



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM NÍVEL DE ESPECIALIZAÇÃO EM  
DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL**

**DIEGO JOSÉ NUNES FERREIRA**

**A NECESSIDADE DE CONSENTIMENTO DO ACUSADO PARA A  
PRODUÇÃO DE PROVAS INVASIVAS**

Campina Grande  
2013

**DIEGO JOSÉ NUNES FERREIRA**

**A NECESSIDADE DE CONSENTIMENTO DO ACUSADO PARA A PRODUÇÃO DE  
PROVAS INVASIVAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Nível de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento as exigências para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal.

Orientador: Prof. Dr. Félix Araújo Neto

Campina Grande  
2013

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

F383n      Ferreira, Diego José Nunes.  
A necessidade de consentimento do acusado para a  
produção de provas invasivas [manuscrito] / Diego José  
Nunes Ferreira. – 2013.  
32 f.

Digitado.  
Monografia (Especialização) – Universidade  
Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,  
2013.  
“Orientação: Prof. Dr. Félix Araújo Neto,  
Departamento de Direito Público”.

1. Direito penal. 2. Produção de provas. I. Título.

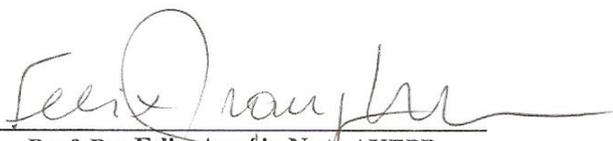
21. ed. CDD 345

DIEGO JOSÉ NUNES FERREIRA

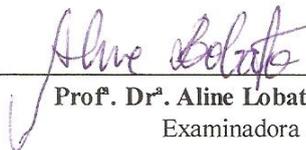
**A NECESSIDADE DE CONSENTIMENTO DO ACUSADO PARA A  
PRODUÇÃO DE PROVAS INVASIVAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Curso de Pós-Graduação em Nível de  
Especialização em Direito Penal e Processual  
Penal da Universidade Estadual da Paraíba, em  
cumprimento as exigências para obtenção do título  
de Especialista em Direito Penal e Processual  
Penal.

Aprovada em 18 de junho de 2013. Nota: 9.0.



**Prof. Dr. Félix Araújo Neto / UEPB**  
Orientador



**Prof. Dr.ª Aline Lobato / UEPB**  
Examinadora



**Prof. Me. Cláudio Simão de Lucena Neto / UEPB**  
Examinador

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus por ter me dado forças e iluminando meu caminho para que pudesse concluir mais uma etapa da minha vida.

Aos meus familiares, por todo amor e dedicação que sempre tiveram comigo, meu eterno agradecimento pelos momentos em que estiveram ao meu lado, me apoiando e me fazendo acreditar que nada é impossível.

Ao meu orientador, professor Félix Araújo Neto, pelo ensinamento e dedicação dispensados no auxílio à concretização desse trabalho.

Por fim, gostaria de agradecer a todos os professores do curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da Universidade Estadual da Paraíba, pela paciência, dedicação e ensinamentos disponibilizados nas aulas, cada um de forma especial contribuiu para a conclusão desse trabalho.

## RESUMO

O presente estudo visa examinar a necessidade e importância do consentimento do indivíduo acusado de cometimento de algum delito para a produção de provas que exigem intervenções corporais invasivas, considerando o conflito entre os princípios da Busca da Verdade Real e do *Nemo Tenetur se Detegere*, à luz da Constituição Federal e dos diversos dispositivos normativos infraconstitucionais que tratam do tema. A investigação busca definir o conceito de provas invasivas, enfrentar a divergência consistente em saber se o acusado pode ser ou não obrigado judicialmente a colaborar com a produção de tais provas e verificar qual o posicionamento doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema. Pois, embora as intervenções corporais tenham desempenhado importante papel na solução de delitos, o ordenamento brasileiro exige, como regra geral, o consentimento do acusado, visto que prevalece a dignidade humana.

A metodologia da pesquisa pretende ser bibliográfica, sendo a bibliografia referente ao tema pesquisada nos seguintes meios: livros, revistas científicas, revistas informativas, jornais impressos, repositórios de jurisprudência, entre outros.

**PALAVRAS-CHAVE:** invasiva, *nemo tenetur se detegere*, consentimento, provas, proporcionalidade, intervenção corporal.

## **ABSTRACT**

The present study aims to examine the necessity and the importance of the consent of the individual accused of committing a crime to the production of evidence requiring invasive interventions body, it considers the conflict between the principles of the Search for Truth and Real and Nemo Tenetur Se Detegere, under the vision of the Constitution Federal and various regulatory laws. The research seeks to define the concept of invasive evidences, it faces the divergence namely whether the accused may or may not legally obliged to cooperate with the production of such evidence and it verifies the doctrinal and jurisprudential position on the subject. Because, although the body interventions had become an important role in solving crimes, the brasilian legal system requires, as a general rule, the consent of the accused, in view of the human dignity. The research methodology aims to be literature, and the literature on the topic searched on the following media: books, journals, news magazines, newspapers, repositories of jurisprudence, among others.

**KEYWORDS:** invasive, nemo tenetur se detegere, consent, evidence, proporcionality, body intervention.

## SUMÁRIO

|              |  |           |
|--------------|--|-----------|
| <b>1</b>     | <b>Introdução .....</b>  | <b>08</b> |
| <b>1.1</b>   | <b>As provas que dependem de colaboração do acusado para serem produzidas ....</b>   | <b>09</b> |
| <b>1.1.1</b> | <b>As provas invasivas.....</b>  | <b>10</b> |
| <b>1.1.2</b> | <b>As provas não invasivas .....</b>   | <b>10</b> |
| <b>1.2</b>   | <b>O Princípio do <i>Nemo Tenetur Se Detegere</i>, o direito público subjetivo à prova e a busca da verdade real.....</b>                            | <b>11</b> |
| <b>1.2.1</b> | <b>Escopo da prova penal e a busca da verdade.....</b>   | <b>11</b> |
| <b>1.2.2</b> | <b>A concepção do princípio do <i>nemo tenetur se detegere</i> como direito fundamental.....</b>   | <b>14</b> |
| <b>1.2.3</b> | <b>O conflito de interesses na produção de provas que implicam em intervenção corporal .....</b>   | <b>15</b> |
| <b>1.3</b>   | <b>O consentimento na produção de provas que implicam em intervenção corporal no acusado.....</b>  | <b>17</b> |
| <b>1.3.1</b> | <b>Inexistência do dever de colaboração do acusado .....</b>   | <b>17</b> |
| <b>1.3.2</b> | <b>Consequências da recusa do acusado .....</b>  | <b>19</b> |
| <b>1.3.3</b> | <b>O princípio da proporcionalidade aplicado ao dever de colaboração do acusado .....</b>  | <b>20</b> |
| <b>1.4</b>   | <b>As diferentes concepções entre o processo penal e o processo civil no tratamento da recusa do acusado em se submeter às provas invasivas.....</b> | <b>22</b> |
| <b>1.5</b>   | <b>Bafômetro e a nova redação do art. 306 do Código de Transito Brasileiro.....</b>  | <b>23</b> |
| <b>1.6</b>   | <b>Utilização das provas invasivas fornecidas de maneira involuntária pelo acusado.....</b>  | <b>26</b> |
| <b>1.7</b>   | <b>Advertência quanto ao direito de não se submeter a exames invasivos.....</b>  | <b>26</b> |
| <b>1.8</b>   | <b>Metodologia .....</b>   | <b>27</b> |
| <b>1.9</b>   | <b>Considerações Finais.....</b>   | <b>28</b> |
| <b>2</b>     | <b>Referências Bibliográficas .....</b>  | <b>30</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

