ajuda a construir o caso, mas não o sustenta sozinha¹³⁰.

Na Índia, em 2008, no julgamento de dois réus pela prática de delitos de homicídio, o Tribunal local aceitou, enquanto prova, o resultado de um detector de mentiras baseado em eletroencefalografia¹³¹. Com isso, ambos foram condenados à prisão perpétua. A Suprema Corte indiana acabou revertendo as condenações, mas destacou ser permitida, sim, a utilização das provas científicas, desde que haja consentimento do réu em participar do procedimento¹³² – o que afastaria a execução coercitiva da medida, confirmando a incidência do princípio *nemo tenetur se detegere*, mesmo que tais meios de obtenção de prova impliquem, em tese, somente uma intervenção sensível, e não com afetação à integridade física do sujeito passivo.

Sjors Lighthart, ao estudar a possível execução coercitiva de procedimentos neurocientíficos, defende que tais métodos não são invasivos, em termos de privacidade, e poderiam ser realizados mesmo contra a vontade do sujeito a eles submetido¹³³. A resposta, portanto, ao questionamento sobre “se esse direito fundamental protege [o acusado] contra a leitura cerebral forense ou não depende de a leitura cerebral requerer ou não a cooperação do sujeito”¹³⁴ (tradução

126. SHEN et al., 2017.

127. SHEN et al., 2017.

128. Nos Estados Unidos da América, as evidências neurocientíficas têm sido utilizadas principalmente para mitigação da pena de morte, provando condições atenuantes do réu, mas não como prova da sua inocência (DENNO et al., 2011).

129. CATLEY; CLAYDON, 2015.

130. CATLEY; CLAYDON, 2015.

131. GIRIDHARADAS, 2008.

132. CLAYDON; CATLEY, 2017.

133. LIGTHART, 2019.

134. LIGTHART et al., 2020.

nossa). Caso o imputado precise “observar atentamente determinados estímulos ou apertar botões de sim ou não”¹³⁵, haverá participação ativa e, portanto, a impossibilidade de execução coercitiva. Ao fim, porém, o autor destaca que, na maioria dos casos, tecnologias de neurociência permitem a coleta de evidências independentemente da cooperação do sujeito, o que afastaria o princípio *nemo tenetur se detegere*¹³⁶.

Esses são somente alguns exemplos de novos e tecnológicos meios de obtenção de prova que possibilitam a coleta e/ou a constatação de elementos probatórios corporais a princípio de maneira não invasiva e sem afetação da integridade física do acusado – as chamadas “intervenções corporais sensíveis”.

E, nessas hipóteses de “intervenções corporais sensíveis” – por não serem invasivas e por não implicarem afetação à integridade física – estariam afastados alguns dos argumentos que, no Brasil, garantem a incidência do princípio *nemo tenetur se detegere* às intervenções corporais segundo parte da doutrina e da jurisprudência estudadas, como a doutrinadora Maria Elisabeth Queijo e o Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal? Em outras palavras: as inovações tecnológicas citadas anteriormente, que permitem a obtenção de provas corporais de maneira sensível, poderão implicar o fim do direito do acusado de não se submeter à produção de provas, ao menos àquelas “corporais sensíveis”, em seu desfavor?

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o que foi exposto, apreende-se que não há consenso acerca dos conceitos e conteúdo do princípio *nemo tenetur se detegere* e das intervenções corporais coercitivas. A maioria doutrinária, com a qual este estudo concorda, defende que os direitos fundamentais, entre os quais se insere o direito à não autoincriminação, não são absolutos, podendo ser restringidos com base em alguns critérios expostos na seção 1 do presente trabalho, como a ponderação de princípios/direitos com base na regra da proporcionalidade. No que tange às intervenções corporais, muitos autores já conceituam a medida como um ato probatório que afeta a integridade física do sujeito passivo, mas que independe de seu consentimento, dando a entender que o direito do investigado/acusado de não produzir provas contra si mesmo não alcança as intervenções corporais coercitivas.

135. LIGTHART et al., 2020.

136. LIGTHART et al., 2020.

No âmbito internacional, a Corte Europeia de Direitos Humanos confirma a supracitada impressão ao autorizar, ao longo de seus julgados, a prática de intervenções corporais coercitivas, mesmo à luz do princípio *nemo tenetur se detegere*, desde que seguidos determinados parâmetros, expostos na seção 2, a fim de garantir que o elemento probatório obtido não seja considerado prova ilícita.

