

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LAURA BORGES DE ARAÚJO

**A (IN)VALIDADE DAS PROVAS OBTIDAS PELO MÉDICO E NO
AMBIENTE HOSPITALAR: ANÁLISE PELA ÓPTICA DO PRINCÍPIO NEMO
TENETUR SE DETEGERE**

**VITÓRIA
2023**

LAURA BORGES DE ARAÚJO

**A (IN)VALIDADE DAS PROVAS OBTIDAS PELO MÉDICO E NO
AMBIENTE HOSPITALAR: ANÁLISE PELA ÓPTICA DO PRINCÍPIO NEMO
TENETUR SE DETEGERE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade de Direito de Vitória – FDV,
como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito, sob
orientação do Profº Anderson Burke.

Aprovada em __/__/____

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Anderson Burke
Orientador.
Faculdade de Direito de Vitória

Prof(a). Dr(a).

Prof(a). Dr(a).

VITÓRIA/ES

2023

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, André e Dinalva, que me deram a liberdade de escolher o meu percurso e sempre demonstraram orgulho nele.

Ao meu namorado, Caio Bermudes, que torna a caminhada mais leve e feliz.

Ao Professor Anderson Burke pela orientação e por todo conhecimento transmitido.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a validade ou invalidade de provas obtidas mediante exames laboratoriais feitos no investigado que está sob custódia médica do Estado. Para tanto, traz-se à discussão princípios do Processo Penal, bem como a conceituação das provas, paralelamente a breve análise do projeto anticrime e o pressuposto do *nemo tenetur se detegere*. No mais, o trabalho enfrenta as implicações processuais penais do direito médico e ambiente hospitalar, abordando a ética médica e as garantias do custodiado. Baseia-se em uma revisão bibliográfica abrangente, envolvendo livros e artigos especializados na área, bem como uma análise de decisões dos tribunais superiores. A metodologia inclui a análise crítica dessas fontes em relação aos tópicos abordados e o resultado da pesquisa contribui para a compreensão dos desafios da obtenção de provas no contexto da custódia médica, enfatizando a importância da proteção dos direitos individuais e coletivos. O trabalho chega à conclusão de que é possível a sistematização de casos concretos em que a vedação das provas ilícitas seja relativizada, e, conseqüentemente, a admissibilidade das provas obtidas pelo médico no ambiente hospitalar.

Palavras-chaves: *nemo tenetur se detegere*; provas ilícitas; vedação à autoincriminação; direitos fundamentais; princípio da proporcionalidade; Código de Ética Médica; sigilo médico; custódia médica;

ABSTRACT

This paper aims to analyze the validity or invalidity of evidence obtained through laboratory tests performed on an investigated person who is under the state's medical custody. To this end, it brings to discussion principles of Criminal Procedure, as well as the conceptualization of evidence, in parallel with a brief analysis of the anti-crime bill and the presupposition of *nemo tenetur se detegere*. Furthermore, the work addresses the procedural criminal implications of medical law and the hospital environment, addressing medical ethics and the guarantees of the detainee. It is based on a comprehensive bibliographic review, involving books and specialized articles in the area, as well as an analysis of decisions by the superior courts. The methodology includes the critical analysis of these sources in relation to the topics covered, and the research result contributes to the understanding of the challenges of obtaining evidence in the context of medical custody, emphasizing the importance of protecting individual and collective rights. The work concludes that it is possible to develop a framework for specific cases in which the prohibition of illicit evidence can be relaxed, leading to the admissibility of evidence obtained by a doctor in a hospital setting.

Keywords: *nemo tenetur se detegere*; illicit evidence; prohibition of self-incrimination; fundamental rights; principle of proportionality; Medical Ethics Code; medical confidentiality; medical custody;

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Apud – “citado por”

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

DNA - ácido desoxirribonucleico

LEP - Lei de Execução Penal

MP - Ministério Público

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUS - Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE	10
2. TEORIA GERAL DAS PROVAS	16
2.1. CONCEITO DE PROVA E A BUSCA PELA VERDADE.	16
2.2. PREVISÃO LEGISLATIVA.	18
2.3. DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS.	19
2.4. PROVAS INVASIVAS E PROVAS NÃO INVASIVAS	21
3. DAS INOVAÇÕES DO PROJETO DE LEI Nº 10.372/2018	23
3.1. BREVE ANÁLISE DO PACOTE ANTI-CRIME	23
4. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	25
4.1. A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL	25
5. IMPLICAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS DO DIREITO MÉDICO E AMBIENTE HOSPITALAR	31
5.1. ÉTICA MÉDICA E O DEVER OU ABSTENÇÃO DE COMUNICAÇÃO DE CRIME	32
5.2. A CUSTÓDIA MÉDICA E AS GARANTIAS DO PACIENTE SOB TUTELA DO PÚBLICO E PRIVADO	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como teoria base a legislação nacional vigente, as contribuições dos tratados internacionais ratificados no Brasil, a jurisprudência e os estudos jurídicos existentes quanto à vedação à autoincriminação e o estudo dos meios de produção de provas aceitos no processo penal. O material final foi obtido por meio de livros e artigos especializados na temática penalista, bem como por meio da análise de decisões dos tribunais superiores.

O intuito do presente trabalho é a formulação de uma hipótese quanto à possível admissibilidade de provas obtidas pelo médico no ambiente hospitalar daqueles indivíduos que estão sob investigação ou já condenados, sob a ótica do princípio *nemo tenetur se detegere* e a classificação das provas no processo penal.

Portanto, no primeiro tópico, este estudo cuida de conceituar o princípio do *nemo tenetur se detegere*, revelando que a *prima facie* não se vislumbra positivado no direito brasileiro a garantia de não produção de provas contra si mesmo, clarificando que o pressuposto da não autoincriminação é advindo dos tratados internacionais ratificados no Brasil, que estenderam o direito ao silêncio para demais situações em que o réu não quer agir em contribuição das fases investigativas e processuais.

Seguidamente, o estudo irá explorar as limitações do princípio da busca pela verdade e o direito à prova no processo penal, destinadas a prevenir o abuso de Poder do Estado, garantir quando cabível a aplicação da pretensão penal punitiva e guardar os princípios que regem o sistema jurídico. Também se enfrentará a necessidade de proteger os direitos coletivos, particularmente no que tange à segurança pública, ao mesmo tempo em que assegura a eficácia do processo penal, evidenciando também a tutela de tais direitos na Constituição.

Em terceiro momento, estudar-se-á as contribuições do Pacote Anti-Crime e suas possíveis aplicações no caso em comento.

Isto posto, trago o confronto entre o *Jus libertatis* (direito de liberdade) e *jus puniendi* (direito de punir) dentro da esfera específica da custódia médica. Para tanto, se

aprofundará no princípio da proporcionalidade, a fim de explicar o meio para se ponderar direitos coletivos e individuais.

E, a partir deste confronto, chega-se ao questionamento da validade da prova obtida pelo médico no curso e em virtude do tratamento de um indivíduo, bem como a prova invasiva obtida, sem consentimento, daquele que se encontra em estado de hipossuficiência sob custódia médica no ambiente hospitalar.

A resposta do questionamento em questão passará pelo estudo da aplicação do princípio da proporcionalidade no direito penal brasileiro, avaliando a possibilidade de exceções ao formalismo da Constituição e do Código de Processo Penal, e as peculiaridades da custódia médica, incluindo questões éticas aplicáveis aos médicos, bem como as garantias dos custodiados.

1. PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE

Primeiramente, cabe pontuar que não se sabe ao certo o momento social no qual se originou o conceito denominado de princípio *Nemo Tenetur se Detegere*. Ao dispor sobre o tema, Korl afirma veemente que é “impossível identificar suas raízes” (SANTOS, *Apud* QUEIJO, 2012, pg 5).

E da mesma forma, até hoje não se chegou a um consenso sobre sua tradução. Numa definição ao pé da letra, QUEIJO (2012, pg. 28) traduz a expressão como “ninguém é obrigado a se descobrir”. Mas há ainda quem vá além, como por exemplo SOUSA, que entende o princípio como garantia de que “[...] ninguém deve ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação, que engloba o direito ao silêncio e o direito de não facultar meio de prova” (*Apud* SANTOS, 2015, pg. 14). De todo modo, usualmente, a doutrina acaba por se referir ao princípio como “a garantia de não produzir provas contra si mesmo”.

Resumidamente, o ponto de encontro dos autores acaba sendo o direito de o acusado estar ciente sobre a investigação e sobre a possibilidade que lhe é dada de permanecer calado. Inclusive, esta é justamente a previsão que o ordenamento jurídico brasileiro acolheu.

No Brasil não há nos códigos uma previsão expressa - com “previsão expressa” quero dizer que não há uma previsão com estas exatas palavras - quanto à não autoincriminação. O nosso ordenamento deu conta de destrinchar apenas o direito ao silêncio.

Dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXIII: “*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;*” Entendimento que é abraçado também, de forma bem parecida, pelo nosso Código de Processo Penal, no artigo 186:

“Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não

importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

Veja que, diferentemente da visão ampliada apontada pela doutrina, as normas brasileiras abordam de forma expressa, tão somente, o direito de se permanecer calado frente a questionamentos capazes de revelar incriminações.

Mas, de todo modo, hoje tem-se claro que o direito ao silêncio, adotado pela nossa Constituição, é uma derivação do princípio da não auto-incriminação e é resultado das diversas contribuições dos diplomas Internacionais - tais quais, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de direito civil e políticos. O que não pode ser dito, no entanto, é que os dois são sinônimos, porque de fato não são. O primeiro claramente é uma restrição do segundo, sendo que “Tal equivalência corresponde a uma concepção bastante restritiva desse princípio.”(SANTOS, 2015, pg. 18).

Nesse sentido, o que se conclui é que, implicitamente, o Brasil positivou o princípio contra a auto-incriminação, fundando o direito ao silêncio como garantia constitucional. Mas, da mesma forma como ocorre com os demais direitos fundamentais, é necessário investigar seus limites de alcance e de extensão, e as exceções de sua aplicação, não podendo se admitir que seja absoluto.

Principalmente porque, sendo este um direito correlacionado à liberdade e à intimidade, falar em restrições implica em impor ao investigado suportar a produção de elementos de prova em seu desfavor, o que poderia significar um retrocesso, haja vista a proximidade direta com a concepção do acusado como mero objeto de provas no processo penal pertencente ao sistema inquisitorial.

Por outro lado, “não obstante reconheçam o princípio da autodefesa, os tribunais lhe têm imposto limites” (TÁVORA, 2013, pg. 77), no sentido de que, por mais que hoje se busque evoluir no processo acusatório, garantindo a posição do acusado enquanto sujeito de direitos, deve-se tê-lo como colaborador, porque o fato deste possuir garantias individuais

“não exclui por completo o seu envolvimento na atividade probatória, pois “o acusado é, sempre foi e, provavelmente, nunca deixará de ser, objeto de prova” (HADDAD, 2007, pg 239).

Quanto aos limites do direito ao silêncio no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente, BEDÊ JÚNIOR (2009, pg. 38) aponta que

“[...] o fato de o réu não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo não o impede de colaborar nas investigações e na elucidação do fato criminoso. De igual forma, não acoberta medidas daqueles que pretendem dificultar ou destruir os meios de prova da prática do crime”.

Ou seja, ainda que o investigado/acusado tenha como garantia constitucional o direito ao silêncio, isto é, direito a não exprimir aquilo que o incrimine, não significa que este estará isento de colaborar com o andamento do processo, em qualquer que seja sua fase, ou com a reconstituição do fato criminoso. Mesmo porque, a contribuição do réu no processo é tão vantajosa para ele quanto para a sociedade. Como bem esposado por BARROS, (2002, pg 165)

“[...] a real e efetiva participação do acusado representa não só a essência de sua defesa, como também nela se afirmam meios de prova que podem ser utilizados legalmente pelas partes do processo”.

Assim, mais do que um instrumento de acusação, a prova representa também a defesa do réu, na medida em que tem como objetivo trazer ao processo a verdade dos fatos, impossibilitando que o mesmo responda por algo que não cometeu ou, ainda, responda pelo crime que cometeu, mas de forma mais gravosa, sem necessidade.

Há ainda outros autores que vão além, principalmente aqueles que se inspiraram em doutrinas e normas estrangeiras, como é o exemplo de SANTOS (2015, pg 33), o qual entende que *“ainda que de forma não expressa, é reconhecido um dever de colaboração na produção de provas”*¹. E, nessa senda, a colaboração do réu deixa de ser opcional.

Quanto a essa visão, PACELLI (2018, pg 36) também fez grande contribuição ao apontar os governos adeptos à imposição da contribuição do réu no processo penal. Segundo ele,

¹ SANTOS, Marcus Renan Palácio de Moraes Claro dos. O direito ao silêncio no Processo Penal. pg. 33 - 1 ed. Belo Horizonte. Fórum, 2015.

“nos Estados Unidos e em praticamente toda a Europa são permitidas determinadas inferências corporais, variando apenas a necessidade de previsão legal e/ou de ordem de autoria judiciária”.

E, de fato, o autor fez acertada pontuação. Tomemos como base exemplar a Alemanha. O Código de Processo Penal do referido país permite a extração de provas mesmo sem consentimento do réu, inclusive a coleta de sangue.

A respeito do código alemão, pontuou QUEIJO (2003, pg 281) que não apenas a coleta de sangue como também outras ingerências corporais são admissíveis pelo parágrafo 81. Acrescenta que as intervenções serão feitas de acordo com a ordenação do juiz, a serem realizadas por médico em função de perito, sem o consentimento do acusado. Sendo que “*o limite para aplicação dessa norma é o risco para a saúde do acusado*” (QUEIJO, 2003, pg 281).

Depreende-se, portanto, que vários ordenamentos estrangeiros desconhecem a incidência do *nemo tenetur se detegere* no que diz respeito à produção de provas no processo penal. Basicamente, por entenderem que a depender do crime e da prova, não há outra via para alcançar a solução senão a colaboração do acusado.

No entanto, este não tem sido o entendimento do nosso país. O Brasil, ainda que não tenha um posicionamento pacificado, na maioria de seus julgamentos envolvendo o princípio do *nemo tenetur se detegere*, tem se manifestado no sentido de que a imposição da colaboração do acusado viola a ordem constitucional e os códigos Penal e de Processo Penal.

Como jurisprudência exemplar, trago o julgamento do habeas corpus nº 71.373-4/RS do Supremo Tribunal Federal, que embora tenha tratado de natureza cível, trouxe importante contribuição a respeito do *nemo tenetur se detegere*. No caso em tela, tratando-se de teste de paternidade, o acusado recusou a realização do exame pericial. Nos atentemos a Ementa do Acórdão:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação

no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.²

Restou decidido que, naquele caso em concreto, não haveria interesse público que justificasse a imposição de colaboração do acusado, isto é, que não seria o caso de sobressair o direito da sociedade em detrimento do direito individual. Prezou-se pela garantia da dignidade da pessoa humana e da intimidade.