Um dos desafios basilares do Estado Democrático de Direito é a garantia efetiva da justiça e da paz social aos cidadãos por meio do *jus puniendi*, o qual busca exigir dos autores de delitos o cumprimento da obrigação de sujeição à sanção penal. No entanto, essa pretensão punitiva não pode ser voluntariamente resolvida sem um processo investigatório que esclareça quem, de fato, foi o verdadeiro infrator. Para tanto, também não pode o Estado buscar a descoberta da verdade a qualquer preço, praticando arbitrariedades e violações de direitos.

Com efeito, sendo considerado que, da aplicação do Direito Penal pode resultar a privação da liberdade de locomoção do agente, entre outras penas, não se pode descurar do necessário e indispensável respeito a direitos e liberdade individuais que, em verdade, condicionam a legitimidade do próprio aparato persecutório estatal.

Nesse contexto, surge a discussão a respeito da necessidade de consentimento do indivíduo acusado de cometimento de algum delito para a produção de provas que exigem intervenções corporais, considerando o conflito entre os Princípios da Busca da Verdade e do *Nemo tenetur se detegere*. Em que consistem os referidos princípios? O que são provas invasivas? De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, qual o procedimento para efetuar a colheita de tais provas? Qual a posição da jurisprudência dos tribunais superiores a respeito do tema? São estes alguns dos diversos questionamentos a serem esclarecidos no presente estudo.

De início, é necessário enfatizar o fato de que não há na legislação brasileira, dispositivos que mencionem expressamente se o acusado deve colaborar ou não com as provas que serão produzidas durante a persecução penal. Existem, contudo, direitos fundamentais que tutelam a integridade física e moral, a intimidade do acusado e o direito de não produzir prova contra si mesmo, bem como direitos que asseguram a produção da prova e a segurança pública.

Assim, temos de um lado o princípio do *nemo tenetur se detegere* objetivando proteger o acusado contra os excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, sendo incluído aqui o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos.

Em outra perspectiva, é percebível, sob a justificativa de manutenção da segurança pública, em razão do aumento crescente da criminalidade e da violência, uma tentativa de mitigar as garantias de não autoincriminação, ficando estabelecido que a proteção dos direitos

coletivos se encontra acima da proteção dos individuais, de forma a dar prevalência ao interesse do Estado e da sociedade na persecução penal no âmbito das provas que impliquem em intervenção corporal no acusado.

Está esclarecido, pois, o grande dilema que será enfrentado no presente trabalho: o conflito de interesses entre o poder investigatório estatal e o direito a liberdade e integridade física do acusado, pois, embora inexista um dever de colaboração deste na produção de provas, há limites que devem ser obedecidos. Por exemplo, deve ser considerado o princípio da proporcionalidade, sendo tal princípio analisado neste estudo em todos os seus aspectos, de modo que possa ser aplicado ao problema.

O estudo tem, portanto, como objetivo examinar a importância do consentimento do indivíduo acusado de cometimento de algum delito para a produção de provas que exigem intervenções corporais, considerando o conflito entre os Princípios da Busca da Verdade e do *Nemo tenetur se detegere*, à luz da Constituição Federal, do Código de Processo Penal Brasileiro e de diversos dispositivos normativos internacionais que tratam do tema. A investigação busca conhecer o conceito de provas invasivas, bem como enfrentar a divergência consistente em saber se o acusado pode ser ou não, obrigado judicialmente a colaborar com a produção de tais provas, verificando qual o posicionamento doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema.

Cumprido especificar que se trata de um estudo de cunho eminentemente bibliográfico e documental, o qual abrange um levantamento de obras respeitáveis e atualizadas, recorrendo a doutrinadores constitucionalistas e processualistas, com o fim de descobrir e explicitar as teorias e entendimentos sobre o tema. No âmbito documental será feita a análise dos dispositivos normativos nacionais e internacionais que fazem referência aos princípios constitucionais relacionados ao tema.

## **1.1 AS PROVAS QUE DEPENDEM DA COLABORAÇÃO DO ACUSADO PARA SEREM PRODUZIDAS**

Inicialmente, para um melhor estudo da questão referente à necessidade do consentimento do acusado para a produção de provas invasivas, necessário se faz uma breve análise a respeito do direito à integridade física. Esse direito, conforme Novelino (2012, p. 336), comporta duas subespécies, quais sejam: o direito ao próprio corpo e o direito às partes separadas dele. O direito ao próprio corpo é aquele que diz respeito à integridade física do

organismo e que visa assegurar a dignidade da pessoa humana protegendo o réu de ter seu organismo violado, por exemplo, por meio de tortura. Já o direito às partes separadas do corpo diz respeito à integridade física dos órgãos, ou seja, o acusado possui direito às partes separadas de seu corpo como, por exemplo, órgãos, tecido, cabelo, saliva, sangue entre outros.

É com base no direito à integridade física que o ordenamento jurídico brasileiro prevê dois tipos de provas que dependem da colaboração do acusado para que sejam realizadas, são as provas invasivas e as provas não invasivas. Esses dois tipos de provas implicam na intervenção corporal do acusado, por isso dependem de sua colaboração, pois elas nada mais são do que a realização de atos de investigação ou obtenção de provas no corpo do próprio acusado.

### **1.1.1 AS PROVAS INVASIVAS**

As provas invasivas são consideradas uma subcategoria das provas que exigem intervenção corporal do acusado, podendo ser definidas, de acordo com Lima (2012, p. 64), como “aquelas que pressupõem penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não, implicando a utilização (ou extração) de alguma parte dele”.

Podem ser citadas como exemplo de provas invasivas diversas perícias, tais como os exames de sangue, o exame ginecológico, a identificação dentária, o exame residuográfico – destinado a revelar, dentre outras substâncias, a presença de micro partículas de chumbo nas mãos das pessoas que fizeram uso de arma de fogo ou são suspeitas de tê-lo feito – e os meios empregados em buscas pessoais, dentre eles, a endoscopia e exame do reto.

Está, ainda, enquadrado no conceito de prova invasiva o exame do ar alveolar destinado a estabelecer o teor alcoólico no organismo de condutores de veículos por meio do aparelho denominado bafômetro. Pela relevância do tema, a análise da discussão envolvendo a obrigatoriedade de realização do referido exame será tratada em um tópico específico do presente estudo.

### **1.1.2 AS PROVAS NÃO INVASIVAS**

Em algumas situações, a forma de coleta da substância é que vai determinar se a prova é invasiva. É o caso das células bucais encontradas na saliva, as quais podem ser utilizadas

para a realização de exame de DNA. Caso tais células sejam colhidas na cavidade bucal, haverá uma intervenção corporal invasiva.