No Brasil, as previsões legais relativas ao princípio *nemo tenetur se detegere* aludem somente ao direito ao silêncio, não deixando claro se a garantia contra autoincriminação se estende a outros meios de prova e de obtenção de prova não relacionados às declarações orais a serem prestadas pelo investigado/acusado, como no caso das intervenções corporais.

No ordenamento jurídico brasileiro, não há previsão legal expressa de intervenções corporais a serem praticadas contra a vontade do acusado, para fins probatórios, mesmo nos termos da Lei 12.654/2012, com a alteração introduzida pela chamada Lei Anticrime.

A questão, então, vem sendo analisada pela doutrina e pela jurisprudência. E, com base na maior parte dos autores nacionais e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aqui relacionados, conclui-se que, ao contrário da realidade internacional ditada pelos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos, aqui não é autorizada a coleta de elementos probatórios, via intervenção corporal, contra a vontade do suspeito, tendo em vista a garantia contra autoincriminação.

Um dos argumentos utilizado por alguns autores e parte dos julgados brasileiros estudados, para alcançar a supracitada conclusão, é o fato de que intervenções corporais são procedimentos invasivos e que afetam a integridade física do investigado/acusado, motivo pelo qual não podem ser produzidos contra a sua vontade.

A tecnologia, porém, tem trazido meios de se obter a constatação ou até mesmo a coleta de elementos probatórios corporais de maneira sensível (e não invasiva), sem a afetação da integridade física do sujeito passivo, com o uso, por exemplo, do etilômetro passivo, de modernos e precisos métodos de Raio-X, bem como de recursos neurocientíficos.

Essas inovações tecnológicas podem afastar o argumento apontado – até então utilizado por parcela da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para vedar a execução de intervenções corporais coercitivas no Brasil –, tendo em vista o princípio *nemo tenetur se detegere*, o que implicaria o fim do direito do investigado/acusado de não produzir esse tipo de prova em contra si mesmo.

Acontece que a invasividade e a afetação da integridade física do sujeito passivo não são os únicos argumentos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência

brasileiras para impossibilitar a prática forçada de intervenções corporais em solo nacional. Diversos autores e alguns julgados do Supremo Tribunal Federal estudados defendem visão bastante abrangente da garantia contra autoincriminação, segundo a qual o direito de não produzir provas contra si mesmo deve ser estendido a todo e qualquer meio de prova ou de obtenção de prova. Há até alguns autores defensores da flexibilização da garantia, mas não para possibilitar a execução coercitiva de medidas probatórias, e sim para autorizar a extração de consequências negativas da recusa do imputado – posição que diverge da adotada no presente estudo, pois é contrária à garantia constitucional da presunção da inocência. Soma-se a isso, ainda, o fato de que as chamadas “intervenções corporais sensíveis”, nos termos expostos na seção 5, não apresentam eficiência ou confiabilidade infalíveis. Logo, ainda que sejam adotados meios tecnológicos capazes de garantir a execução coercitiva de intervenções corporais sensíveis e não invasivas, a posição brasileira de vedação de tais medidas probatórias, aos olhos da garantia contra autoincriminação, pode não ser alterada.

De maneira oposta, por sua vez, a posição internacional aqui já explicada, capitaneada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, é confirmada e reforçada pela nova tecnologia. Afinal, se a Corte, desde a década de 1960, já autorizava as intervenções corporais coercitivas, mesmo se executadas de maneira invasiva, tal conclusão se torna ainda mais sólida diante da possibilidade da extração sensível de elementos probatórios do corpo do sujeito passivo.

Levando-se em consideração o panorama internacional sobre o tema e a necessidade de combate a delitos graves como o homicídio e o estupro – para os quais a coleta de provas corporais pode ser relevante –, na hipótese de novos e modernos meios de obtenção de prova permitirem a prática confiável de intervenções corporais de maneira não invasiva e sem maiores afetações da integridade física, parece razoável e proporcional a mitigação do direito individual do investigado/acusado contra autoincriminação, em face dos direitos coletivos da paz social e da segurança pública, que devem ser perseguidos pelo exercício do *ius puniendi* estatal.

