

LIMITES DAS INTERVENÇÕES CORPORAIS NO PROCESSO PENAL À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Beatriz Dias FEBA¹

Marcus Vinicius Feltrim AQUOTTI²

RESUMO: O presente estudo irá dispor da análise das intervenções corporais admitidas na esfera atual do Processo Penal Brasileiro. Proceder-se-á a investigação de como esses meios são aplicados no âmbito processual penal alvejando as suas vantagens para o procedimento de investigação e identificação criminal.

Busca-se também traçar a relação dos Direitos Fundamentais inerentes a qualquer indivíduo para com a beneficiação para a atividade persecutória exercida pelo Estado, expondo também os limites para que ambos não sofram violações, procedendo de forma respeitosa e favorável para os dois campos, quais sejam: Direito a Intimidade e Incolumidade do Corpo e Mente e Direito de Punir do Estado. Além disto, a discussão se dilatará brevemente abordando sob esta perspectiva o Princípio da Não Autoincriminação e a lei 12.654/2012 que institui a nova identificação criminal nos campos investigatório e condenatório.

Palavras-chave: Identificação Criminal. Intervenções corporais. Princípio da Não Autoincriminação. Lei 12.654/2012. Violação a Direitos Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

Não é remota que a aplicação de procedimentos de intervenções corporais foi adotada pelo Processo Penal Brasileiro. Exercida, principalmente, como diligência de extrema ajuda ao processo investigatório, este vem contribuindo claramente para baixa dos níveis de impunidade no Brasil e maior certeza para imputação da autoria de delitos, bem como a adição de maior convicção ao convencimento do juízo e segurança jurídica.

O avanço tecnológico observado constantemente no campo Médico Legal proporcionou que procedimentos usualmente aplicados no âmbito da Medicina pudessem expandir seus efeitos para auxílio da Atividade Persecutória Estatal.

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Beafeba@hotmail.com.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre em Direito Penal pela Universidade de Franca. marcusvinicius@toledoprudente.edu.br. Orientador do trabalho.

Este método já fora adotado por demais países e sua aplicabilidade vem sendo exercida por mais tempo que neste referido país. Alguns doutrinadores expandiram seus estudos para este ponto e puderam identificar, com maior clareza, as vantagens destes procedimentos de intervenção corporal. Contudo, também puderam verificar a controvérsia em sua execução. A análise se posicionou principalmente quanto aos limites da aplicação desta intervenção para solução efetiva de conflitos e os Princípios Constitucionais de Direito no que tange a sua violação.

Desta maneira, é clara e evidente que a determinação de intervenções corporais confere ao Processo Penal uma maior eficácia e segurança em seus diagnósticos, contudo, também é inegável a procedência de violação aos Direitos Fundamentais do Indivíduo, nos fazendo questionar sobre quais os limites dos dois direitos envolvidos: eficácia na aplicação da lei penal, bem-estar social e baixa nos níveis de impunidade versus inviolabilidade e indisponibilidade da incolumidade física e mental do sujeito passivo da intervenção.

Ademais, a discussão ainda cerca o Princípio da Não Autoincriminação (*Nemo tenetur se detegere*), investigando até que ponto as intervenções podem ser executadas sem o consentimento do sujeito passivo em respeito a garantia constitucional de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Esta questão se intensificou com a vigência da lei 12.654 no ano de 2012. Esta lei ocasionou a alteração nas leis 7.210/84 (Lei de Execução Penal) e na lei 12.037/09 (Lei de Identificação Criminal). A alteração promovida na Lei de Execução Penal (7.210/84) consiste na regulamentação da coleta de material genético de condenados pela prática de crimes dolosos, com emprego de natureza grave contra a pessoa e crimes previstos no artigo 1º da lei 8.072 (Lei de Crimes Hediondos), exceto assemelhados.³ Já na lei 12.037/09 a modificação gira em torno da possibilidade de coleta de perfil genético para fins de identificação criminal quando houver a incapacidade de identificação do sujeito pela autoridade policial diante da deficiência dos métodos de identificação pelas impressões digitais e fotografia, respeitando esta ordem.⁴

³ Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, Execução Penal.

⁴ Lei 12.037 de 1º de outubro de 2009, Identificação Criminal. Revogou a lei 10.054/00 e regulamentou o artigo 5º inciso LVIII da Constituição Federal Brasileira: "O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei".

À vista destes atritos é que se faz necessária a análise dos meios de intervenções corporais aplicados na esfera Processual Penal, uma vez que este se trata de um novo método adicionado à legislação, devendo-se estabelecer, primeiramente, um parâmetro sobre até onde as intervenções podem chegar sem proceder a violações aos Direitos Fundamentais inerentes aos cidadãos. Ademais, importante se faz a investigação da constitucionalidade da Lei 12.654/12 à luz dos Direitos Fundamentais, buscando uma conclusão quanto a seu caráter absoluto, indisponível e inviolável em ponderação aos benefícios ocasionados à Persecução Penal perante a sua aplicabilidade.

2 INTERVENÇÕES CORPORAIS NO PROCESSO PENAL

As intervenções corporais admitidas no âmbito do Processo Penal respeitam a gradual evolução histórica e, principalmente, o avanço notório da tecnologia. É por esta razão que todos os meios que permitem a intervenção ao corpo do indiciado/acusado possíveis de serem utilizados na seara investigatória atualmente é devido aos avanços científicos combinado com o desejo de conceder à Justiça mecanismos mais competentes para elucidação dos conflitos.

Especificadamente, as intervenções corporais foram e são promovidas pelos avanços no campo da Medicina Legal, embarcando os relatórios médico-legais decorrentes do exame pericial. Diante deste avanço, combinado em favor da Justiça, transformou-se e incorporou-se as formas de intervenções corporais permitidas no âmbito Processual Penal como base auxiliar nas investigações criminais para constatação da autoria de condutas criminosas e, agora ainda mais, com a criação de banco de dados para armazenamento de material genético, quando preenchidos requisitos exigidos em lei.

2.1 Conceito de Intervenção Corporal

Preliminarmente, se faz indispensável compreender o que são as intervenções corporais no plano do Processo Penal.