Também a despeito do princípio *nemo tenetur se detegere*, decidiu o Supremo Tribunal Federal a respeito do fornecimento de padrões vocais a servirem para prova pericial no processo penal. Cujas a Ementa restou padronizada como a seguinte:

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 14 DA LEI N° 6.368/76. REQUERIMENTO, PELA DEFESA, DE PERÍCIA DE CONFRONTO DE VOZ EM GRAVAÇÃO DE DESISTÊNCIA PELA PRODUÇÃO DA PROVA INDEFERIDO. 1. O privilégio contra a auto-incriminação, garantia constitucional permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável. 2. Ordem deferida, em parte, apenas para, confirmando a medida liminar, assegurar ao paciente o exercício do direito de silêncio, do qual deverá ser formalmente advertido e documentado pela autoridade designada para a realização da perícia.³

Observa-se na referida Ementa que o tribunal reconheceu o princípio do *nemo tenetur se detegere* no caso concreto e, mais do que isso, ainda o assinalou como garantia constitucional advinda do direito ao silêncio, decidindo pela impossibilidade de se obrigar o acusado a fornecer seus padrões vocais.

No entanto, não se pode perder de vista que a incidência/reconhecimento do princípio ainda não é pacificado pela jurisprudência, muito menos no âmbito normativo.

Ainda, o Supremo Tribunal Federal, a respeito do fornecimento dos padrões gráficos, decidiu pela possibilidade de compelir o indiciado a contribuir, sob a justificativa de que se trata de um fato de caráter essencialmente probatório. Senão vejamos:

² STF - HC: 71373 RS, Relator: FRANCISCO REZEK, Data de Julgamento: 10/11/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45686 EMENT VOL-01851-02 PP-00397

³ STF, 2ª T., no HC nº 83.096/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 18.11.2003, DJ 12.12.2003.

HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido.⁴

Extrai-se, portanto, que naquele caso, ainda que se tenha reconhecido o direito à não autoincriminação, sobressai-se o caráter probatório da comparação gráfica em face do privilégio do *nemo tenetur se detegere*, tornando possível a colheita do material gráfico.

De todo o exposto, evidencia-se que, no Brasil, inexistente entendimento uniforme quando se envolve o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Vê-se que os Tribunais têm analisado e decidido caso a caso, de modo que, pode até se afirmar que o Brasil recepcionou o direito à não autoincriminação dentro do dispositivo constitucional do direito ao silêncio, mas ainda não é possível dizer que o país definiu seus limites.

Tal definição ainda que não tenha sido feita é possível e é, inclusive, urgente para mitigar as divergências entre os juízes, que têm analisado casos parecidos de modos muito distintos entre si. Existe a necessidade de unificar tal entendimento para que se tome decisões mais precisas e com isso se tenha segurança jurídica.

⁴ STF - HC: 77135 SP, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 08/09/1998, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 06-11-1998 PP-00003 EMENT VOL-01930-01 PP-00170

2. TEORIA GERAL DAS PROVAS

O presente capítulo se propõe à análise do conceito e da finalidade da prova para o Processo Penal, passando pela discussão a respeito da busca pela verdade.

Pretende-se também discriminar, ainda que brevemente, as espécies probatórias presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1. CONCEITO DE PROVA E A BUSCA PELA VERDADE.

Em poucas palavras, diz-se que as provas são elementos de evidência sobre um fato que conduzem à convicção do juiz de direito - aquele que julga. Ou, de forma mais robusta, como diria TÁVORA, o manancial probatório é o meio pelo qual as partes litigantes do processo buscam o convencimento do julgador.⁵

Concluindo, as provas são um meio para se comprovar, objetivamente, uma linha de raciocínio, seja ele de defesa ou de acusação. Entendimento ao qual considero acertado, ao passo que, leva-nos a compreender que, mais do que uma captura psíquica do juiz, as provas têm como intuito auxiliar na reconstituição do crime/delito, e mostrar a veracidade de um fato.

No entanto, como bem pontuou BADARÓ (2018, pg 835), “*a verdade absoluta ou ontológica é algo inatingível.*” Mesmo porque, verdade e certeza são conceitos relativos. Noutra giro, “a impossibilidade de se ter certeza sobre a verdade não significa que não se tem elementos para reconhecer a mentira” (BEDÊ JR, 2022, pg 7).

A partir disso, a verdade processual se traduz na prolação de uma sentença justa e coerente, precedida de um processo estruturado que seja capaz de levar a correta verificação dos fatos. Afinal, “*a busca da verdade não é o fim último do processo penal, mas um meio para a correta aplicação da lei penal*” (BADARÓ, 2018, pg. 389).

⁵ TÁVORA, Nestor. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL. pg. 388. Editora JUSPodivm. 8ª Edição, 2013.

Mas essa matéria enseja muita discussão. A busca da verdade no âmbito criminal ainda tem sido confundida com o sistema inquisitivo, por remeter a alguns doutrinadores a ideia de “verdade real”. Como por exemplo, ao que parece ao pesquisador e advogado CARVALHO (2017, pg 16), a verdade no processo penal “é invocada constantemente para justificar a violência punitiva”.

Portanto, muito se questiona a respeito das suas limitações, e, em especial, quanto à preponderância entre o direito à segurança pública e o direito do acusado.

Quanto a esse ponto, tendo a acompanhar os doutrinadores clássicos, no sentido de que não se pode perder de vista a existência de um direito fundamental, na medida em que existe no ordenamento um direito constitucional à produção de provas⁶.

E, no que tange a defesa no processo penal, o direito constitucional à produção de provas está diretamente ligado à ideia de ampla defesa. Mesmo porque, não existiria condições de se falar em ampla defesa sem conseguir produzir provas capazes de comprovar suas alegações. E, não obstante, no plano da acusação, o direito constitucional à produção de provas importa na materialização do direito de ação.

Por outro lado, é fato que a existência de um direito fundamental à produção de prova não significa o direito de produzir de qualquer forma e qualquer coisa.

O Poder Judiciário tem o papel de dar a melhor resposta correta, pelo melhor método - o que não implica no uso de qualquer meio. A “[...] *sua busca não pode se dar a partir de uma premissa de que os fins justificam os meios.*” (BADARÓ, 2018, pg 389). Da mesma forma como preceitua TÁVORA (2013, pg. 392), “*Seria impensável uma persecução criminal ilimitada, sem parâmetros, onde os fins justificassem os meios, inclusive na admissão de provas ilícitas*”.

Veja, no entanto, que um pressuposto não exclui o outro. Melhor dizendo, ainda que se tenha limitações quanto a busca da verdade a qualquer custo e a produção de

⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. pg. 389. 6 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

provas, não há como naturalizar um processo sem verdade. Ainda mais se tratando de Processo Penal, em que se tem o poder de cercear direitos de liberdade de um cidadão. Basta uma análise profunda a respeito do tema, para chegar-se à conclusão de que a busca pela verdade propriamente dita não infere na imparcialidade e na conduta do julgador, desde que se respeite os limites que a Constituição Federal e o Código Penal já delimitaram.