A discussão a respeito das provas invasivas aparece nas hipóteses em que o sujeito se recusa a colaborar. No ordenamento pátrio, não há nenhuma regulamentação sistemática das intervenções corporais. Como vigora no processo penal brasileiro o princípio da liberdade probatória (CPP, art. 155, parágrafo único), segundo o qual quaisquer meios probatórios são admissíveis, mesmo que não expressamente previstos em lei, não se deve concluir por uma absoluta inadmissibilidade da utilização, sendo necessário verificar sua compatibilidade com a Constituição Federal.

## **1.2 O PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE, O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À PROVA E A BUSCA DA VERDADE REAL**

### **1.2.1 ESCOPO DA PROVA PENAL E A BUSCA DA VERDADE**

A busca pela verdade real, não rara vezes, está substancializada como ideal no processo penal. Decorre daí a instalação de práticas probatórias, ainda que sem previsão legal, mas autorizadas pelo seu propósito: a verdade. Para Lopes Jr. (2011, p. 179), “o processo penal é um modo de construção do convencimento do juiz”, sendo que os limites impostos à prova afetam a construção e os próprios limites desse convencimento, justamente pela busca inalcançável da verdade real.

O escopo principal da prova penal é justamente uma reconstrução histórica (um reflexo) de uma realidade exterior, no juízo que se forma acerca dessa realidade. Ocorre que essa reconstrução dos fatos nunca será exata, de modo que a verdade almejada não poderá ser “real”. (Távora, 2012, p. 215).

Destarte, mesmo que seja sustentado pela concepção clássica do processo penal que o acusado pode ser obrigado judicialmente a auxiliar na produção de provas, sob o fundamento de revelar a verdade, há o entendimento de que este conceito é impreciso. Ainda que o processo penal represente para a sociedade o instrumento através do qual se obtém “justiça”, diante de uma determinada situação delituosa, a busca verdade real é de mera ilusão, eis que nunca será absoluta. Nesta esteira, segundo Lopes Jr. (2011, p. 186), tendo em vista que o juiz, na sentença, constrói a “sua” história do delito, elegendo os significados que lhe parecem válidos, o resultado final nem sempre será a “verdade”, mas sim o resultado do seu convencimento.

Ainda, Pacelli (2011, p. 137) ressalta que é equivocada a definição de “verdade real”. Primeiro porque ela nunca poderá ser real, uma vez que o juiz, ao formar sua convicção, terá realizado uma reconstrução cognitiva dos acontecimentos. De outra banda, o processo penal não se admite a modalidade de “verdade formal” (decorrente de uma presunção legal), eis que é exigida a materialização da prova, cabendo a produção de provas da existência do fato e de autoria, sendo conceituada, assim, de verdade material.

Ademais, a busca pela verdade real dentro do processo penal está diretamente ligada ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Isto porque ao almejar encontrar a verdade, tanto na investigação criminal, como durante o processo, por vezes é utilizado o acusado como objeto de prova. O direito de não produzir prova contra si mesmo acaba por interferir nessa busca “a qualquer preço” pela verdade, porquanto limita o poder do juiz.

Nucci (2011, p. 334) entende que “a apuração da verdade material no processo penal pode ensejar atos arbitrários, sobretudo, na produção de prova, sob o argumento de que outros valores envolvidos no processo seriam predominantes”. Decorre daí a prevalência da busca pela verdade, conjugada com o interesse público na persecução, sobre o direito individual de não se autoincriminar.

Na lição de Fauzi (2006, p. 122), o direito positivo encontra uma dificuldade em conciliar o conceito de segurança – necessidade de repreensão – com o respeito às liberdades individuais. O princípio do *nemo tenetur se detegere* é nítido entrave a essa possível submissão do acusado ao poder arbitrário do Estado. Muito embora a manifestação mais difundida do princípio, no processo penal, seja no direito ao silêncio do acusado, o qual tem sua decorrência principal no interrogatório, também há estreita ligação com as provas que dependem da cooperação do acusado para a sua produção.

A questão referente à violação dos direitos do acusado deve ser analisada com cuidado nos ordenamentos jurídicos. É a partir do reconhecimento do princípio *nemo tenetur se detegere* que limites são impostos aos poderes instrutórios do juiz durante a persecução penal. Não raras vezes, a fim de que contribua nas investigações, o acusado sofre abusos físicos e morais. Tais práticas de “persuasão forçada”, no momento da produção de prova, são vedadas diante do direito que o acusado tem de não produzir prova contra si mesmo.

Outrossim, o acusado possui o direito de permanecer calado no inquérito policial, da mesma forma que pode, posteriormente, silenciar em juízo, sendo que tal atitude não pode lhe causar qualquer prejuízo. Muito embora exista o interesse público na persecução penal, os

interesses do indivíduo devem ser respeitados, visto que tutelado por direitos e garantias constitucionais. Portanto, permitir que exista uma prevalência absoluta de algum dos interesses não seria uma solução cabível, eis que necessário fazer uma ponderação. Nesse sentido, destaca Lima (2012, p. 53-54):

Se, em dado ordenamento, sobrepõe-se, de todas as formas o interesse público na persecução penal, estabelece-se um direito ilimitado à prova por parte do Estado: não há vedações de meios probatórios, não há regras de admissibilidade e de exclusão de provas nem restrições à valoração destas. Não há, enfim, ilicitude da prova. Tudo se justifica em prol da busca da verdade, que é perseguida a qualquer preço. Esta é a fórmula adotada, via de regra, nos Estados autoritários. No outro extremo, havendo prevalência absoluta do interesse individual, a persecução penal estaria fadada ao fracasso. Não se admitiria, nessa ótica, nenhuma limitação aos direitos fundamentais, inclusive, ao *nemo tenetur se detegere*.

Pode se extraído do entendimento acima que a existência de um direito ilimitado à prova por parte do órgão acusador estatal não é compatível com um Estado no qual há direitos e garantias assegurados constitucionalmente aos seus cidadãos.

De outra banda, o direito à prova, elemento essencial no âmbito das garantias do devido processo legal, serve como um exercício da ação e da defesa. Subordinado à efetiva possibilidade de se demonstrar ao magistrado a realidade dos fatos imputados, tal direito é posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.

Para Queijo (2003, p. 244), da mesma maneira que a persecução penal não poderá ser inviabilizada, diante do reconhecimento de direitos fundamentais ilimitados, inclusive do *nemo tenetur se detegere*, também não será admissível que o princípio seja “aniquilado”, para dar margem ao direito à prova ilimitado e à busca irrestrita da verdade.

Rangel (2012, p. 215) assevera que esta limitação à liberdade probatória encontra fundamento quando a lei, ponderando valores, vem a considerar certos interesses de maior valor que a simples prova de determinado fato. Neste sentido, os princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana estariam a impedir que a busca da verdade se dê mediante meios que fossem reprováveis dentro de um Estado Democrático de Direito.