Para que essa prestação jurisdicional não implique regressão a padrões inquisitórios, porém, com a redução do imputado a mero objeto de provas – o que há tempos vem sendo combatido no direito processual penal –, é preciso que os parâmetros da Corte Europeia de Direitos Humanos expostos na seção 2 sejam necessariamente observados em qualquer hipótese na qual o Brasil autorize a prática de intervenções corporais coercitivas, ainda que praticadas de maneira sensível e não invasiva.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, M. S. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- AMARAL, A. J.; GLOECKNER, R. J.; SANTOS, G. F. 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, E. B-K.; GUERRERO, O. J. *Las prohibiciones probatorias*. Bogota: Olejnik, 2019.
- ANDRADE, M. C. *Sobre a proibição de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- ARAUJO, M. P. B. *Intervenções corporais coercitivas e direito de não produzir provas contra si mesmo: análise à luz dos julgados da corte europeia de direitos humanos*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.
- ARMENTA DEU, T. *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- BADARÓ, G. H. R. I. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.
- BARJA DE QUIROGA, J. L. *Tratado de derecho processual penal*. Navarra: Aranzadi, 2004.
- BEDÊ JUNIOR, A.; SENNA, G. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- CARVALHO, L. G. G. C. A Constituição e as intervenções corporais no processo penal: existirá algo além do corpo? *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*, v. 2, n. 2, 2008. Disponível em: [https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23736]. Acesso em: 27.03.2021.
- CATLEY, P.; CLAYDON, L. The use of neuroscientific evidence in the courtroom by those accused of criminal offenses in England and Wales. *Journal of Law and the Biosciences*, v. 2, n. 3, p. 510-549, 2015.
- CLAYDON, L.; CATLEY, P. If a brain can be caught lying, should we admit that evidence to court? Here's what legal experts think. *The Conversation*, 2017. Disponível em: [https://theconversation.com/if-a-brain-can-be-caught-lying-should-we-admit-that-evidence-to-court-heres-what-legal-experts-think-80263]. Acesso em: 21.10.2020.

- CORDOBA, G. *Nemo tenetur se ipsum accusare: principio de pasividad*. In: BAI-GUN, D. (Org.). *Estudios sobre justicia penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- 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, V. R. 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, J. C. *A garantia constitucional do direito silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 8 (Coleção Estudos de Processo Penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida).
- DARIVA, P. Prova científica e o *nemo tenetur*. In: GIACOMOLLI, N. J.; AZAMBUJA, M. (Org.). *Processo penal contemporâneo em perspectiva*. Curitiba: IEA, 2015.
- DE LUCA, J. A. Notas sobre la cláusula contra la incriminación. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v. 5, 9B, 1999.
- DENNO, D. Courts' Increasing Consideration of Behavioral Genetics Evidence in Criminal Cases: Results of a Longitudinal Study. *Michigan State Law Review*, v. 967, p. 968-1047, 2011.
- DOTTI, R. A. Garantia do direito ao silêncio e a dispensa do interrogatório. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 775, maio 2000.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- FELL, J.; COMPTON, C.; VOAS, R. A Note on the Use of Passive Alcohol Sensors during Routine Traffic Stops. *Traffic Injury Prevention*, v. 9, n. 6, p. 534-538, 2008.
- FERNANDES, A. S. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FIELD JR., H. Uses and Limitations of X-Ray Pictures as Evidence. *The Forum* (Section of Insurance, Negligence and Compensation Law, American Bar Association), v. 2, n. 4, p. 219-227, 1967.
- FIORI, A. T. *A prova e a intervenção corporal: sua valoração no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GIACOMOLLI, N. J. *O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.
- GIRIDHARADAS, A. India's Novel Use of Brain Scans in Courts Is Debated. *The New York Times*, Sept. 14, 2008. Disponível em: [https://www.nytimes.com/2008/09/15/world/asia/15brainscan.html?pagewanted=1&_r=1&partner=rssnyt&emc=rss]. Acesso em: 21.10.2020.

- GOMES, L. F. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. 2010. Disponível em: [<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>]. Acesso em: 03.12.2019.
- GÓMEZ AMIGO, L. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2003.
- GOMES FILHO, A. G. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GREVI, V. *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*. Milano: A Giuffrè, 1972.
- GRINOVER, A. P.; GOMES FILHO, A. M.; FERNANDES, A. S. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GURIDI, J. F. E. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal – Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*. Madrid: Trivium, 1999.
- HADDAD, C. H. B. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- HADDAD, C. H. B. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Campinas: Bookseller, 2005.
- HADDAD, C. H. B. 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: 11.07.2019.
- HAMMERSCHMIDT, D. *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.
- HAN, K. The Technological Sniffing Out of Constitutional Rights: Assessing the Constitutionality of the Passive Alcohol Sensor III. *Journal of Law and Policy*, Nova York, v. 9, n. 3, p. 835-877, 2001.
- 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.
- 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.
- LIGHTHART, S. Coercive neuroimaging, criminal law, and privacy: a European perspective. *Journal of Law and the Biosciences*, v. 6, n. 1, p. 289-309, 2019.