Conforme instrução de José Maria Asencio Mellado, as intervenções corporais se pautam como “a utilização do corpo do acusado, mediante atos de intervenção, para efeitos de investigação criminal e comprovação dos delitos”.⁵

Nas palavras de Gomez Amigo, intervenções corporais se tratam de:

“Diligências preliminares de investigação e de obtenção e acautelamento de fontes de prova que recaem e são praticadas sobre a matéria física da pessoa, com o objetivo de comprovar a existência do fato punível e a participação do imputado, bem como o grau de responsabilidade, restringindo ou limitando, assim, seus direitos fundamentais no tocante à integridade física ou intimidade corporal, com caráter geral, e que são praticadas sem o consentimento do imputado, devendo ser decretadas no curso do processo em julgamento”.⁶

Já Nicolas Gonzáles-Cuéllar define intervenções corporais como:

“Medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem necessidade de obtenção de consentimento, por meio de coação física se preciso for, com o fim de descobrir circunstâncias fáticas que sejam de interesse para o processo, em relação com as condições ou estado físico ou psíquico do sujeito, ou com o fim de encontrar objetos escondidos nele”.⁷

À vista disto, denota-se o fato de que a doutrina que buscou estabelecer conceitos sobre os objetivos do processo de intervenção corporal deixa evidente que este procedimento recai como meio de prova e comprovação de autoria de delitos na seara da investigação criminal, além disto, deixa-se claro que há uma restrição de direitos constitucionais de intimidade e autoridade sobre o próprio corpo, dispensando o seu consentimento e favorecendo a persecução penal.

A discussão entre doutrinadores também circunda sobre quem a intervenção recairá, sobre qual pessoa ela surtirá seus efeitos. Assim sendo, é fato incontroverso que as intervenções corporais incidem sobre o corpo, notadamente, o corpo vivo. Por outro lado, o que não se pode é reduzir a intervenção corporal ao âmbito do imputado, já que não faltaram casos em que esta possa incidir sobre o corpo vivo das vítimas e mesmo de testemunhas.⁸

⁵ MELLADO, José Maria Assencio. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid: Trivium, 1989. pag. 137.

⁶ AMIGO, Luis Gómez. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*. Navarra: Aranzadi, 2003. pag. 26.

⁷ SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, pag. 285-305, 1990, Editorial Colex, Madri.

⁸ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções Corporais no Processo Penal e a Nova Identificação Criminal – Lei 12.654/2012*. Revista dos Tribunais. 2ª edição. São Paulo. Pag. 28.

Por conseguinte, podemos chegar à conclusão de que intervenções corporais recaem sobre o corpo vivo dos sujeitos envolvidos na investigação criminal, não se restringindo ao acusado, dispensando o consentimento destes, quando em casos amparados por previsão expressa em lei, não descartando a análise quanto à limitação de direitos fundamentais.

2.2 Sujeitos Afetados

O panorama estabelecido quanto aos sujeitos deve ser analisado sob duas perspectivas: sujeito ativo e sujeito passivo.

Visto à necessidade o procedimento que impulsiona a intervenção corporal pode incidir sobre a pessoa acusada, para fins de comprovação da autoria do delito, como também sobre a vítima, testemunhas e terceiros quando assim o fizer necessário.

Contudo, como se trata de restrição de direitos fundamentais discute-se a necessidade de uma prévia apreciação e autorização jurisdicional para exercício desta intervenção. Preliminarmente, devemos identificar qual a autoridade que poderá realizar tais procedimentos bem como a natureza deste procedimento, que poderá variar de intervenções leves (não invasivas) ou graves (invasivas).

Tipos de intervenções corporais admitidas em lei como a coleta de sangue para realização de exame para comprovação de relação parental, extração de sangue e teste pela exalação de ar em aparelho apropriado para verificação dos níveis de álcool no organismo, coleta de impressões digitais pelo exame datiloscópico e outros tantos podem ser praticados pela autoridade policial, Ministério Público e mediante autorização de juiz competente, dependendo da natureza da intervenção. Contudo, diante desta natureza, podemos compactuar com a ideia de que ao identificar que a ingerência ao corpo não se trata de intervenção grave, haveria a desnecessidade de prévia apreciação e autorização judicial, pois se tal requisito fosse exigível muitas das medidas que autorizam a autoridade policial e o Ministério Público a proceder esta interferência não seriam eficazes em sua aplicabilidade, visto que não podemos imaginar a autoridade policial solicitando a autorização judiciária para cada vez que realizasse o teste para verificação dos níveis etílicos em eventual fiscalização.

Desta forma, a discussão doutrinária se pauta nas seguintes situações: a polícia e Ministério Público só poderiam proceder a intervenções corporais com o consentimento do sujeito passivo da intervenção.⁹ Outros entendem que a polícia e o Ministério Público poderiam proceder a intervenções corporais em casos de urgência.¹⁰ Há ainda os que entendem que, nos casos de intervenções “graves”, como as amostrar de sangue, inspeções anais e vaginais, só podem ser realizadas com autorização judicial.¹¹

A interferência pode ser procedida nas vítimas, testemunhas e terceiros sempre que houver necessidade. O procedimento na vítima não se mostra incomum, uma vez que é de grande valia a sua execução por auxiliar na comprovação da materialidade do crime e na atividade probatória.¹² Exemplo disto seria o exame de corpo de delito realizado em vítimas de crimes de estupro e violência doméstica.

Não impossíveis, mas mais raros, a intervenção corporal pode ainda dilatar seus efeitos atingindo testemunhas e terceiros.

2.3 Requisitos

Diante de uma análise extensiva da doutrina, podemos elencar requisitos que agregam à intervenção corporal a legitimidade para realização do ato e qual o procedimento a ser executado em respeito a esta legitimidade.

2.3.1 De legitimidade

Adotando uma ampla visão em relação ao estudo doutrinário, estes arrolam quatro requisitos que devem ser observados para conferência de legitimidade a intervenção corporal, sendo estes:

⁹ MONTERO AROCA, Juan; ORTELLIS RAMOS, Manuel; GÓMES COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto. *Derecho jurisdiccional*. Barcelona: Bosch, 1991. Pag. 228-229.

¹⁰ MELLADO, José Maria Assencio. **Prueba prohibida y prueba preconstituída**. Madrid: Trivium, 1989. pag. 146.

¹¹ DÍAZ CABIALE, J.A. *La admisión y práctica de la prueba em El proceso penal*. Premio Poder Judicial 1992. Madrid: CGPJ, 1993. Pag. 141.

¹² NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. Intervenções Corporais no Processo Penal e a Nova Identificação Criminal – Lei 12.654/2012. Revista dos Tribunais. 2ª edição. São Paulo. Pag. 37.