3.2. PREVISÃO LEGISLATIVA.

Com a compreensão do ponto anterior, parte-se para a análise da previsão legislativa - o que o direito brasileiro diz sobre provas?

Demos início ao que prediz a Constituição da República Federativa do Brasil. O referido conjunto de normas dispõe em seu artigo 5º, LVI, que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;*”. Daí se extrai que, independentemente de previsão e regulamentação específica, permitir-se-á grande variedade de provas - quase como se dissesse “toda e qualquer prova” - estando o aceite condicionado à licitude dessas.

Por sua vez, o Código de Processo Penal, no artigo 157 determina que “*São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.*”. Ou seja, provas que desobedeçam os limites postos no ordenamento serão tiradas do processo, por serem consideradas ilícitas.

Dentre os meios de provas admitidas temos: exame de corpo de delito e perícias (arts. 158 a 184 CPP), confissão (arts. 197 a 200 CPP), perguntas aos ofendidos (art. 201 CPP), rol de testemunhas (art. 202 a 225 CPP), reconhecimento de pessoas (art. 226 a 228 CPP), acareação (arts. 229 e 230 CPP), documentos (art. 231 a 238 CPP), indícios (art. 239 CPP) e busca e apreensão (arts. 240 a 250 CPP).

No entanto, como já exposto, não se trata de um rol taxativo, mas meramente exemplificativo. Admite-se a aplicação de métodos atípicos no processo penal, na medida em que se compreende que os meios de obtenção de provas “são

instrumentos para a colheita de fontes ou elementos de prova.” (BADARÓ, 2018, pg. 393).

Confirma-se, portanto, que estas podem ser apresentadas das formas mais diversificadas possíveis, desde que respeitadas as delimitações postas na lei. E, por consequência, sempre que se reconhecer o uso de provas contrárias às determinações normativas, e, portanto ilícitas, estas serão desentranhadas do processo, bem como tudo aquilo que delas decorreram⁷.

3.3 DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS.

Imprescindível para a compreensão do tema tratado neste trabalho, faz-se necessário a conceituação do gênero “provas ilegais”, mais especificamente, o apontamento da diferença de provas ilícitas e provas ilegítimas. Tal diferenciação ganhou espaço na doutrina nacional após proposta feita pela conceituada GRINOVER, e corresponde no seguinte:

(1) Prova ilícita, em um conceito simples, é a obtenção de uma prova por meio da violação de norma da legislação ordinária, isto é, violação de regra de direito material, seja ele constitucional ou legal. Ou ainda, como prediz BADARÓ (2018, pg 409), aquelas obtidas com violação de “*garantias constitucionais (por exemplo, um ‘grampo telefônico’ ilegal)*”. Assim, o ponto principal de sua conceituação está no momento de sua aquisição/produção e o bem jurídico que envolve.

Entende-se que o legislador, com a redação do artigo 157 do CP, quis prevenir o uso de torturas, coações, ofensas e abusos para a obtenção de provas, para impedir que sua produção viesse a ocorrer a qualquer custo. Portanto, trata-se de um conceito diretamente ligado à proteção da dignidade da pessoa humana e extraprocessual.

Tais provas, como anteriormente mencionado, não chegam nem mesmo a entrar no processo, sendo inadmissíveis à luz do Código de Processo Penal.

⁷ O entendimento esposado decorre da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, *fruit of the poisonous tree*, em que, por regra geral, a prova ilícita em sentido amplo é insuficiente para anular todo o processo, anulando apenas ela e todas as demais provas/fatos que dela forem derivadas.

(2) As provas ilegítimas, por sua vez, são aquelas que detém vício sobre o processo. Segundo BADARÓ (2018, pg 409), “*são aquelas produzidas com a violação das normas processuais, (por exemplo, oitiva de uma testemunha, sem dar às partes o direito de perguntas)*”. Em outras palavras, a problemática envolvida neste meio de prova tem relação com o momento em que é depositada no processo em juízo. Portanto, é algo que ocorre dentro do processo - intraprocessual.

Por suas peculiaridades, é considerada nula, a depender da declaração do juiz. Isso porque, se têm a ciência de que, em certos casos, é a única prova possível de ser extraída. Em maioria das vezes ocorre em favor do réu, por se entender que esta parte não obterá os meios corretos para a obtenção de provas contributivas a seu direito, portanto, não havendo outra escolha senão a produção de prova ilegítima.

Veja, portanto, que diferentemente do que ocorre com as provas ilegítimas, das quais ainda se existe uma possibilidade de utilização, as provas ilícitas nem mesmo são tidas como provas, são descartadas prontamente em detrimento da vedação feita pelo artigo 157 do Código de Processo Penal.

Quanto a isso, parte da doutrina explica, que tal vedação não significa a limitação da busca pela verdade material e nem mesmo prejudica o convencimento do juiz, porque a própria busca pela verdade não é ilimitada e não garante um fim a qualquer custo. BADARÓ (2018, pg 411), por exemplo, afirma que “[...] *na atividade probatória, os fins são tão importantes quanto os meios.*”.

No entanto, tendo a discordar parcialmente desse posicionamento, por acreditar não ser estritamente condizente com a sociedade atual, ou, pelo menos, não desta forma. Explico.

É basilar compreender que o Direito, enquanto instrumento social, evolui junto à sociedade, isto é, as normas tendem a se alterar com os avanços dos indivíduos e de suas relações. Nesse sentido, é no mínimo contraditório imaginar que a vedação das provas ilícitas será para sempre um dogma absoluto. Não há de ser.

Como bem preceitua ÁVILA (2006, pg 109), “ainda que a redação do dispositivo pareça apontar para sua configuração como uma regra (por estabelecer uma norma para o caso concreto), por trás da regra há o princípio, que justifica a criação da regra.”. Ou seja, muito antes de se ter um dispositivo legal, se têm um princípio, como qualquer outro, o que na prática, implica na aproximação da teoria da ponderação dos princípios, e afasta a teoria de predominância das normas.

Ora, observe que não se propõe uma liberação desenfreada das provas ilícitas, mas uma ponderação entre os princípios envolvidos no caso em concreto, assim como já se faz com demais matérias do direito penal.

Não se deve perder de vista a finalidade do processo penal, qual seja, proteger os bens jurídicos individuais e coletivos e, sobretudo, fazer justiça. E, não obstante, deve-se ter em mente a dificuldade que demasiadas imposições legislativas trazem para o alcance de uma solução justa do processo.

3.4 PROVAS INVASIVAS E PROVAS NÃO INVASIVAS

Superado o ponto anterior, diz-se que as provas obtidas mediante intervenção corporal podem ser classificadas em dois grupos: provas invasivas e provas não invasivas, o que é de relevância para o presente estudo.

Tais provas são assim conceituadas pois guardam relação estreita com os princípios da vedação à autoincriminação, à liberdade individual, à intimidade, à integridade física e à dignidade.

Partindo de tais pressupostos, serão consideradas provas invasivas aquelas que para a sua obtenção tenha sido necessária uma intervenção grave no corpo de um indivíduo, realizada através da exploração de cavidades naturais, como por exemplo veias, nariz, órgãos sexuais, dentre outros.

Ao abordar tal temática, FERREIRA (2009, pg 13) cita como exemplos de exames probatórios:

“[...] o exame de sangue, o exame ginecológico, a identificação dentária, também as buscas pessoais, denominadas de revistas poderão ser realizadas por meios invasivos ou não invasivos”.