Deste modo, a liberdade da prova, esta entendida como o direito que têm as partes de provar, por qualquer meio idôneo e legítimo, os fatos que alegam, não é irrestrita, já que encontra limitações impostas pela Constituição e por leis infraconstitucionais. Destarte,

embora o direito à prova seja assegurado constitucionalmente, é observado que não é este direito absoluto.

### 1.2.2 A CONCEPÇÃO DO PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A expressão latina *nemo tenetur se detegere* significa, literalmente, que “ninguém é obrigado a se descobrir”, ou seja, qualquer pessoa acusada da prática de um ilícito penal não tem o dever de se autoincriminar, de produzir prova em seu desfavor, tendo como sua “manifestação mais tradicional” (Queijo, 2003, p.1) o direito ao silêncio. Outros brocardos também são utilizados no mesmo sentido, como: *nemo tenetur se ipsum prodere*, *Nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur turpidumen suan*, *nemo testis se ipsum* ou simplesmente *nemo tenetur* (Menezes, 2010, p.117).

De acordo com o art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal “o preso será informado de seus direitos, entres os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado”. O direito ao silêncio, previsto na Carta Magna como direito de permanecer calado, é apresentado apenas como uma das varias decorrências do *nemo tenetur se detegere*. Além da Constituição de 1988, o referido princípio também se encontra previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, no art. 14.3 (“Toda pessoa acusada terá direito a não ser forçada a depor contra si mesma ou a confessar-se culpada”), e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no art. 8º, § 2º, “g” (“Toda pessoa acusada de delito tem direito de não ser abrigada a depor contra si mesma, nem de declarar-se culpada”).

Em virtude do texto constitucional citado, há uma tendência equivocada de se querer equiparar o princípio *do nemo tenetur se detegere* ao direito ao silêncio. Na verdade, se mostra inadequado acreditar que o direito de permanecer calado somente confere à pessoa a garantia de que ela não pode ser obrigada a falar. Nas lições de Lima (2012, p. 56):

O que o constituinte diz, quando ele assegura o direito de permanecer calado, é que a pessoa não pode ser obrigada a se incriminar ou, em outras palavras, que ela não pode ser obrigada a produzir prova contra si. Aliás, essa última forma de revelar o conteúdo do preceito constitucional soa mais feliz, uma vez que consegue tornar mais clara a mensagem do constituinte.

Do ensinamento do nobre processualista pode se entender que o direito ao silêncio funciona como apenas uma das decorrências do princípio do *nemo tenetur se detegere*, do qual se extraem outros desdobramentos igualmente importantes. Em síntese, Lima (2012, p.

57) entende que o direito de não produzir prova contra si mesmo, que tem lugar na fase investigatória e no curso da instrução penal, abrangendo: o direito ao silêncio ou direito de ficar calado; o direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal; a inexigibilidade de o acusado dizer a verdade; o direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo; o direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva.

### **1.2.3 O CONFLITO DE INTERESSE NA PRODUÇÃO DE PROVAS QUE IMPLICAM INTERVENÇÃO CORPORAL NO ACUSADO**

No processo penal, muito embora não existam normas específicas que regulem expressamente o dever de colaboração do acusado na produção de provas, o entendimento dos doutrinadores que foram objeto de pesquisa é de que inexiste tal dever. Entretanto, conforme já mencionado, esse direito não é absoluto, sendo admitido, portanto, limitações.

Quando a produção de prova depender da colaboração do acusado, sobretudo, de intervenção no seu organismo, deparamo-nos com um problema. Isto porque, nestes casos, muitas vezes, há um confronto de direitos fundamentais.

Conforme leciona Távora (2012, p. 117), de um lado existe o interesse público, em ver satisfeita a persecução penal, tutelado pelo direito à produção de prova e segurança. De outra banda, o acusado está amparado pelo direito a não autoincriminação, bem como pelo direito à integridade física e moral, à intimidade e à dignidade humana.

O acusado, ao não possuir o dever de fornecer elementos de informação contra si mesmo, está tutelado pelo direito de não produzir prova contra si mesmo (princípio *nemo tenetur se detegere*). Nesse contexto, quando a produção da prova depender de intervenção corporal, o acusado, a priori, não está obrigado a autorizá-la, visto que pode incriminá-lo.

Com relação às intervenções corporais no acusado, para a produção de provas, Gomes Filho (2007, p. 233) esclarece:

O que se deve contestar em relação a essas intervenções, é a violação do direito à não autoincriminação e à liberdade pessoal, pois se ninguém pode ser obrigado a declarar-se culpado, também deve ter assegurado o seu direito a não fornecer provas incriminadoras contra si mesmo. O direito à prova não vai ao ponto de conferir a uma das partes no processo prerrogativas sobre o próprio corpo e a liberdade de escolha da outra. Em matéria civil, a questão tem sido resolvida segunda as regras de divisão do ônus da prova, mas no âmbito criminal, diante da presunção de inocência, não se pode constranger

o acusado ao fornecimento dessas provas, nem de sua negativa inferir a veracidade do fato.

Do trecho citado é possível extrair o posicionamento doutrinário que defende o direito do acusado de não ser obrigado a se submeter a exames periciais que possam fornecer provas incriminadoras contra si mesmo.

Além do *nemo tenetur se detegere*, existem outros direitos fundamentais que também são afetados pela produção de prova que implique intervenção corporal, especialmente as invasivas. São eles: a dignidade humana, direito à integridade física e moral, à intimidade.

O respeito à dignidade da pessoa humana, conforme as lições de Rangel (2012, p. 115), caracteriza-se como o princípio fundamental à vida privada, à integridade e à intimidade, uma vez que apontado nos direitos fundamentais, conforme artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Por constituir garantia fundamental, em qualquer situação que o indivíduo se encontre, o ordenamento jurídico deve proteger a sua dignidade, assegurando, assim, ao acusado não pode ser compelido a auxiliar na produção de provas que violem a sua dignidade.

Outrossim, a dignidade pode ser definida como “valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da sua vida, almejando o respeito parte dos demais indivíduos”, Novelino (2012, p. 417).

Queijo (2003, p. 306-7) comenta que, embora a dignidade seja um elemento indispensável à pessoa humana, traduzindo-se como valor fundamental, é observado que a maioria das provas que dependem da colaboração do acusado para a sua produção, mesmo aquelas implicam intervenção corporal, não violam a dignidade humana. Os casos excepcionais que estão inseridos neste contexto é que merecem atenção.

Nesta mesma ótica, Lima (2012, p. 61) entende que o direito à intimidade é, também, gravemente violado pelas intervenções corporais, uma vez que todos os indivíduos têm o direito de impedir que alguém se insira na sua esfera particular. O seu escopo se fundamenta na proteção da pessoa contra publicidade e outras perturbações da vida privada. Dessa maneira, o direito à intimidade também é atingido nas provas que dependem da colaboração do acusado, de modo que possui, ainda, estreita relação com o *nemo tenetur se detegere*.

O direito à integridade física e moral diz respeito à inviolabilidade do corpo e do espírito, sendo que, também é afetado às provas que dependem da colaboração do acusado, especialmente naquelas que comportam intervenções corporais invasivas.

A realização de exames invasivos sem o consentimento do agente viola este direito, pois, atinge não só a estrutura corpórea, como também, a sua alma, sendo humilhado e constrangido a oferecer o seu corpo para produção de prova, via de regra, contra si mesmo (Gomes Filho, 2007, p. 241).