Legalidade – mostra a necessidade de cominação prévia em lei autorizando o ato de intervenção corporal em relação a qualquer sujeito (ativo ou passivo). Este requisito se sustenta no fato de que este procedimento, apesar de beneficiar o processo investigatório criminal, restringe de forma explícita os direitos fundamentais inerentes a Constituição Federal. Diante deste fato, é indispensável que a sua autorização esteja devidamente autorizada em lei, cumprindo-se o preenchimento do requisito de legalidade.¹³

Decisão judicial – como anteriormente explanado, em determinadas hipóteses da qual se faz necessária a identificação da natureza da intervenção (leve ou grave) bem como o conhecimento da autoridade que irá procedê-la, se faz necessária prévia determinação/autorização judicial. Contudo, em determinados casos, admite-se que a intervenção seja perquirida em razão da autoridade policial e do Ministério Público em razão do seu caráter emergencial e inescusável, dispensando, nesta hipótese, a permissão judicial.¹⁴

Proporcionalidade – não somente neste campo de estudo, mas também nos demais que executam pesquisas que abordam o Princípio da Proporcionalidade, assim como ocorre também nos estudos doutrinários, este não é diferenciado do Princípio da Razoabilidade. Então, de modo breve, adotando os ensinamentos de Humberto Bergmann Ávila que distingue a proporcionalidade e razoabilidade, entendendo que, no primeiro, há um exame abstrato dos bens jurídicos e, no segundo, há um exame concreto, em função das peculiaridades dos casos particulares, ou seja, na razoabilidade, as condições individuais e pessoais dos envolvidos devem ser consideradas na decisão.¹⁵

Ademais, Willis Santiago Gerra Filho preconiza que a razoabilidade tem uma função negativa, e que a desobedecê-la seria ultrapassar limites aceitáveis; por outro lado, a proporcionalidade teria função positiva, demarcando o limite e

¹³ EVANGELIO, Ángela Matallín. *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

¹⁴ MELLADO, José Maria Assencio. **Prueba prohibida y prueba preconstituída**. Madrid: Trivium, 1989. pag. 144-146.

¹⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

indicando como se deve manter dentro dele, mesmo quando não parecer irrazoável ir além.¹⁶

Desta maneira, para que o procedimento de intervenção corporal observe o requisito da proporcionalidade, sua análise deve ser subdividida em três pilares, sendo eles: adequação – a determinação deste procedimento deve ser adequado a sua finalidade; necessidade – a medida deve se mostrar necessária para a atividade investigatória e solução do conflito, uma vez que o ato comporta a restrição de direitos fundamentais, não podendo ser determinado sem que haja comprovada necessidade. Tanto é devido, que em determinados casos em que se exige previa autorização legal, defende-se que tal autorização venha fundamentada pela autoridade judicial expondo os motivos que o levaram a adotar tal medida; e proporcionalidade em sentido estrito – verificação do ônus entre a medida determinada e o benefício que ela agrega, ou seja, ponderação entre direitos fundamentais do indivíduo e auxílio da atividade investigatória, *in casu*.¹⁷

Existência de processo e audiência prévia – parte da doutrina sustenta que, em casos em que se exija a prévia autorização judicial, isto é, em caso de medidas invasivas graves, faz-se necessário a existência de processo em andamento e audiência prévia para determinação da diligência, da qual deverá demonstrar todos estes requisitos. Ademais, a existência prévia de processo e realização de audiência promove o Princípio da Ampla Defesa e Contraditório, possibilitando ao sujeito a oportunidade de explanar justificativas e pontos controversos que julgar relevantes de acordo com a sua posição sobre a execução de medidas de intervenção corporal.¹⁸

2.3.2 De execução

Como anteriormente mencionado, a natureza da intervenção deve ser identificada. Contudo, abordando uma forma geral sobre o procedimento a ser

¹⁶ GERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. IN: GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. Pag. 25-26.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. Pag. 228-229.

¹⁸ FIORI, Ariane Trevisan. *A prova e a interferência corporal: sua valoração no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Pag. 116.

realizado, a técnica empregada deve ser praticada sem promover riscos à saúde do sujeito¹⁹, sendo necessária a aplicação de técnicas específicas do determinado procedimento, evitando ao máximo os sentimentos de dor física e mental e vedando o comportamento degradante, vexatório e desumano, obedecendo ao Princípio da Dignidade Humana.

Além do mais, deve ser executado por profissional habilitado e especializado no procedimento que será realizado, sendo dever deste aplicar seus conhecimentos técnico-científicos a fim de preservar a integridade física do sujeito.²⁰

3 CLASSIFICAÇÃO DAS INTERVENÇÕES CORPORAIS

A doutrina, em especial, a respeitosa doutrinadora Maria Elisabeth Queijo, distingue as intervenções corporais classificando-as em duas categorias: não invasivas e invasivas.

3.1 Intervenções Invasivas

As intervenções invasivas são aquelas que demonstram a necessidade de penetração no corpo do indivíduo, ou seja, aquelas em que o procedimento de intervenção se dá através de análise das cavidades naturais do corpo.

Quanto às intervenções invasivas podemos citar como exemplos a extração de sangue para comprovação de níveis de álcool no organismo e para constatação de paternidade, endoscopias, exames ginecológicos e urológicos, dentre outros.²¹

¹⁹ AMIGO, Luis Gómez. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*. Navarra: Aranzadi, 2003. pags. 91-92.

²⁰ AMIGO, Luis Gómez. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*. Navarra: Aranzadi, 2003. Pags. 93-94.

²¹ QUEIJO, Maria Elisabeth. *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. Pag. 245.

3.2 Intervenções Não Invasivas

As intervenções não invasivas são pontuadas por avaliações superficiais do corpo humano, isto é, não ocorre a invasão nas cavidades.²²

São exemplos de intervenções não invasivas o exame dactiloscópico das impressões papilares, radiografias, exames de comprovação de vínculo parental através de um fio de cabelo e outros.

Contudo, neste aspecto, a identificação de intervenção corporal pode ser relativizada. Isto é, alguns destes exames podem ser realizados sem nem se quer executar a intervenção corporal no sujeito passivo, podendo servir como objeto de análise o material que se encontra desprendido do corpo do sujeito como fio de cabelo em um pente ou saliva em uma escova de dente. Este tipo de análise não deve ser tomada como pertencente ao campo das intervenções corporais, ou seja, não pode ser classificada como tal.²³

3.3 Intervenções Leves e Graves

Estabelecendo conexão com o Direito Comparado, a doutrina espanhola ainda distingue intervenções corporais em leves e graves. Diante disto, o doutrinador Angel Gil Hernández dispõe que intervenções leves seriam aquelas que admitem a ponderação entre o conflito estabelecido entre o interesse particular e o social, levando sempre em consideração o equilíbrio entre a medida aplicada e o delito investigado. Já as intervenções corporais graves seriam aquelas que não admitem tal ponderação, independentemente da gravidade da conduta investigada, pois não há conduta que justifiquem sua execução, sendo claramente caracterizadas por serem extremamente invasivas e dispor de direitos fundamentais individuais.²⁴

Para Luis Gómez Amigo, diligências que dispensam autorização judicial prévia e podem ser executadas por outras autoridades, como o exame para constatar os níveis alcoólicos no organismo do sujeito passivo, não podem ser

²² QUEIJO, Maria Elisabeth. *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. Pag. 245.