- LIGHTHART, S.; DOUGLAS, T.; BUBLITZ, C.; KOOIJMANS, T.; MEYNEN, G. Forensic Brain-Reading and Mental Privacy in European Human Rights Law: Foundations and Challenges. *Neuroethics*, v. 13, 2020.
- LOPES JUNIOR, A. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- LOPES JUNIOR, A. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. rev. e atual. Campinas: Millenium, 2000. v. II.
- 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.
- MELLADO, J. M. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid: Trivium, 1989.
- MIRABETE, J. F. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1994.
- NITAHARA, A. Novo bafômetro da PRF detecta embriaguez de motorista por respiração. *Agência Brasil*, 24/07/2019. Disponível em: [<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-07/novo-bafometro-da-prf-detecta-embriaguez-de-motorista-por-respiracao>]. Acesso em: 18.10.2020.
- NUCCI, G. S. *Código de Processo Penal comentado*. 12. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- OLIVEIRA, E. P. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- 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.
- QUEIJO, M. E. *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.
- SANGUINÉ, L. M. 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: 01.09.2016.
- SANTOS, D. L.; SANTOS, L. L. *Nemo tenetur se detegere e verdade no processo penal*. In: GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, V. G. (Coord.). *Processo penal e garantias constitucionais: estudos para um processo penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SERRANO, N. G-C. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.
- SHEN, F.; TWEDELL, E.; OPPERMAN, C.; KRIEG, J. D. S.; BRANT-FONTAINE, M.; PRESTON, J.; MCTEIGUE, J.; YASIS, A.; CARLSON, M. The limited effect of electroencephalography memory recognition evidence on assessments

- of defendant credibility. *Journal of Law and the Biosciences*, v. 4, n. 2, p. 330-364, 2017.
- SILVA, S. O. 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.
- SOLOMON, R. *Passive Alcohol Sensors: A Reasonable Canadian Compromise*. Ontario: MADD, 2015. Disponível em: [madd.ca/media/docs/Passive_Alcohol_Sensors_MADD_Canada_2015.pdf]. Acesso em: 23.10.2020.
- TOURINHO FILHO, F. C. *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.
- TUCCI, R. L. *Direitos e garantias individuais no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- VOGEL, H.; HALLER, D.; LAITENBERGER, C.; HEINEMANN A.; PÜSCHEL, K. Detection of drug transport using X-ray techniques. *Archiv fur Kriminologie*, v. 218, p. 1-21, 2006.

Legislação

- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, p. 2391, 31 dez. 1940.
- BRASIL. Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. *Diário Oficial*, p. 13757, 25 jun. 1996.
- BRASIL. Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, p. 2, 02 dez. 2003b.
- BRASIL. Lei 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nºs 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. *Diário Oficial da União*, seção 1, p. 1, 29 maio 2012.
- BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. *Diário Oficial da União*, p. 1, 24 dez. 2019b.
- DEUTSCHLAND. Bundesamts für Justiz. *Strafprozeßordnung StPO*. Ausfertigungsdatum: 12.09.1950. Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/]. Acesso em: 29.07.2021.
- 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: 29.07.2021.

ITALIA. *Codice di Procedura Penale*. Disponível em: [<https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>]. Acesso em: 29.07.2021.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *HC 69.026-2*. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 10 de dezembro de 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *HC 77.135-8*. Rel. Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, 08 de setembro de 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Rcl 2040/DF*. Rel. Min. Néri da Silva. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *HC 83.096-0*. Rel. Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 18 de novembro de 2003a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *HC 89.269-8*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 21 de novembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 93.916-3*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 10 de junho de 2008a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 96.219 MC/SP*. Medida Cautelas no HC. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 9 de outubro de 2008b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 134.027*. Rel. Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 13 de abril de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *RHC 131.133 SP*. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 10 de outubro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 395*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 de junho de 2018a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 444*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 de junho de 2018b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 603465/RS*. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 11 de dezembro de 2018c. *DJe* 18.12.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 155364 / MG*. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2019a. *DJe* 11.02.2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Office of the Attorney General of the State of California. *Opinion 88-1102*. 26 de outubro de 1989. Disponível em: [https://www.courtlistener.com/pdf/1989/10/26/untitled_california_attorney_general_opinion.pdf]. Acesso em: 18.10.2020.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- O princípio da não autoincriminação e a interpretação da Corte Europeia de Direitos Humanos, de Rhasmye El Rafih e Filipe Lovato Batich – *RBCCrim* 179/197-221; e
- Princípio *nemo tenetur se detegere* no Estado Democrático de Direito, de Roberto Antônio Darós Malaquias – *RT* 941/145-176 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 1.