Por outro lado, as provas consideradas não invasivas são aquelas em que não há uma intervenção significativa no corpo do indivíduo, sendo apenas uma análise de partes superficiais, “[...] como é o caso do reconhecimento pessoal, a acareação, o exame grafotécnico, a reconstrução do fato, o bafômetro e a prova documental” (FERREIRA, 2009, pg 13).

Outrora tenha feito a distinção, fato é que a linha que as separa não é firme e absoluta. Quero dizer, a classificação de uma prova como invasiva ou não invasiva é relativa, pois, alguns exames podem ser elaborados sem que sequer seja feita intervenção no corpo do indivíduo, bastando rastros que ele mesmo fornece, como por exemplo os próprios fios de cabelo que se perdem no chão. O que até então seria uma prova com pequena intervenção corporal, passa a ser considerada simplesmente como prova válida.

3. DAS INOVAÇÕES DO PROJETO DE LEI Nº 10.372/2018

3.1. BREVE ANÁLISE DO PACOTE ANTI-CRIME

No dia 24 de dezembro de 2019, o que até então era apenas um Projeto de Lei (nº 10.372/2018), proposto pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro, passou a vigorar como Lei nº 13.964, mais conhecida como Pacote Anticrime.

O surgimento da nova legislação tinha por objetivo alterar 17 (dezesete) outras leis, incluindo o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais. A motivação para tanto foram as constantes discussões sobre a criminalidade no Brasil e a “crise” do Poder Judiciário. Criou-se, então, um conjunto de diretrizes que alteraram substancialmente a aplicação dos Direitos Penal e Processual Penal.

Com o então denominado Pacote Anticrime, previsões antigas, “esquecidas” pela população, voltaram à tona com muito mais ênfase. Pode-se citar como pontos de maior destaque trazidos pela Lei nº 13.964/2019 a ampliação das penas de crimes violentos, o acordo de não persecução penal, medidas de combate a corrupção e tráfico de drogas, a implementação do “juiz de garantias”, audiência por videoconferência, o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), e a possibilidade de captação ambiental.

Dentre as inovações ora citadas, a coleta de perfil genético - que nada mais é do que um meio para identificação de indivíduos feito através da coleta compulsória de DNA - e a captação ambiental - meio de obtenção de prova que consiste na gravação feita por um dos interlocutores de uma comunicação em local público, sem o consentimento dos demais envolvidos e sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou MP - são as que mais se assemelham e colaboram no estudo da temática tratada no presente trabalho.

Isso porque ambas as propostas citadas tem como objetivo trazer maior grau de certeza ao processo, na mesma medida em que resolveria o caso de forma rápida. Ambas também permeiam a questão das garantias do acusado, como a intimidade, a privacidade e a autoincriminação.

Assim, o que se questiona é a diferença de tais previsões para com a obtenção de provas através da custódia médica ou pelo médico sobre o paciente. Existe de fato algum impedimento para que tal prova seja considerada lícita? Por outro lado, sendo esta considerada ilícita, haverá exceção que permita a sua validação no processo penal? É o que se enfrentará nos tópicos abaixo.

4. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

4.1. A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL

Sucintamente, toda a discussão de valores até aqui destrinchada decorre do duelo entre *Jus libertatis* - direito de liberdade - e *jus puniendi* - direito de punir. Trata-se, pois, de um embate longínquo na história do Direito, e, praticamente, interminável, em que se discute na análise de casos concretos a extensão dos direitos individuais e os poderes punitivos do Estado - este enquanto garantidor dos direitos coletivos.

O confronto entre tais direitos, assim como dito no tópico 3 (provas), obtém resultados diferentes a depender do sistema jurídico adotado, porquanto que alguns mitigam o conflito ao ponto de quase se deixar inexistente. Como prediz BARROS (2018, p. 267)

“[...] no Direito de algumas nações são encontrados mecanismos que superam, até com certa facilidade, os óbices ao descumprimento da verdade, enquanto noutros se mantém a rigidez do sistema”.

À luz também dos julgados já expostos naquele tópico, se depreende que no Brasil atual, em que prevalece o Estado Democrático de Direito, o sistema jurídico supera tal encruzilhada por meio do princípio da proporcionalidade, ponderando a necessidade como a medida a ser utilizada, bem como os danos causados e o benefício a ser produzido. Isso porque, como bem apontado por BARROS (2002, pg 272), tal constatação é indispensável “*para justificar a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.*”.

Mas como também dito, o tema não é pacificado e, na verdade, a doutrina clássica sempre apontou para o contrário da aplicação do princípio da proporcionalidade. Tem-se muito forte para alguns doutrinadores os ensinamentos deixados por Hans Kelsen, em que a unidade do sistema normativo é sempre preservada, sendo uma norma superior impassível de interferência por outra de menor valor.

Em suma, explicam os educadores GRINOVER e FERNANDES (2001, p. 100-105) que, por mais relevantes que sejam as informações contidas nas provas ilícitas,

estas deverão ser sempre extirpadas do processo, sendo eivadas de vício insanável, a inconstitucionalidade.

Por claro, a posição doutrinária clássica a respeito do princípio da proporcionalidade e da não aceitação de prova ilícitas, em que se defende a aplicação absoluta e em literal do disposto constitucional, é uma posição mais confortável e melhor aceita pela doutrina, no entanto, não se pode deixar de lado a defesa de novas posições por conta disso. Ora, o que é o Direito senão uma construção de ideais mutáveis?

Portanto, me permito discordar da posição majoritária, apoiando-me nos autores que defendem a tangibilidade das normas.

As regras constitucionais não são consideradas absolutas, na medida em que convivem com demais normas e princípios de idêntica estatura legal. Por tal razão, os direitos devem, necessariamente, integrar “um sistema de limitações recíprocas”. (Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades públicas e processo penal*, pg 88)

E para além disso, parafraseando BARROS (2002, pg 273):

“Por força da aplicação do princípio da ponderação de interesses, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, aceita-se a produção de prova ilícita no processo como fundamento do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes que não se encontram explicitados em lei”.

Ou seja, o princípio da proporcionalidade é um meio de se explicar a utilização das provas ilícitas no processo penal, sempre que se apresentarem casos de difícil resolução e produção de outras provas, como garantia de equilíbrio entre valores fundamentais.

A ideia, no entanto, merece uma pequena pontuação, que é fruto da contribuição de ÁVILA apud TÁVORA e ALENCAR (2016, p. 851). Não se pode perder de vista que a:

[...] proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder, aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentro os meios disponíveis e igualmente adequados a

promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção no fim correspondem às desvantagens fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)”

Entendimento similar àquele apresentado por Moraes (2014, p. 116):

“Hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização”.

Portanto, o fato da Constituição Federal trazer um rol de direitos e garantias fundamentais, não significa que estes sejam bens jurídicos absolutamente intocáveis, como se imagina popularmente. Ao passo que também o doutrinador NERY Junior (2017, pg. 41) advertiu a necessidade de se impor limites à extensão desses direitos, para que não se tornassem absolutos, oponíveis a tudo e atentadores ao Estado Democrático de Direito.

Logo, entende-se que a proibição das provas ilícitas é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado, quando se vislumbrar em risco um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental que com ele contraste.