²³ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções Corporais no Processo Penal e a Nova Identificação Criminal – Lei 12.654/2012*. Revista dos Tribunais. 2ª edição. São Paulo. Pag. 43.

²⁴ HERNANDEZ, Angel Gil. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Madrid: Colex, 1995. Pags. 114-116.

consideradas intervenções corporais, justamente pela desnecessidade de autorização judicial.²⁵

Contudo, estes posicionamentos são alvos de debates na doutrina espanhola. Alguns destes estudiosos acreditam que as intervenções corporais jamais poderiam ser distinguidas em leves ou graves e, muito menos, serem admitidas sem prévia autorização judicial. Isto porque intervenções corporais, seja qual for a sua natureza, atingem direitos fundamentais devendo, por este motivo, sempre serem consideradas graves.

4 ESPÉCIES DE INTERVENÇÃO CORPORAL

A investigação aqui explanada será demonstrada abordando uma visão ampla. Diante da admissão da intervenção corporal no processo penal, a identificação da natureza desta intervenção deve ser verificada de forma casuística, ou seja, cada caso concreto poderá admitir um tipo de intervenção corporal como também poderá ser executado pela determinada autoridade/profissional competente para este fim, de acordo com a admissão legal.

As espécies, como dito anteriormente, podem ser diversas em razão de seu caráter casuístico. À vista disto, buscaremos explanar as mais executadas e suas peculiaridades.

4.1 Busca Pessoal (Revista)

Segundo a redação dada pelo artigo 244 do Código de Processo Penal²⁶, a busca pessoal não ficará a cargo de autorização judicial para sua execução quando justificada pela prisão do sujeito passivo, quando houver indícios concretos de que este esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituem corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

²⁵ AMIGO, Luis Gómez. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*. Navarra: Aranzadi, 2003. Pags. 106-107.

²⁶ Código de Processo Penal, artigo 244: “A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.”

É de grande valia observar que mantém-se a inviolabilidade do domicílio se o sujeito se encontrar dentro deste, caso em que dependerá de mandado expedido pela autoridade judiciária competente para que não configure a violação a este princípio. A execução desta medida só poderá acontecer quando o local onde o indivíduo se encontra não configurar como domicílio, afastando nesta hipótese, a inviolabilidade, em observância a sua concretização no inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal.²⁷

Importante se faz salientar que a busca pessoal só se justifica se ter por base fundada suspeita, não admitindo apenas a sua motivação por elementos subjetivos, mas também por elementos concretos.²⁸ Nos ensina Guilherme Nucci que a suspeita para a busca pessoal independente de mandado judicial há de ser “fundada”, ou seja, baseada em elementos visíveis e concretos. O não cumprimento do predisposto em lei pelas autoridades policiais, da qual são responsáveis pela execução do ato de busca pessoal, pode configurar o crime de abuso de autoridade.²⁹

Sob a perspectiva das intervenções corporais, as chamadas ‘revistas’ não podem configurar como pertencente a este fenômeno processual penal, uma vez que o mero contato com o corpo humano não ocasiona a sua intervenção, nem que de forma mínima. Diante do entendimento basilar das intervenções corporais, a busca pessoal não pode ser analisada sobre este prisma.

4.2 Radiografia e Ultrassonografia

Exames radiológicos ou exames de raio x consiste no fornecimento de imagens dos ossos e de certos órgãos ou tecidos. Geralmente utilizadas para diagnósticos de problemas ósseos. Realizado através de exposição aos raios x e executado por profissional habilitado e especializado em radiologia.³⁰

²⁷ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções Corporais no Processo Penal e a Nova Identificação Criminal – Lei 12.654/2012*. Revista dos Tribunais. 2ª edição. São Paulo. Pag. 49.

²⁸ TELES, Vanessa. *Busca pessoal e abordagem policial tem previsão legal?* Mega Jurídico. Disponível em <<http://www.megajuridico.com/busca-pessoal-e-abordagem-policial/>>. Acesso em: 26/04/2016.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Disponível em: <https://www.facebook.com/guilhermenucci2>. Acesso em 26/04/2016.

³⁰ Equipe Oncoguia. *Exames Radiológicos*. Disponível em: <http://www.oncoguia.org.br/conteudo/exames-radiologicos/6796/842/>. Acesso em: 26/04/2016.

Diferentemente da radiografia, a ultrassonografia não se utiliza da incidência de radiação e obtenção de imagens, mas sim da propagação de ondas sonoras de alta frequência que, ao se chocarem com os órgãos produzem ondas sendo convertido em imagens somente posteriormente discriminando órgãos, tecidos e fluxo sanguíneo. Oferece maiores detalhes da estrutura e organismo humano do que a radiografia. A ultrassonografia é realizada por profissional habilitado e especializado na área médica.³¹

Ambos não oferecem riscos relevantes à saúde.

Este método é incontestavelmente considerado uma forma de intervenção corporal não invasiva ou leve. Ambas as técnicas são usadas com certa frequência para averiguação da presença de drogas no organismo decorrente da ingestão de entorpecentes com o fim de escondê-los dentro do próprio corpo e demais casos distintos.³²

A doutrina discute a necessidade de autorização judicial para realização desta intervenção, devendo ser analisado casuisticamente e a presença ou não de consentimento do sujeito passivo, devendo-se levar em conta a baixa invasão ao corpo como também a afetação aos direitos fundamentais.

4.3 Endoscopia

Exame utilizado com o propósito de averiguar as condições internas do organismo humano. Realizado através da introdução de um instrumento chamado endoscópio através de uma abertura natural para verificação do interior do organismo. O procedimento deve ser desempenhado por profissional habilitado e especializado na área medica correspondente.³³

Este tipo de exame costuma ser usado para verificação da presença de entorpecentes no estômago ocasionado pela ingestão da substância com o fim de ocultá-la.³⁴ A endoscopia, *in casu*, é determinada na presença de fortes indícios que justificam a prática.

³¹ Equipe Oncoguia. *Ultrassom*. Disponível em: <http://www.oncoguia.org.br/conteudo/ultrassom/6799/842/>. Acesso em: 26/04/2016.

³² QUEIJO, Maria Elisabeth. *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. Pag. 251.