Assim, todos esses direitos estão invariavelmente ligados e podem ser afetados em graus maiores ou menores dependendo da espécie de intervenção corporal realizada.

Ademais, há o entendimento de que o direito de não produzir prova contra si acaba por constituir uma barreira intransponível ao direito à produção da prova, uma vez que sua denegação, sob qualquer enfoque, “representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional” (Rangel, 2012, p. 116).

A atividade probatória frequentemente leva a intromissões na esfera privada do acusado, sob o argumento de prevalecer o interesse da sociedade na administração da justiça, uma vez que são amparados pelo direito à segurança e à produção de prova. Nucci (2011, p. 339) entende que “a limitação ao *nemo tenetur se detegere* justifica-se teologicamente: a paz social e a segurança pública são bens relevantes socialmente e são protegidos pela Constituição Federal”.

Contudo, o pensamento majoritário é o de que o direito à produção de prova não pode ser utilizado para acobertar abusos por parte do Estado, por isso, importante a observância ao princípio da proporcionalidade:

É evidente que uma situação de impunidade não pode existir, mas, igualmente, a busca de provas deve respeitar os direitos de defesa, atendendo aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, assim como da integridade física e moral, direito ao silêncio, todos decorrentes do princípio *nemo tenetur se detegere*.(Menezes, 2012, p. 17).

Em suma, diante do posicionamento sustentado, é possível inferir que a inexistência do dever de colaboração do acusado não é absoluta. Haverá restrições a esse direito, sempre em caráter excepcional, quando necessário coexistir outro direito fundamental. Essa limitação deverá atender necessariamente ao princípio da proporcionalidade, com observância aos seus pressupostos e requisitos, de modo que não haja inconstitucionalidade.

### **1.3 O CONSENTIMENTO NA PRODUÇÃO DE PROVAS QUE IMPLICAM INTERVENÇÃO CORPORAL NO ACUSADO**

#### **1.3.1 INEXISTÊNCIA DO DEVER DE COLABORAÇÃO DO ACUSADO**

O princípio do *nemo tenetur se detegere*, por configurar um direito e também uma garantia do acusado, confere a ele a poder de recusar-se a participar ativamente da produção de prova, quando esta puder ser prejudicial a sua defesa. Decorre daí a afirmação de que o ônus da prova no processo penal é da acusação, sendo ela responsável pela sua produção e vedando a obrigação da participação do acusado para tanto. Nesta linha, assevera Lopes Jr. (2011, p. 196) que, na medida em que o imputado é presumidamente inocente não lhe incumbe provar nada. Esta presunção existente deve ser destruída pelo acusador, sem que o acusado tenha qualquer dever de contribuição nessa ótica.

Em regra, a acusação não pode depender da colaboração do acusado para produzir provas em seu desfavor. Antes de qualquer coisa, o Ministério Público deve buscar outros meios de produção de prova que não necessitem da colaboração do acusado. Também é esse o entendimento de Gomes Filho (2007, p. 237-238):

No direito ao silêncio, como uma das formas de decorrência do *nemo tenetur se detegere*, encontra-se configurada claramente a inexistência do dever de colaboração do acusado na produção da prova, eis que é permitido a ele negar-se a responder às indagações formuladas pela autoridade, silenciando. O direito a não colaborar na produção de prova abrange não só o direito ao silêncio, como também, o direito a não comparecer à audiência, ou o direito a não fornecer documentos, ou material biológico para análise.

Assim, em atendimento ao princípio *nemo tenetur se detegere*, o acusado não tem o dever de cooperar na produção das provas contra si mesmo. Outrossim, a utilização de meios coercitivos para que seja produzido o material probatório não pode ser autorizado, eis que inexiste um dever de colaboração por parte do acusado e este deve ser respeitado.

Caso contrário, a execução das medidas por tais meios afrontaria diretamente o *nemo tenetur se detegere*. Diante da inexistência do dever de colaboração do acusado, a recusa em não participar da produção de determinada prova, não pode ser utilizada em seu desfavor, de modo que não autoriza qualquer presunção de culpabilidade, bem como não configura crime de desobediência.

Ademais, Queijo (2003, p. 313) analisa a diferenciação dada às provas que dependem da colaboração do acusado, entre aquelas que exigem uma cooperação meramente passiva, das que exigem uma cooperação ativa dele:

Diante do *nemo tenetur se detegere*, o que se pode exigir do acusado é a participação passiva nas provas, como o reconhecimento, a extração de sangue, entre outras. Nessa ótica, o acusado deverá tolerar a produção da prova, desde que não haja ofensa à vida ou à saúde. Mas não se pode exigir, em contrapartida, que ele participe ativamente na produção das provas (como ocorre na reconstituição do fato, no exame grafotécnico ou no

etilômetro). Somente nesse último caso haveria ofensa ao *nemo tenetur se detegere*, se o acusado fosse compelido a colaborar na produção da prova.

No que tange as provas que implicam intervenção corporal no acusado persiste a ideia da inexigibilidade de cooperação na colheita do material probatório. Isto porque segundo Lopes Jr. (2011, p. 177) submeter o imputado a uma intervenção corporal sem o seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão no interrogatório, quando se utiliza o direito ao silêncio. Tal situação seria um inequívoco retrocesso e, por consequência, geraria uma prova ilícita. Contudo, embora não exista um dever de colaboração na produção das provas, por parte do acusado, este não pode ser considerado um direito absoluto.

Em outras palavras, a partir do conflito de interesse público e privado, é necessário realizar uma ponderação entre o direito do acusado e o direito da coletividade, de maneira que tal óbice seja enfrentado a luz do princípio da proporcionalidade.

### **1.3.2 CONSEQUENCIAS DA RECUSA DO ACUSADO**

Se a Constituição Federal (art. 5º, LXIII) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. nº 678/1992, art. 8º, § 2º, “g”) asseguram ao suspeito, indiciado, acusado ou condenado, esteja ele solto ou preso, o direito de não se submeter à realização de provas invasivas, do exercício desse direito não pode advir nenhuma consequência que lhes seja prejudicial. Fosse possível a extração de alguma consequência prejudicial ao acusado por conta de seu exercício, estar-se-ia negando a própria existência desse direito.

Nesse sentido, Lima (2012, p. 73) afirma que:

O exercício desse direito não pode ser utilizado como argumento a favor da acusação, não pode ser valorado na fundamentação de decisões judiciais, nem tampouco ser utilizado como elemento para a formação da convicção do órgão julgador. Do uso desse direito não podem ser extraídas presunções em desfavor do acusado, até mesmo porque milita, em seu benefício, o princípio da presunção de inocência, de cuja regar deriva que o ônus da prova recai integralmente sobre a acusação.

Da recusa em se submeter a um exame invasivo também não se pode extrair a tipificação do crime de desobediência (art. 330 do Código Penal). Afinal, se o art. 330 do Código Penal tipifica a conduta de “desobedecer à ordem legal de funcionário público”, há de se concluir pela ilegalidade da ordem que determine que o acusado produza prova contra si mesmo. O exercício regular de um direito, de não se submeter à realização de uma prova

invasiva, não pode caracterizar crime, nem produzir consequências desfavoráveis ao acusado. Sua recusa em submeter-se à determinada prova é legítima.