Ainda que parte da doutrina relute quanto a este entendimento, fato é que já tivemos decisões admitindo provas ilícitas. O Brasil, em um dos seus casos de maior repercussão, admitiu, na figura da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, a utilização de mensagens hackeadas - obtidas de modo ilícito - em prol da defesa do presidente da república Luiz Inácio Lula da Silva. Na época do julgamento, o Juiz Relator Ricardo Lewandowski, declarou válida a utilização da prova ilícita por entender que se tratava de prova colaborativa ao réu, estando em risco sua inocência e, portanto, sua liberdade.

Mas este não foi o único caso em que os Tribunais brasileiros enfrentaram alegações sobre utilização de provas ilícitas. Em caso ainda mais recente, julgado no dia 03 de outubro deste ano, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça se deparou com a alegação de violação ao disposto no artigo 157 do Código de Processo Penal, dada a utilização de material genético obtido de forma compulsória

em comparação a DNA encontrado na cena do crime de latrocínio. Assim, vejamos a ementa:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. OPERAÇÃO METÁSTASE. LATROCÍNIO. VIOLAÇÃO DO ART. 157 DO CPP. NULIDADES REFERENTES À COLHEITA DO MATERIAL GENÉTICO DO RECORRENTE. VERIFICAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. VALIDADE DO REQUERIMENTO DA POLÍCIA FEDERAL MEDIANTE POSTERIOR AUTORIZAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA PELO JUÍZO COMPETENTE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS. SIGILO JUSTIFICADO NA ETAPA INQUISITORIAL. LAUDO PERICIAL DEFINITIVO QUE TEVE AMPLO ACESSO GARANTIDO. AUSÊNCIA DE PROVA DE RECUSA DO RECORRENTE. DNA EXTRAÍDO DA CENA DO CRIME COMPATÍVEL COM O CONSTANTE DO BANCO NACIONAL DE PERFIS GENÉTICOS – BNPG. VALIDADE. 1. Ao tratar do tema, o Tribunal de origem dispôs que a defesa insurge-se quanto à ausência de requerimento da acusação para a colheita do material genético, a ausência de apreciação judicial em decisão fundamentada e a falta de liberação da prova nos autos para fins de contraditório e ampla defesa. Tangencia também no fato de que deveria o investigado/acusado concordar com a coleta de DNA, mesmo por swab oral, bem assim que tal exame poderia comprovar apenas que havia uma peça de roupa do réu na cena do crime. [...] no bojo dos autos do Pedido de Quebra de Sigilo de Dados 5012866-48.2020.4.04.7002, resguardado por sigilo nível 2, há requerimento da Delegacia de Polícia Federal em Foz do Iguaçu/PR de autorização de coleta de material genético de Davi de forma direta ou indireta (evento 1), pleito que foi acolhido pelo juízo (evento 6). [...] o laudo pericial veio a ser juntado posteriormente no Inquérito Policial 5003418-56.2017.4.04.7002, no evento152, sob o segredo de justiça, de modo que houve o acesso irrestrito para os fins constitucionais do contraditório e da ampla defesa. [...] Relativamente à concordância do acusado na coleta de seu DNA via swab oral, tem-se a informação no Laudo Pericial 21.550/2021, oriundo do Instituto de Criminalística da Superintendência da Polícia Técnico-Científica da Secretaria da Segurança Pública de São Paulo (evento 152 do IPL, LAUDOPERIC3), [...] o laudo pericial veio a ser juntado posteriormente no Inquérito Policial 5003418-56.2017.4.04.7002, no evento152, sob o segredo de justiça, de modo que houve o acesso irrestrito para os fins constitucionais do contraditório e da ampla defesa. [...] Relativamente à concordância do acusado na coleta de seu DNA via swab oral, tem-se a informação no Laudo Pericial 21.550/2021, oriundo do Instituto de Criminalística da Superintendência da Polícia Técnico-Científica da Secretaria da Segurança Pública de São Paulo (evento 152 do IPL, LAUDOPERIC3), que o material recebido para exame era: 01 (um) swab contendo amostra da mucosa oral coletada do condenado DAVI MARQUES DOS SANTOS (RG 27.657.265_SSP-SP), na EPML Norte, sob Termo de Coleta Compulsória devidamente assinado e recebido sob o lacre1262191. [...] a coleta compulsória não significa que foi obtida quando há oposição do indivíduo, mas sim porque houve uma determinação judicial de coleta de material genético. [...] Lícita, pois, a prova obtida por meio de comparação de material genético encontrado na cena do crime com aquele constante do Banco Nacional de Perfis Genéticos - BNPG e colhido em atendimento às exigências do artigo 9º-A, caput, da Lei nº 7.210/84 (LEP). (fls. 704/706). 2. A prova fora obtida mediante requerimento da Delegacia de Polícia Federal em Foz do Iguaçu/PR e devidamente autorizada pelo Juízo competente. 3. Não há falar em ofensa ao contraditório, pelo fundamento de que o laudo pericial veio a ser juntado posteriormente no Inquérito Policial 5003418-56.2017.4.04.7002, no evento152, sob o segredo de justiça, de modo que houve o acesso irrestrito para os fins constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Como se infere dos autos, a aludida proibição de acesso ocorreu na fase investigativa, ante a presença de sigilo

fundamentado pelo Juízo. Ao contrário do quanto delineado pela defesa, o laudo pericial definitivo teve amplo acesso garantido. 4. Não consta dos autos que houve recusa do recorrente em fornecer o material genético. Com efeito, nesta hipótese, o fato deveria ser consignado em documento à parte do termo de coleta, assinado por duas testemunhas e pelo responsável pela tentativa de coleta, o que não foi demonstrado na peça recursal. 5. Nos termos do parecer da Procuradoria-Geral da República, tem-se que coletaram-se perfis genéticos deixados pelos meliantes na casa utilizada como base à realização do assalto e em diversos cenários de condutas após consumação do latrocínio em que foi morto o policial paraguaio Sabino Ramón Benítez Martínez. [...] Tais perfis genéticos foram submetidos a exame pericial e armazenados em “BNPG – Banco Nacional de Perfis Genéticos” para confronto com perfis de agentes suspeitos; o denunciado ora recorrente foi um dos que tiveram seu perfil genético coincidente com vestígios encontrados na casa usada pelos criminosos em Ciudad del Este/PY; a demora em se identificar o “dono” desse vestígio epitetado como do “indivíduo 18” deveu-se a achar-se foragido o corréu ora recorrente; com sua prisão em 13/01/2021 em Limeira/SP no bojo de investigação pela Polícia Civil de quadrilha especializada em grandes roubos de bancos, aeroportos e empresas de transporte, foi possível coleta de material genético que, submetido à perícia, mostrou-se coincidente com o do “indivíduo 18” coletado na casa ocupada pela organização criminosa no vizinho país para preparar o assalto que terminou em latrocínio (e-STJ, fls. 21/22) (fls. 905/906). 6. Reputa-se válida a prova obtida mediante a comparação de material genético do recorrente, encontrado na cena do crime, com aquele constante do Banco Nacional de Perfis Genéticos - BNPG. 7. Recurso especial desprovido.⁸

Da leitura do referido texto jurisprudencial, extrai-se que a Sexta Turma do STJ validou a prova obtida mediante coleta compulsória de perfil genético, ainda que sob a alegação da defesa de que o réu teria desautorizado a coleta. Restou decidido que, em eventual recusa do fornecimento de material genético, deveria o réu ter assinado documento expresso quanto sua negativa, devendo ainda constar neste termo a assinatura de duas testemunhas mais a assinatura do responsável legal pela tentativa de coleta do material.