³³ *Endoscopia*. Disponível em: <http://www.saudemedicina.com/endoscopia/>. Acesso em: 26/04/2016.

³⁴ QUEIJO, Maria Elisabeth. *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. Pag. 250.

Por sua natureza ser inegavelmente invasiva, os efeitos negativos aos direitos fundamentais se mostram mais intensos, diante disto, a autorização judicial para determinação e realização do procedimento se mostra de maior necessidade que nos demais casos. Todavia, por se tratar de medida grave de intervenção, compactua-se com o pensamento de que mesmo a autorização judicial não possuiria força para determinar a execução do procedimento sem o consentimento do sujeito passivo.

4.4 Ordem Para Despir, Exames Ginecológicos e Anais

Não é incomum a exigência da ordem para desnudar, especialmente quando realizada a revista no campo penitenciário. Além disto, a ordem se expande e pode comportar a execução de flexões pelo sujeito passivo com o fim de expelir drogas ou substâncias afins das cavidades vaginais e/ou anais.³⁵

Tudo isso entra em choque com o direito a intimidade corporal do sujeito, bem como a sua exposição degradante, humilhante e vexatória, colidindo diretamente com seus direitos fundamentais.

A prática geralmente é vista como meio de revista do preso quando em âmbito penitenciário, contudo, o artigo 244 do Código de Processo Penal não prevê tal conduta. Este procedimento se mostra claramente invasivo por demonstrar perturbação à intimidade corporal.³⁶

A doutrina internacional diverge em suas opiniões. Alguns admitem que em nenhuma hipótese este procedimento pode ser executado, uma vez que agrega um tratamento degradante e humilhante ao sujeito passivo³⁷, outros admitem que em âmbito penitenciário o procedimento não atribui tratamento vexatório e pode ser empregado.³⁸

³⁵ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções Corporais no Processo Penal e a Nova Identificação Criminal – Lei 12.654/2012*. Revista dos Tribunais. 2ª edição. São Paulo. Pag. 58.

³⁶ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções Corporais no Processo Penal e a Nova Identificação Criminal – Lei 12.654/2012*. Revista dos Tribunais. 2ª edição. São Paulo. Pag. 59.

³⁷ HERNANDEZ, Angel Gil. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Madrid: Colex, 1995. Pags. 115.

³⁸ AMIGO, Luis Gómez. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*. Navarra: Aranzadi, 2003. Pags. 101.

4.5 Etilômetro (Bafômetro)

O etilômetro ou alcoolímetro, também conhecido vulgarmente por “bafômetro” traduz-se pelo aparelho que mede os níveis de concentração de álcool etílico na corrente sanguínea através de exame do ar pulmonar fornecido pelo sujeito ativo.³⁹

O artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro dispõe em seu parágrafo 2º que a verificação da conduta de conduzir veículo automotor com a capacidade psicomotora comprometida em razão da ingestão de bebidas alcoólicas ou substâncias psicoativas que causam dependência poderá ser obtida mediante exame de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia e outros, observado o direito a contraprova.⁴⁰

Ademais, o artigo 277 ainda colabora dizendo que os envolvidos em acidentes de trânsito ou aquele que foi parado em fiscalização poderá ser submetido a testes, exames clínicos, perícias ou outros procedimentos.⁴¹ Ainda, o parágrafo 3º deste artigo dispõe que podem ser aplicadas penalidades e medidas administrativas previstas no artigo 165 do próprio CTB àqueles que se recusarem a consentir com a realização destes exames.⁴²

³⁹ *Etilômetro.* Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Etil%C3%B4metro#Legisla.C3.A7.C3.A3o_brasileira. Acesso em: 26/04/2016.

⁴⁰ Lei 9.503 de 23 de Setembro de 1997. *Código de Trânsito Brasileiro*. Artigo 306 caput e §2º: “Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor. §2º - A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.”

⁴¹ Lei 9.503 de 23 de Setembro de 1997. *Código de Trânsito Brasileiro*. Artigo 277 caput e §3º: “O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. §3º - Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.”

⁴² Lei 9.503 de 23 de Setembro de 1997. *Código de Trânsito Brasileiro*. Artigo 165: “Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro. Parágrafo único. A embriaguez também poderá ser apurada na forma do art. 277.”

A doutrina brasileira majoritária compactua com a ideia de que o sujeito passivo não é obrigado a acatar a ordem, em submissão ao princípio da não autoincriminação. A sua recusa não configura nenhuma sanção administrativa ou penal. O renomado doutrinador Luiz Flávio Gomes explica que o texto de lei foi interpretado erroneamente uma vez que “todo suspeito tem o direito de não produzir prova contra si mesmo. Logo, não está obrigado a fazer exame de sangue ou soprar o bafômetro. Nestas duas situações, por se tratar de um direito, não há que se falar em qualquer tipo de sanção (penal ou administrativa).” Ainda leciona com clareza sobre a determinação do parágrafo 3º do artigo 277 dizendo que “o artigo 3º que estamos comentando só tem pertinência em relação ao exame clínico. A recusa ao exame de sangue ou bafômetro não esta sujeita a nenhuma sanção. Quando alguém exercita um direito (direito de não autoincriminação) não pode sofrer qualquer tipo de sanção”.⁴³

Retomando pela análise do procedimento em vista da intervenção corporal, esse teste consiste, grosseiramente, na análise de um sopro, uma pequena quantidade de ar fornecida pelo sujeito. A interferência no corpo do sujeito é quase irrelevante, consideravelmente mínima e, conforme texto em lei, não necessita de autorização judicial para tal, sendo concedida a sua execução à agentes de trânsito e policiais.

Podemos chegar à conclusão que, nesta questão, mais completa se faz a discussão doutrinária em torno do consentimento do sujeito passivo e da obrigatoriedade da execução do procedimento, prevalecendo como tese majoritária a não há obrigatoriedade e diante da recusa do consentimento o sujeito passivo não deve sofrer nenhuma espécie de sanção. Segue-se ainda a linha de pensamento de que, por se demonstrar de forma mais invasiva, a exigência do fornecimento de amostra sanguínea para comprovação dos níveis etílicos presentes no organismo é procedimento ilegal e viola a garantia da Não Autoincriminação, não sendo nem permitida a execução mediante ordem judicial.

Desejável se faz que este estudo se expanda para o campo das demais intervenções corporais com o fim de tornar os entendimentos mais consistentes.

⁴³ GOMES, Luiz Flávio. *Bafômetro: é obrigatório?*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 02/05/2016.