O exercício do direito de não autoincriminação também não pode ser utilizado como fundamento para majoração da pena do condenado, nem tampouco para dar suporte à eventual decretação de prisão cautelar, sob o argumento (equivocado) de que o acusado não colabora com a produção probatória.

### **1.3.3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO AO DEVER DE COLABORAÇÃO DO ACUSADO**

É com base no princípio da proporcionalidade que, diante do conflito de interesses entre a busca da aplicação da medida restritiva e a proteção do direito individual a ser violado, se examinará qual dos valores deve prevalecer a partir de uma ponderação. Para tanto, é necessário que, inicialmente, seja esclarecido em que consiste o referido princípio.

Segundo Novelino (2012, p. 314), “o princípio da proporcionalidade está diretamente ligado à teoria da ponderação, de forma que os meios legais restritivos e os fins obtidos não podem ser desproporcionais”. A questão que deve ser avaliada refere-se ao modo e ao grau que se pode justificar uma ponderação orientada ao direito, isto é, demonstrar sua consonância com o ordenamento jurídico. O juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que possibilite alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins.

Destarte, conforme Nucci (2011, p. 112) “o meio, adequado e necessário para determinado fim, é justificável se o valor por ele resguardado prepondera sobre o valor protegido pelo direito a ser restringido”.

Em que pese a Constituição não adote expressamente o princípio da proporcionalidade, ele é decorrente de outros direitos fundamentais e, portanto, não pode ser limitado a ponto de ser afetado o seu conteúdo principal.

Foi durante a vigência da Constituição de 1988 que restou consolidado o princípio da proporcionalidade, muito embora o Supremo Tribunal Federal já o tenha reconhecido anteriormente. Neste sentido, Mendes (1999, p. 87) destaca a utilidade do mencionado princípio no direito brasileiro como postulado constitucional:

Consolidado o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem a sua *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal

(art. 5º, inciso LIV). Por outro lado, afirma-se de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido).

Diante de tais lições do ilustre Ministro, fica evidente que a eficácia do princípio da proporcionalidade é plenamente compatível com a ordem constitucional brasileira. Foi justamente nesse sentido que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu que esse princípio tem hoje sua *sedes materiae* no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

A inexistência do dever de colaboração do acusado é decorrente do princípio do *nemo tenetur se detegere* e, portanto, não constitui direito absoluto, admitindo exceções. São aplicados limites ao *nemo tenetur se detegere* em razão da necessidade de coexistência de outros direitos fundamentais. As restrições a esse direito fundamental que o acusado possui serão admitidas de forma excepcional. Nestes casos, é aplicado, obrigatoriamente, o princípio da proporcionalidade, por lei, para que não haja inconstitucionalidade.

A fim de evitar arbitrariedades do Estado, somente a partir de lei prévia é que poderá ser operado o princípio. Fica excluído, assim, a possibilidade de o julgador restringir o *nemo tenetur se detegere* conforme seu livre entendimento. Ademais, Lima (2012, p. 71) entende que o julgador deverá atentar, se a lei que restringe o direito a não autoincriminação, contém os requisitos e subprincípios do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito).

Outrossim, Nucci (2011, p. 368) preleciona que ao princípio da proporcionalidade, quando são limitados direitos fundamentais, sendo imposta a motivação da decisão judicial que restrinja o direito, porque somente assim será possível apreciar as razões que justifiquem o sacrifício a tal direito.

Por fim, a lei (estrita e prévia) que determinará as restrições deverá atender ao princípio da proporcionalidade, nos seguintes termos, conforme conclui Queijo (2003, p. 361): a restrição ao *nemo tenetur se detegere* deverá ser indispensável; ser menos gravosa possível para o acusado; ser idônea para a produção da prova pretendida que, por sua vez, deverá ser útil para o processo, incidindo sobre sujeito determinado contra o qual existam indícios de autoria ou participação em infração penal; ser razoável, sendo um dos parâmetros a gravidade da infração penal investigada. Quanto mais grave a restrição ao *nemo tenetur se detegere*, maior deverá ser a gravidade do delito investigado e mais robustos deverão ser os indícios de autoria ou participação na infração penal; em todos os casos, respeitar a saúde do acusado e sua dignidade.

Em suma, diante do posicionamento sustentado, a inexistência do dever de colaboração do acusado não é absoluta. Haverá restrições a esse direito, sempre em caráter excepcional, quando necessário coexistir outro direito fundamental. Essa limitação deverá atender necessariamente ao princípio da proporcionalidade, com observância aos seus pressupostos e requisitos, de modo que não haja inconstitucionalidade.

#### **1.4 AS DIFERENTES CONCEPÇÕES ENTRE O PROCESSO PENAL E O CIVIL NO TRATAMENTO DA RECUSA DO ACUSADO EM SE SUBMETER ÀS PROVAS INVASIVAS**

Conforme vem se demonstrando no presente estudo, no que diz respeito às provas invasivas, por conta do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o suspeito, indiciado, preso ou acusado não é obrigado a se autoincriminar, podendo validamente recusar-se a colaborar com a produção da prova, não podendo sofrer qualquer gravame em virtude dessa recusa.

Mas, apesar do direito de não produzir prova contra si mesmo ter aplicação no âmbito penal e extrapenal, diversas são as consequências da recusa em se submeter às provas invasivas no processo penal e no processo civil. Porquanto, o princípio da presunção de inocência vigora exclusivamente no campo penal.

Em outras palavras, no âmbito cível também é possível que o agente se recuse a produzir prova contra si mesmo, entretanto ali não tem aplicação o princípio da presunção de inocência, sendo a controvérsia resolvida com base na regra do ônus da prova, pois a recusa do réu em se submeter ao exame pode ser interpretada em seu prejuízo.

Nesse sentido, aliás, dispõe o art. 232 do Código Civil: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”. Por sua vez, a Súmula nº 301 do Superior Tribunal de Justiça destaca que em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *iuris tantum* de paternidade. Logo, apesar de o agente também não ser obrigado a se submeter à prova invasiva no âmbito cível, de sua recusa poderão ser extraídas consequências que lhe sejam desfavoráveis, tais como a presunção relativa de paternidade, em casos em que existam outras provas.

Muito se tem debatido em relação a tal obrigatoriedade na hipótese do sujeito fornecer material genético para ações que comprovem a paternidade pelo chamado exame de DNA.

O Supremo Tribunal Federal, em famosa decisão em *Habeas Corpus*, versando sobre a garantia da não autoincriminação, considerou, por maioria de votos, que a condução do réu

“debaixo de vara” para submeter-se a exame de DNA, em investigação de paternidade, fere as garantias constitucionais de preservação da dignidade humana, da intimidade e da intangibilidade do corpo humano. No caso, mesmo diante de um relevante direito que tem o filho em saber quem é o verdadeiro pai, o Supremo manteve a possibilidade da recusa e a não condução coercitiva para se obter material genético (STF, RTJ 165/902, HC 71.373–RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.11.94).