Através da fundamentação posta acima, o STJ validou a utilização da referida prova e negou provimento ao pedido de absolvição com base na alegação de nulidade.

De modo conclusivo, tem-se que para serem admitidas as provas ilícitas no processo penal, sobretudo deverá restar comprovada a estrita necessidade daquelas, onde o juiz, por sua sensibilidade e entendimento profissional, realizará a ponderação entre os direitos e interesses coletivos em detrimento da garantia

⁸ STJ - REsp Nº 2086680 - PR (2023/0254749-8), Relator: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento, 03/10/2023, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: 06/10/2023.

individual de não produção de provas contra si mesmo e a vedação da utilização de tais provas trazida pelo artigo 157 do Código de Processo Penal.

Dito de outro modo,

[...] a decisão que se curva à adoção do princípio da ponderação de interesses deve ser dimensionada por uma especial sensibilidade do juiz, apropriada ao caso concreto, isenta de um posicionamento inflexível, pois nessa questão não pode prevalecer a restrição absoluta à sua aplicabilidade e nem tampouco franquear-se a sua admissibilidade sem limitações.

[...]

“Mister então que o juiz constate a presença do *fumus bonis iuris* e se convença da necessidade de autorizar o sacrifício da garantia individual em prol do interesse estatal de bem executar a persecução penal.”⁹

Por todo o exposto, conclui-se que a proposta que aqui se faz não é de toda estranha à doutrina, e, muito menos, à parcela julgadora brasileira, ao passo que já existem precedentes que tangenciam a temática e caminham a seu favor.

O fato da Constituição Federal trazer o princípio do *nemo tenetur se detegere* como direito fundamental, não significa que este seja um bem jurídico absoluto e intocável, que permita ao réu dificultar a resolução do processo. Na verdade, tem-se entendido que a colaboração do acusado é tão vantajosa para ele quanto para a sociedade. Portanto, o princípio da vedação à autoincriminação deve ser analisado de modo mitigado, dentro dos limites legais, ponderando-se com os demais princípios envolvidos no caso concreto.

De igual modo, advindo da principiologia, não pode o art. 157 do CPP ser encarado de forma absoluta, impassível de exceções. Por isso, a proibição das provas ilícitas se torna um princípio relativo, passível de violação excepcionalmente, quando restar demonstrada a necessidade da prova e a inviabilidade de outras espécies probatórias.

⁹ BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Pg 275.

5. IMPLICAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS DO DIREITO MÉDICO E AMBIENTE HOSPITALAR

Dentre os constantes chamados referentes a acontecimentos de crimes, é comum os policiais encontrarem os envolvidos lesionados, e, na maioria das vezes, com balas alojadas no corpo. Diante de tais situações, é dever dos policiais, antes de encaminhá-los à Delegacia, levá-los até o hospital mais próximo da rede pública para que sejam atendidos.

Há ainda muitas outras hipóteses que explicam a possibilidade de um acusado ser atendido por um médico vinculado ao hospital público, dentre as quais podemos citar as diversas ocorrências de *motim* nas penitenciárias e as próprias intrigas entre os presos, que constantemente resultam em graves ferimentos, impassíveis de serem tratados dentro da enfermaria do próprio presídio, pela alta complexidade das lesões ou mesmo por conta da lotação daquelas.

No Espírito Santo, por exemplo, nos últimos três anos, podemos citar dois casos marcantes: em 2021, após uma briga dentro de uma das celas do Centro de Detenção Provisória de São Domingos do Norte, um detento teve de ser levado ao hospital Silvio Avidos, em Colatina, com ferimentos graves, vindo a falecer dias depois (G1, 2021); mais recente, em outubro deste ano (2023), um dos presos da Penitenciária de Segurança Máxima 2, localizado no Complexo de Viana, precisou ser transferido para o Hospital Estadual de Urgência e Emergência em Vitória após ser agredido por outros três internos (A GAZETA, 2023).

Note que nestes casos, pela gravidade dos ferimentos, os presos tiveram de ser transferidos à rede pública de saúde comum para receberem atendimento médico, que por sinal, é repleto de peculiaridades em razão das condições deste paciente carcerário.

Dentre as peculiaridades é possível citar o uso de algemas durante a permanência do réu no hospital, a escolta policial enquanto o mesmo está sob custódia médica, o uso de guarda armada, a restrição da comunicação do preso com as demais

peças externas a fim de evitar interferências ou tentativas de fuga, e escolta para acompanhar o retorno do detento à prisão depois de findado os tratamentos de saúde.

No entanto, fato é que esta custódia não agrada a comunidade médica. SÉGUIN (2001, pg 255) confirma que

“[...] a falta de segurança faz com que os médicos, pelo perigo de amigos do preso virem resgatá-lo, não gostem de prestar tal atendimento, o que é compreensível, posto colocar em risco toda a equipe de saúde e também outros pacientes”.

Tais acontecimentos são mais comuns do que se imagina e ocorrem por diversos motivos: 1. a própria fuga do preso; 2. atentado contra o detento; 3. ameaças para que não confesse qualquer fato que incrimine seus aliados; dentre muitas outras circunstâncias comuns ao mundo do crime, as quais também comenta SÉGUIN (2001, pg 255):

“Não são poucas as ocorrências de tiroteios em hospitais para dar fuga a presos hospitalizados, independentemente do estado de saúde deste, posto que nem sempre o objetivo da evasão é a liberdade do detento”.

No entanto, por mais desconfortável que seja aos profissionais da saúde, deixar de atender o detento configura crime por omissão de socorro (art. 135 do CP), por imposição das garantias fundamentais à vida e à saúde. Sem contar o desvio que tal omissão configura à ética do profissional.

Por outro lado, cumpre-se pontuar que em todas as situações aqui narradas existe uma repercussão no processo penal, a ser elucidada pelo presente trabalho, em específico, quanto a obtenção de provas do acusado que está sob a custódia médica do Estado.

5.1 ÉTICA MÉDICA E O DEVER OU ABSTENÇÃO DE COMUNICAÇÃO DE CRIME

Quando se fala em ética, mesmo para a intuição do homem médio, são várias as definições que vêm em mente. No entanto, descrevê-la em palavras é uma tarefa árdua. Mesmo porque, “*Os conceitos éticos variam no tempo e no espaço, por isto é*

instantânea e temporal. Está entrelaçada com a felicidade humana” (SÉGUIN, 2001, pg 38).

De todo modo, pode-se dizer que a ética *“foi a primeira denominação que recebeu a questão do correto proceder, tanto assim que toda profissão regulamentada tem seu Código de Ética” (SÉGUIN, 2001, pg 36).* E, por óbvio, não seria diferente com a medicina.

O Código de Ética Médica do Brasil, regulamentado pelo Conselho Federal de Medicina, estabelece diversos princípios e normas éticas a serem seguidas pelos profissionais da saúde, que abarcam os princípios fundamentais dos pacientes, a relação médico-paciente, o sigilo médico, o dever de confidencialidade, os direitos e deveres do médico, e os limites da publicidade dos serviços prestados.

Merece destaque neste estudo a previsão quanto ao dever de o médico manter o sigilo profissional-paciente, preservando as informações confidenciais que tiver conhecimento por advento da sua função, pois a depender daquilo que é levantado, o sigilo médico pode entrar em conflito direto com o direito penal. Isto porque, “Como a violação do sigilo profissional implica lesão ao direito material, a prova dela resultante, em regra, será ilegal ou ilícita, daí encejando que será inadmissível no processo” (SILVA, 2007, pg 77).