4.6 Extração de Sangue

A extração de sangue é capaz de demonstrar inúmeras causas ligadas a condutas alvo de investigações e outras inúmeras situações jurídicas. A própria comprovação dos níveis etílicos no organismo, como anteriormente comentado, pode ser comprovada pela extração de pequena quantidade de sangue do sujeito passivo, porém, sua aplicabilidade não vem sendo admitida em prática.

Além deste exemplo, comprovação de relação parental, constatação de doenças infectocontagiosas, análises periciais e outros exemplos podem ser auxiliados de forma efetiva pela análise de ínfima quantidade de sangue.

Mesmo que o procedimento adotado na extração de sangue seja realizado por profissional habilitado através de procedimento indolor, sem sujeição a situações humilhantes e por ser considerada espécie de intervenção corporal invasiva de baixo grau a sua execução não pode ser realizada de forma coercitiva, no que tange ao campo do Processo Penal, mesmo diante da omissão legal, uma vez que não há clara regulamentação dos limites das intervenções e de como esses procedimentos devem ser realizados.

No Processo Civil, especificadamente nas ações de investigação de paternidade, foi promovida alteração na lei 8.565/1992 acrescentando o artigo 2º-A pela lei 12.004/2009 da qual relata que:⁴⁴

“Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo Único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”.

Contudo, referida alteração não pode ser aproveitada pelo Processo Penal, em razão do consagrado princípio da presunção de inocência do réu.⁴⁵ Assim como acontece nos testes de níveis etílicos, no processo penal prevalece a garantia constitucional exaltado pelo princípio da não autoincriminação.

⁴⁴ Lei 12.004 de 29 de Julho de 2009. Altera a lei 8.560/92 que regula o procedimento de investigação de paternidade.

⁴⁵ NICOLLIT, WEHRS. *Intervenções Corporais...* pag. 57

5 EFEITOS SOBRE OS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Clara e evidente se mostra a proteção dada ao acusado no processo penal através das garantias constitucionais. As intervenções corporais em sede do Processo Penal entram em choque com estes princípios, calcados de forma ampla ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Estes fundamentos possibilitam a convivência harmônica dos indivíduos que compõem o meio social bem como os limites para ingerências Estatais na esfera privada da vida de seus cidadãos. Diante desta última premissa podemos concluir, de forma prévia que, ao interpor garantias constitucionais como os direitos do investigado/acusado bem como os direitos fundamentais propriamente ditos como o direito a intimidade e incolumidade física e mental serão certamente alvo de debates dispositivos infraconstitucionais que dispõe seu conteúdo de forma controversa.

Direitos Fundamentais Positivados estão calcados no artigo 5º da Carta Maior. Em seu caput fica instituído que são invioláveis o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.⁴⁶ Notadamente, o texto de seu inciso III dispõe que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, estabelecendo com isso a supremacia do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.⁴⁷

Desdobramento de referido princípio dá origem às garantias constitucionais do Direito a Intimidade e a Integridade Física e Moral. A Constituição Federal Brasileira de 1988 consagrou em seu inciso X a inviolabilidade da intimidade e da vida privada.⁴⁸

Leciona André Nicolitt e Carlos Wehrs sobre o Direito a Intimidade/Privacidade dizendo que:

“O Homem não pode ser perturbado ou inibido pela discussão pública de sua vida privada. Não obstante, as definições de privacidade e intimidade não são estáveis e fixas, ao contrário, são dotadas de relatividade histórico-

⁴⁶ Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Artigo 5º caput: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”

⁴⁷ Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Artigo 5º, inciso III.

⁴⁸ Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Artigo 5º, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

cultural, que faz oscilar a fronteira entre o público e o privado em razão das transformações da civilização”.⁴⁹

Já Incolumidade Física e Moral tratam-se da preservação da integridade corporal e mental, vedando a propagação de qualquer ato que cause dano ou perigo ao indivíduo. Possui relação com o Direito à Saúde.

Diante do exposto pelos autores anteriormente, referidas garantias não podem impossibilitar a atuação do Estado, existindo a possibilidade de imposição de limitações quando ocorrer a previsão expressa em lei autorizando a ingerência na esfera de garantias constitucionais. Reforçando o pensamento de relativização dos Direitos Fundamentais pode-se dispor o inciso II, também do artigo 5º da Constituição Federal que estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei.⁵⁰

Seguindo esta linha de pensamento e conduzindo a discussão para específica análise das intervenções corporais, já englobando a recente lei 12.654/12, que institui a coleta de material genético para auxílio das investigações criminais (lei 12.037/2009) e seu armazenamento em banco de dados de condenados por crimes dolosos de natureza grave contra a pessoa e crimes hediondos (lei 7.210/1984), deve-se produzir esta verificação levando em conta os princípios constitucionais da intimidade e incolumidade do corpo e mente. Sob o enfoque das intervenções corporais, pode-se compreender que estas promovem sim a interferência à integridade física do sujeito passivo. Toma-se como exemplo o exame de endoscopia, da qual necessita-se do uso de sedativos e ocorrência de mal estar após o procedimento, ocasionando ânsia e vômitos.

Assim, analisando sob esta perspectiva, o procedimento de intervenção só poderá ser executado quando houver previsão legal que o institui. Contudo, muitas vezes as omissões legais acabam por ocasionar dúvidas nos operadores de direito, cabendo aos estudiosos e eventuais julgamentos de casos concretos para sanar essas omissões. Isso pode ser constatado pela discussão que cerca o tema sobre a necessidade de autorização judicial para realização de determinados procedimentos de intervenção bem como a exigência de consentimento do sujeito

⁴⁹ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. Intervenções Corporais no Processo Penal e a Nova Identificação Criminal – Lei 12.654/2012. Revista dos Tribunais. 2ª edição. São Paulo. Pag. 35.

⁵⁰ Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Artigo 5º, inciso II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

passivo e de sua colaboração para sua realização, bem como a ofensa ao Princípio da Não Autoincriminação.

6 INTERVENÇÕES CORPORAIS E O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO (*NEMO TENETUR SE DETEGERE*)

A vedação a autoincriminação se pauta como garantia constitucional assegurada a pessoa do preso com fulcro basilar no artigo 5º inciso LXIII da Constituição Federal do Brasil determinando que a este sujeito seja informado os seus direitos, quais seja, o direito a permanência em silêncio e de receber assistência familiar e técnica.⁵¹ Especificadamente, o princípio da não autoincriminação é instituído em razão de que ninguém possui a obrigação de produzir prova em seu desfavor, ou seja, ninguém é obrigado a colaborar com as diligências persecutórias, se não voluntariamente.