Por outro lado, a negativa em se submeter ao exame implica em presunção de paternidade, entendimento esse que se sedimentou na Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça: “Ação Investigatória - Recusa do Suposto Pai - Exame de DNA - Presunção Juris Tantum de Paternidade – Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade” (STJ, Súmula nº 301 - 18/10/2004 - DJ 22.11.2004).

De modo diverso, no processo penal, firmada a relevância do princípio da presunção de inocência, com a regra probatória que dele deriva, segundo a qual o ônus da prova recai exclusivamente sobre a parte acusadora, não se admite eventual inversão do ônus da prova em virtude de recusa do acusado em se submeter a uma prova invasiva.

Pertinente é a lição de Lima (2012, p. 74) sobre o tema, tratando especificamente da hipótese de recusa do acusado em se submeter a um exame de DNA:

Supondo um crime sexual em que vestígios de esperma tenham sido encontrados na vagina da vítima, da recusa do acusado em se submeter a exame de DNA não se pode presumir sua culpabilidade, sob pena de violação aos princípios do *Nemo tenetur se detegere* e da presunção de inocência.

Em suma, a maior relevância dos bens tutelados pelo direito penal não permitem que se presuma como verdadeira qualquer afirmativa que possa causar prejuízo ao acusado sem que tal premissa esteja claramente provada no processo, não sendo permitido extrair a presunção de verdade de qualquer alegação apenas com fundamento na recusa do acusado em se submeter a algum exame invasivo.

## **1.5 BAFOMETRO E A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÁNSITO BRASILEIRO**

Dentre as provas invasivas atualmente existentes e que tem sido alvo dos maiores embates jurídicos, encontramos os exames de aferição de indícios de consumo de bebidas alcoólicas por condutores de veículos. Pois, de acordo com a redação do art. 306 do Código

de Trânsito Brasileiro, dada pela Lei nº 11.705 de 2008, o condutor de veículo automotor que fosse alvo de fiscalização de trânsito, e sob o qual recaíssem suspeitas de dirigir sob a influência de álcool, seria submetido a testes de alcoolemia, o qual possui a capacidade de apontar a quantidade de álcool etílico no sangue do condutor, ou ao exame do bafômetro, aparelho de ar alveolar destinado a estabelecer o teor alcoólico no organismo, através do sopro do motorista no referido equipamento.

Segundo Menezes (2010, p. 187), o grande questionamento que se suscitou dizia respeito à obrigatoriedade do condutor do veículo em se submeter ao bafômetro ou ao exame de alcoolemia. Pois, em virtude do princípio do *nemo tenetur se detegere*, ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Em sua obra intitulada "Manual de Direito Penal", Nucci (2011, p. 288) sustentava que, com base no princípio da proporcionalidade, e considerando os índices de mortes e de pessoas feridas em acidentes de trânsito no Brasil, já não se podia mais defender que a onipotência do motorista brasileiro pudesse se sobrepor aos interesses social e público.

Nessa mesma linha, Gomes Filho (2007, p. 412) posicionava-se tendente pela obrigatoriedade do teste do bafômetro, cuja negação do motorista de realizar o teste caracterizaria a prática do crime de desobediência, o qual, todavia, depende de nova tipificação penal.

Nesse mesmo sentido, instada a se manifestar a Advocacia Geral da União, no Parecer nº 121/2009/AGU/CONJUR/DPRF/MJ (obtido no endereço eletrônico: [http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=257788&ID\\_SITE=](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=257788&ID_SITE=), acesso em 17 de maio de 2013), entendeu que a recusa em se submeter ao etilômetro não seria legítima, ensejando a configuração do crime de desobediência previsto no artigo 330, do Código Penal.

Consoante o mencionado documento, na gama dos objetivos citados no pacto, estaria claro que a proteção dos direitos coletivos se encontra acima da proteção dos individuais, não se confundindo e sim se sobrepondo aos apontados direitos fundamentais de presunção da inocência e proibição de autoincriminação.

Argumentava ainda que o Poder Executivo entendia que o Estado não tinha somente o dever de fazer o possível para propiciar a realização dos direitos e garantias fundamentais, como também caberia a ele identificar e fazer prevalecer, sob determinadas condições, a

ordem de precedência desses. Ou seja, proteger aquele que tenha maior peso com fins a garantir a maior segurança de todos e o bem comum.

Dessa forma, a restrição a um direito fundamental individual seria possível sempre que imprescindível para o alcance de uma finalidade relacionada à comunidade coberta também pela ordem de valores constitucionais.

Não obstante, predominava o entendimento de que a recusa do condutor em submeter-se ao bafômetro não configuraria crime de desobediência nem poderia ser interpretada em seu desfavor, pelo menos no âmbito criminal. Nessa linha, havia precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não se podia presumir a embriaguez de quem não se submetia ao exame de dosagem alcoólica: a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável daquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerce o direito de não produzir provas contra si mesmo (HC 93916, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-117 Divulgação: 26-06-2008 Publicação: 27-06-2008).

O Superior Tribunal de Justiça também havia se posicionado pelo entendimento de que o motorista não se poderia obrigar o condutor a soprar bafômetro ou submeter-se a exame de sangue para apurar dosagem alcoólica. Considerava que a prova técnica, indicando com precisão a concentração sanguínea de álcool, seria indispensável para incidência do crime por dirigir embriagado. Assim, se o agente se recusa a se sujeitar aos referidos exames, não era possível presumir sua culpabilidade pela prática do delito do art. 306 do CTB (STJ, HC 140.074/DF, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 14/12/2009).

Em contraposição a tese da Advocacia Geral da União de que, em certos casos, a proteção dos direitos coletivos se encontraria acima da proteção dos individuais, Lima (2012, p. 76) argumenta que o *nemo tenetur se detegere*, o direito que tem o acusado de não produzir provas contra si mesmo não é um direito fundamental somente seu e sim de titularidade difusa, isto é, pode ser exercido por qualquer cidadão. Justamente por se tratar de um direito fundamental, de tal natureza, o Estado tem o dever de garantir o seu pleno exercício, pois o princípio diz respeito ao direito de defesa e ao devido processo legal.

Toda essa discussão, entretanto, perdeu relevância, ao menos temporariamente, após a edição da Lei 12.760/2012, que alterou o art. 306 do CTB, passando a prever outras maneiras não invasivas de comprovação da embriaguez de condutores de veículos. Porém, já há uma corrente doutrinária que defende a inconstitucionalidade da referida norma. Como não é

escopo deste trabalho analisar outros meios de obtenção de provas além daqueles considerados invasivos, cumpre apenas registrar que uma eventual declaração de inconstitucionalidade da Lei 12.760/2012 geraria o retorno do texto anterior do art. 306, trazendo consigo novamente toda a polêmica ora em estudo.

## **1.6 UTILIZAÇÃO DAS PROVAS INVASIVAS FORNECIDAS DE MANEIRA INVOLUNTARIA PELO ACUSADO**

Conforme o exposto no presente estudo, em se tratando de prova invasiva não é possível a produção forçada da prova contra a vontade do agente. No entanto, se essa mesma prova tiver sido produzida involuntariamente pelo acusado, nada impede que tais elementos sejam apreendidos pela autoridade policial.