Ensina-nos Luiz Flávio Gomes que:

“O privilégio ou princípio (a garantia) da não autoincriminação (*Nemo tenetur se detegere* ou *Nemo tenetur se ipsum accusare* ou *Nemo tenetur se ipsum prodere*) significa que ninguém é obrigado a se autoincriminar ou a produzir prova contra si mesmo (nem o suspeito, indiciado ou acusado, nem a testemunha, etc.). Nenhum indivíduo pode ser obrigado, por qualquer autoridade ou mesmo por um particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração ou dado ou objeto ou prova que o incrimine direta ou indiretamente”.⁵²

Parte da doutrina adota a tese de que a garantia a não autoincriminação é decorrente do Direito ao Silêncio consagrado no artigo anteriormente mencionado. Desta forma, ao garantir o Direito ao Silêncio ao preso garante-se a ele, conseqüentemente, a garantia de não autoincriminação, isto é, de não produzir provas que o incrimine. Segundo ensinamentos da ilustríssima Maria Elisabeth Queijo:

⁵¹ Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Artigo 5º, inciso LXIII: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurado a assistência da família e de advogado;”

⁵² GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 27/04/2016.

“O direito ao silêncio corresponde ao direito de não responder às indagações formuladas pela autoridade. É o direito de calar, reconhecimento da liberdade moral do acusado”.⁵³

Estabelecendo uma relação entre o Direito ao Silêncio, Princípio da Não Autoincriminação e as intervenções corporais admitidas na esfera do Processo Penal se pode concluir o fato de que o Direito ao Silêncio reporta-se às provas obtidas oralmente, por meio de depoimentos, não comportando conexão relevante com as intervenções corporais. Contudo, em se tratando do princípio da não autoincriminação devemos interpretá-lo de acordo com a obrigatoriedade na produção de provas ou até a sua admissão em respeito aos direitos constitucionais bem como a sua realização de forma coercitiva, sendo um desdobramento do Princípio da Ampla Defesa.

Mesmo diante de omissões, estudiosos do âmbito jurídico apontam que direitos fundamentais podem sim sofrer limitações através da intervenção corporal para colaboração dos procedimentos instituídos e regulamentados no Processo Penal, desde que não extrapole os limites também impostos a atividade persecutória do Estado, da qual viole a dignidade da pessoa humana e sua integridade física e moral. Ambos devem dispor de seus direitos respeitando esta limitação.

Mesmo se tratando da Carta Maior, disposições infraconstitucionais podem dispor da regulamentação das barreiras dessas garantias constitucionais. Aury Lopes Junior diz que:

“Um direito fundamental realmente pode ser limitado por uma norma ordinária, mas é necessário que haja uma norma processual penal que regule a matéria. Como não existe direito “ilimitado”, mesmo uma Garantia Constitucional pode ser limitada por lei infraconstitucional, devendo-se sempre observar que haja esvaziamento de tal princípio”.⁵⁴

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho expõe sua opinião narrando que:

“As intervenções corporais que se mostrem necessárias e que não contradigam as práticas sociais normais da vida de relação, não podem ser absolutamente afastadas, sem qualquer consideração de violarem ou não a

⁵³ QUEIJO, Maria Elisabeth. *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. Pag. 190.

⁵⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. Porto Alegre: Ed. Lumen Juris. 2º. Ed. 2009. Pag. 569.

dignidade humana, em nome de uma incondicional proteção da entidade corporal do acusado”.⁵⁵

Ainda nas palavras de Luis Gustavo:

“Não há um direito absoluto de negar-se a se submeter ao exame de pareamento cromossômico (DNA), à extração de sangue ou exalação de ar (etilômetro ou bafômetro) para verificação de álcool no organismo, à coleta de urina com o mesmo fim, ao recolhimento de impressões digitais e de fios de cabelo para a realização de perícias”.⁵⁶

Perante estes entendimentos, podemos deduzir o fato de que poucos são os direitos e garantias absolutos instituídos pelas normas constitucionais de direito. Para tudo se estabelece um limite. Não podemos ignorar os benefícios trazidos pelas interferências corporais no campo do Processo Penal, mas também não se pode admitir a ingerência extrapolada do Estado, muito menos a violação da Dignidade da Pessoa Humana. O limite deve ser delimitado e o procedimento deve ser regulamentado em lei para evitar qualquer avanço indesejável ou retrocesso na aplicação da lei.

7 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 12.654/2012

À luz de tudo que foi até então discutido neste artigo, pontua-se neste tópico a junção de todo este debate.

A lei 12.654 entrou em vigor no ano de 2012 e causou alterações na Lei de Execuções Penais (7.210/84) e de Identificação Criminal (12.037/09). Respectivamente, as alterações promovidas foram a criação de bancos de dados para armazenamento de material genético coletado de condenados por crimes dolosos, de natureza grave contra a pessoa e crimes hediondos (exceto assemelhados) e instituiu a possibilidade de coleta de perfil genético quando este for essencial para a identificação criminal do acusado, quando preenchidos requisitos

⁵⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *A constituição e as intervenções corporais no processo penal: existirá algo além do corpo?*. Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume II. Disponível em: <http://www.arco.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/a-constituicao-e-as-intervencoes-corporais-no-processo-penal-existira-algo-alem-do-corpo>. Acesso em: 27/04/2016.

⁵⁶ Idem ao anterior.

em lei⁵⁷ e quando os diversos meios já regulamentados anteriormente, quais sejam, a identificação pela impressão digital e fotografia não forem suficientes para apuração de identificação. Assim, segundo a lei 12.654/12, a coleta de material no âmbito investigatório será necessária somente para identificação criminal, não podendo sofrer outras interpretações, de acordo com alteração na lei 12.067/09.

Diferentemente do texto de lei trazido pela alteração da Lei de Identificação Criminal (12.037/09) a Lei de Execução Penal (7.210/84) traz, explicitamente, a palavra “obrigatoriamente” em seu texto,⁵⁸ ou seja, abordando de forma contextualizada, aqueles que forem condenados por crimes que se encaixem nos critérios exigidos na lei serão obrigados a fornecer material genético para armazenamento em banco de dados. A obrigatoriedade não está explícita no texto da Lei 12.037/09.

Por esta razão, a discussão quanto a constitucionalidade deste dispositivo veio à tona. Embora a extração de sangue configure como meio levemente invasivo e quase indolor, neste caso específico o texto legal explanou a sua vontade sem deixar dúvidas ao obrigar o condenado ao fornecimento de material genético para fins de armazenamento. O tratamento não foi paritário, podendo ser observado que o princípio da não autoincriminação foi levado em consideração quando se tratar do indiciado na seara investigatória.

A coleta de material genético do indiciado só será necessária quando a autoridade que a requerer não for capaz de identificar o sujeito por nenhuma das outras formas instituídas em lei, quais sejam: identificação papiloscópica e fotografia. Contudo, mesmo diante de requerimento da autoridade e autorização do juízo o

⁵⁷ Lei 12.037 de 1º de outubro de 2009, Identificação Criminal. Artigo 3º: Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

⁵⁸ Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, Execução Penal. Artigo 9º-A: “Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)”.

indiciado só poderá fornecer material biológico para fins de identificação criminal se o fizer voluntariamente, sendo vedada a supressão de seu consentimento.

É na imposição da obrigação que se passou a ponderar sobre a obrigatoriedade imposta, de acordo com o texto do artigo 9º-A da lei 7.210/84 e os princípios fundamentais de direito como a integridade física e moral. Por outro lado, depois de toda a discussão, podemos levar em conta que o procedimento não fere a garantia a não autoincriminação, uma vez que o procedimento só se torna obrigatório após a sentença condenatória. Quanto à violação à integridade física e moral não podemos dizer que o mero fornecimento de uma amostra de sangue (DNA) possa figurar como violação a dignidade humana, causando ao sujeito passivo humilhação e trato desumano. Além de tudo, o armazenamento de informações será realizado em banco de dados sigiloso, podendo ser acessado por autoridade policial, estadual e federal mediante requerimento e autorização da autoridade judiciária competente quando da necessidade destas informações no curso de eventual inquérito já instaurado.

Contudo, não podemos estabelecer de forma pacífica, pelo menos por enquanto, que a lei se declara incontestavelmente constitucional. Faz-se necessário a análise de eventuais casos concretos e como esses procedimentos estão sendo executados e determinados.

8 CONCLUSÃO

À vista do exposto, podemos chegar à conclusão de que o avanço científico e tecnológico no campo Médico Legal buscou a facilitação em diversos aspectos quando relacionados a diligências em vários meios do Direito. Notadamente no campo do Processo Penal, tal evolução alavancou os meios de auxílio da persecução penal quando possibilitou a execução de intervenções corporais aos sujeitos que compõe o crime. Todavia, se fez presente a discussão dos estudiosos em torno de tal possibilidade no que concerne à violação dos direitos fundamentais do indivíduo, como direitos a intimidade e incolumidade do corpo. Além disto, outro ponto que gerou debates foi quanto ao consentimento e colaboração do sujeito passivo para desempenho da prática.

De forma específica, apontamos a discussão sobre o novo método de intervenção corporal promovida pela lei 12.654/12, proporcionando alteração nas leis

12.037/09 e 7.210/84. Essas alterações viabilizaram a coleta de material genético para contribuição às investigações criminais conferindo mais um meio de identificação criminal, como também o armazenamento do material em banco de dados quando condenados por crimes dolosos, de natureza grave contra a pessoa e crimes hediondos.

Em torno destes tópicos discutiu-se até que ponto é permitido invadir o corpo do sujeito para promoção de benefícios da Persecução Penal. Diante desta análise, é possível inferir que inexistem direitos absolutos no que tange aos direitos fundamentais, todos são passíveis de serem relativizados. Da mesma forma que os Direitos Fundamentais podem ser limitados a ação estatal pela Persecução Penal também sofrerá limitações. Respeito se faz obrigatório ao princípio da Dignidade Humana. O absolutismo de direitos dentro de uma sociedade não pode subsistir com a harmonia desta, por isso há a necessidade de sua relativização para alcance do bem-estar social e comum.

Em prol de uma sociedade harmoniosa, da baixa de níveis de impunidade, da maior eficácia da aplicação da lei penal, mas também com respeito aos direitos inerentes ao ser humano, ao direito de ter uma vida digna e não sofrer ingerências do Estado em sua vida pessoal é que se mostra necessária o uso de intervenção corporal combinado com o respeito à pessoa humana. Este procedimento se mostra extremamente benéfico, podendo coexistir sem que haja violação aos Princípios Constitucionais inerentes a todo e qualquer cidadão, extraindo-se de ambos os lados os benefícios e procedendo de forma honrosa a ponderação de valores visando sempre o bem-estar e a paz social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMIGO, Luis Gómez. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*. Navarra: Aranzadi, 2003.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. RDAcm 215/173-174. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941, Código de Processo Penal.

BRASIL. Lei 12.037 de 1º de outubro de 2009, Identificação Criminal.

BRASIL. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, Execução Penal.

BRASIL. Lei 9.503 de 23 de Setembro de 1997. *Código de Trânsito Brasileiro*.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *A constituição e as intervenções corporais no processo penal: existirá algo além do corpo?*. Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume II. Disponível em: <http://www.arco.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/a-constituicao-e-as-intervencoes-corporais-no-processo-penal-existira-algo-alem-do-corpo>.

DÍAZ CABIALE, J.A. *La admisión y práctica de la prueba em El proceso penal*. Premio Poder Judicial 1992. Madrid: CGPJ, 1993. *Endoscopia*. Disponível em: <http://www.saudemedicina.com/endoscopia/>.

Equipe Oncoguia. *Exames Radiológicos*. Disponível em: <http://www.oncoguia.org.br/conteudo/exames-radiologicos/6796/842/>.

Equipe Oncoguia. *Ultrassom*. Disponível em: <http://www.oncoguia.org.br/conteudo/ultrassom/6799/842/>.

Etilômetro. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Etil%C3%B4metro#Legisla.C3.A7.C3.A3o_brasileira.

EVANGELIO, Ángela Matallín. *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

FIORI, Ariane Trevisan. *A prova e a interferência corporal: sua valoração no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. IN: GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. *Bafômetro: é obrigatório?*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>.

HERNANDÉZ, Angel Gil. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Madrid: Colex, 1995.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. Porto Alegre: Ed. Lumen Juris. 2º. Ed. 2009.

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

MONTERO AROCA, Juan; ORTELLIS RAMOS, Manuel; GÓMES COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto. *Derecho jurisdiccional*. Barcelona: Bosch, 1991.

NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções Corporais no Processo Penal e a Nova Identificação Criminal – Lei 12.654/2012*. Revista dos Tribunais. 2ª edição. São Paulo.

NUCCI, Guilherme de Souza. Disponível em:
<https://www.facebook.com/guilhermenucci2>.

QUEIJO, Maria Elisabeth. *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.

SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar, Proporcionalidy Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, pag. 285-305, 1990, Editorial Colex, Madri.

TELES, Vanessa. Busca pessoal e abordagem policial tem previsão legal? Mega Jurídico. Disponível em <<http://www.megajuridico.com/busca-pessoal-e-abordagem-policial/>>.