Em outras palavras, quando se trata de material descartado pela pessoa investigada, é impertinente invocar o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Nesse caso, é plenamente possível apreender o material descartado, pois o que torna a prova ilícita é a coação por parte do Estado, obrigando o sujeito a produzir prova contra si mesmo. Exemplificando, se não é possível retirar à força um fio de cabelo de um suspeito para realizar um exame de DNA, nada impede que um fio de cabelo desse indivíduo seja apreendido em um salão de beleza.

## **1.7 ADVERTÊNCIA QUANTO AO DIREITO DE NÃO SE SUBMETER A EXAME INVASIVO**

Diante do teor expresso do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, segundo o qual o preso será informado de seus direitos, a corrente doutrinária majoritária entende que é necessária a advertência quanto ao direito que o acusado possui de não se submeter a exame invasivo do qual possa gerar prova em seu prejuízo.

Um dos principais defensores da referida corrente doutrinária, Lima (2012, p. 57) afirma que deve, sim, haver prévia e formal advertência quanto ao direito a não realização do exame, com o objetivo de se evitar uma autoincriminação involuntária por força do desconhecimento da lei, sob pena, ainda, de se macular de ilicitude a prova então obtida.

O acusado deve ser admitido, ademais, que o direito ao silêncio é uma garantia constitucional, de cujo exercício não lhe poderão advir consequências prejudiciais.

Nessa esteira, como já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, ao invés de constituir desprezível irregularidade, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, incluindo-se nestas as provas invasivas.

A exigência de advertência preceituada no art. 5º, LXIII, é conhecida como “Aviso de Miranda” em alusão aos “*Miranda rights*” ou “*Miranda warnings*” do direito norte-americano, segundo os quais o policial, no momento da prisão, tem de ler para o preso os seus direitos, sob pena de não ter validade o que por ele for dito.

Com o objetivo de melhor assegurar o respeito aos direitos fundamentais, notadamente o *nemo tenetur se detegere*, se tornou comum a entrega ao preso, no momento de sua prisão, de uma nota de ciência das garantias constitucionais. A entrega dessa nota de ciência é uma garantia extremamente importante, pois comprova que o acusado foi cientificado de seus direitos constitucionais antes de se submeter a qualquer exame invasivo do qual possa resultar prova em seu prejuízo.

## **1.8 METODOLOGIA**

O método utilizado na pesquisa consistiu em uma abordagem qualitativa, sendo coletados dados descritivos, de forma que fosse possível retratar o maior número possível de elementos existentes na realidade estudada. Teve natureza exploratória, visando, em um primeiro momento, conhecer os fatos e fenômenos relacionados ao tema, para, com base nessas informações, tentar explicar uma teoria a respeito, propiciando um aprofundamento no conhecimento da realidade.

A pesquisa envolveu um levantamento bibliográfico, o qual foi feito em diversas fontes, sendo consultadas obras respeitáveis e atualizadas, recorrendo a doutrinadores constitucionalistas e processualistas, com o fim de descobrir e explicitar as teorias e entendimentos sobre o tema. Também foi realizada uma pesquisa documental no que diz respeito aos dispositivos normativos nacionais e internacionais que fazem referência aos princípios constitucionais objetos de análise do trabalho acadêmico.

## 1.9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi tratado e analisado no decorrer desta investigação, é possível considerar que a produção de provas, quando implicam em intervenção corporal no acusado, envolve questão atual e de extrema relevância na área do Processo Penal e do Direito Constitucional, uma vez que não há nenhuma norma que regulamente as intervenções compulsórias, muito embora estejam envolvidos neste contexto direitos e garantias constitucionais.

A questão referente à violação dos direitos do acusado deve ser analisada com cuidado nos ordenamentos jurídicos. É a partir do reconhecimento do princípio *nemo tenetur se detegere* que limites são impostos aos poderes instrutórios do juiz durante a persecução penal. Em muitos casos, a fim de que contribua nas investigações, o acusado sofre abusos físicos e morais. Tais práticas de “persuasão forçada”, no momento da produção de prova, são vedadas diante do direito que o acusado tem de não produzir prova contra si mesmo.

Fato é que a busca pelo juízo de certeza no processo penal, seja pelas partes, seja pelo próprio julgador, pode ensejar atos arbitrários, sobretudo, na produção de prova, sob o argumento de que deve prevalecer o interesse público na persecução penal. Por óbvio, diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, o réu não pode ser compelido a declarar-se culpado, nem mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa, de modo que a recusa não autoriza o indício de culpabilidade.

Contudo, a jurisprudência e a doutrina, em sua maioria, têm entendido que os direitos fundamentais não são absolutos, motivo pelo qual em determinados acontecimentos são facultadas limitações ao processo penal. Nesta ótica, é vislumbrada a ideia da ponderação de bens jurídicos diante do princípio da proporcionalidade, respeitados os seus requisitos e pressupostos.

As intervenções corporais, como meio de investigação que utiliza o organismo humano, têm desempenhado importante papel na solução de delitos, mas ficam situadas entre o limite de prova permitida e proibida. Isto porque não é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da necessidade do consentimento do sujeito passivo para a realização da medida.

De qualquer maneira, embora essa seja uma discussão longe de estar no fim, é possível concluir que no ordenamento brasileiro, como regra geral, na produção de provas invasivas, ou seja, quando necessário que o corpo seja invadido em suas cavidades, deve haver o

consentimento do acusado, visto que prevalece a dignidade humana. Deve-se levar em consideração a importância dos direitos fundamentais envolvidos e diretamente relacionados à dignidade, pois, muitas vezes, são mitigados nos casos em que o material probatório é colhido por meio de intervenção corporal.

Assim, submeter o acusado, sem o seu consentimento, a uma medida de intervenção corporal viola direitos fundamentais, além de torná-lo novamente objeto do processo. Diante do fato de estar consagrado como direito e garantia fundamental do indivíduo, a inobservância do princípio *nemo tenetur se detegere* na produção da prova, implicará no reconhecimento de sua ilicitude. Isto porque, aquela prova colhida com vedação às normas constitucionais, será considerada ilícita. Nesta ótica, incluem-se as provas que implicam intervenção corporal no acusado quando forem produzidas sem o seu consentimento.

O interesse público em ver satisfeita a persecução penal não pode se sobressair nestes casos, da mesma forma que uma situação de impunidade não deve existir, logo, a única resposta plausível, está em encontrar um ponto de equilíbrio nessa questão, para que ocorra a efetiva prestação jurisdicional sem a violação do texto constitucional.

## 2. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Código Penal: Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL, Constituição Federal, 1988.

BRASIL, Lei 11.705/2008, de 23 de setembro de 1997.

BRASIL, Lei 12.760/2012, de 20 de dezembro de 2012.

BRASIL, Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 8.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Método, 2012.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. I.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999

MENEZES, Sofia Saraiva de. *O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito. Prova criminal e direito de defesa – estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Org: Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto. Lisboa: Almedina, 2010. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/114045716/323494/33>. Acesso em: 02 de maio de 2013.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

TAVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. Bahia: Juspodivm, 2012.