Por outro lado, o próprio Código de Ética traz as hipóteses de revelação de informações, no capítulo I, inciso XI e nos arts. 73, 89 e 90. Senão vejamos:

Capítulo I, XI - O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei.

Capítulo IX, É vedado ao médico: Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente. Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha (nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento); c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

Capítulo X. É vedado ao médico: Art. 89. Liberar cópias do prontuário sob sua guarda exceto para atender a ordem judicial ou para sua própria defesa, assim como quando autorizado por escrito pelo paciente

Capítulo X. É vedado ao médico: Art. 90. Deixar de fornecer cópia do prontuário médico de seu paciente quando de sua requisição pelos Conselhos Regionais de Medicina.

Do referido conjunto normativo, extrai-se que, por regra geral existirá sigilo entre os dados acessados do paciente, no entanto o médico poderá quebrar o sigilo a que lhe deve a profissão nos casos em que a lei prevê, se mediante justa causa, dever legal, autorização do paciente ou quando requisitado pelos Conselhos Regionais de Medicina.

Note que existe uma exceção expressa ao sigilo médico em casos de ordem ou dever legal, sendo que tal previsão justamente diz respeito às imposições de se agir.

Em pese haja tal previsão, ainda existe uma recusa por parte dos profissionais a fornecer dados de prontuários, fichas, e exames dos pacientes a serviço do Poder Judiciário. O que não possui lógica e, ao meu ver, nem mesmo amparo legal.

O levantamento de dados, como resultados de exames e fichas técnicas para o Poder Judiciário não deveria ser encarado como quebra de sigilo médico e violação ao direito dos indivíduos, na medida em que se tratariam de dados pontuais, com o exclusivo intuito de responder questões investigativas e/ou processuais, encaixando-se plenamente na hipótese de ordem legal a que se refere o art. 73 do Código de Ética Médica. Quanto a isso, comentou BARROS (2002, pg 241):

“[...] não se pune o médico quando a quebra do sigilo tenha sido motivada por ordem legal. Aliás, a lei penal tipifica como crime de omissão de notificação de doença a conduta do médico que deixa de denunciar à autoridade pública moléstia cuja notificação é compulsória (art. 269 do CP)”

É no mínimo atroz que o sigilo médico legal se imponha ao Poder Judiciário. Principalmente se pensarmos que para os demais profissionais da saúde não existe tamanho rigor na interpretação do sigilo profissional.

Devo lembrá-los que, assim como na medicina comum, o profissional que exerce a psicologia também obedece aos ditames de um Código de Ética, qual seja, Código

de Ética Profissional do Psicólogo, regulamentado pelo Conselho Federal de Psicologia. De igual modo, o referido instrumento normativo contém diversas menções ao sigilo, que abrange todas as informações e dados que tal profissão obtém no exercício de sua prática. Tal segredo se faz em nome da privacidade e da confiança do cliente na relação terapêutica.

Mas, diferente do que ocorre na medicina, os psicólogos não hesitam em quebrar o sigilo em casos de risco iminente à vida do paciente ou de terceiros, bem como em casos de revelação de crimes. É posto que devem prestar contas às autoridades responsáveis, e, tal repasse de informações não é considerado desvio ético do profissional, por ser questão grave e de dever comunicativo de como qualquer outro cidadão comum.

Fato é que não existem motivos lógicos para que se faça tal distinção entre o sigilo médico e o sigilo do psicólogo. Não há justificativa para que ao psicólogo represente um dever e ao médico uma abstenção.

E mais, sob o olhar do princípio da proporcionalidade, é totalmente possível a violação do sigilo profissional, seja qual for a profissão, quando presentes os requisitos que comprovem extrema necessidade. Mesmo porque, “o direito ao segredo, como todos os demais direitos e garantias constitucionais, não é absoluto e poderá ceder em caso de violação a outros direitos de igual ou maior valia” (SILVA, 2007, pg 79).

Nesse sentido, inclusive, a doutrina e a jurisprudência já se posicionam a favor da classificação desses dados como provas lícitas, bastando que haja justa causa na divulgação dos conteúdos obtidos.

Muito bem identificado por SILVA, (2007, pg 79), a 2ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no ano de 1979, manifestou-se no sentido de que:

“O segredo profissional é estabelecido em benefício do cliente e não do médico. Os segredos confiados a este podem ser revelados, no caso de ação criminosa, sem comprometer a confiança do profissional. Pois o interesse social deve prevalecer sobre o profissional e o individual, desde que se trate de crime a punir. Não há acastelar-se o médico à anacrônica

fórmula daquele sigilo para permitir dano maior, qual seja: a impunidade do crime, o acirramento da delinquência”

Analisando o tema, o r. juízo chegou à conclusão de que o sigilo não pode impedir a ação da Justiça, quem dirá a punição de um criminoso. De modo que, ausente outro modo de revelação, é perfeitamente possível a quebra do sigilo.

Considero acertada e a frente de seu tempo a referida decisão. É fato que, se tratando da prática de um crime, quase sempre haverá justa causa para que se faça a revelação, seja esta prova produzida para condená-lo, seja para absolvê-lo, não se tipificando os desvios éticos do código regente da profissão.

5.2 A CUSTÓDIA MÉDICA E AS GARANTIAS DO PACIENTE SOB TUTELA DO PÚBLICO E PRIVADO

As garantias dos pacientes sob tutela médica pública ou privada são medidas essenciais para proteger o direito à vida e a dignidade dos pacientes, e advém dos princípios éticos. O indivíduo, ainda que condenado, continua tendo direito constitucional à saúde e todos os outros direitos que dele decorrem, como direito ao consentimento informado, privacidade e confidencialidade, qualidade de atendimento, não discriminação e acesso às informações.

Mas a análise da saúde no sistema prisional não se basta à Constituição Federal. Existem pelo menos três marcos históricos de implementação de políticas sociais de saúde voltadas à população carcerária no Brasil.

Pode-se citar como ponto de partida a publicação da LEP, em 11 de julho de 1984.

Apesar de operar no plano jurídico, a Lei de Execução Penal foi a primeira a trazer em seus dispositivos o direito à saúde no âmbito prisional e representou grande avanço legislativo no campo das políticas públicas voltadas ao cárcere, abrangendo tanto os presos provisórios quanto os apenados. A Lei dispõe de Seção específica para abordar a questão da assistência à saúde, e assim preconiza:

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 1º (Vetado).

§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

§ 4º Será assegurado tratamento humanitário à mulher grávida durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como à mulher no período de puerpério, cabendo ao poder público promover a assistência integral à sua saúde e à do recém-nascido.

Veja que não só se trouxe o direito à saúde para tal parcela da população, como também se viabilizou no §2º a transferência do detento para outro local quando o estabelecimento prisional em que está vinculado não for suficiente para suprir a assistência médica demandada.

Seguidamente à LEP, por advento da Portaria Interministerial nº 1.777 de 09 de setembro de 2003, surgiu o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário - PNSSP.

A Cartilha, publicada apenas no ano de 2004, buscou incluir no sistema de saúde brasileiro os cidadãos que cumprem pena através da promoção do envolvimento das Secretarias Estaduais de Saúde e de Justiça. Ou seja, o plano em questão previu a inclusão da população penitenciária no SUS, reafirmando as garantias trazidas pela Constituição Federal de 1988. Como consta em seu teor, “respaldou-se em princípios básicos que assegurem a eficácia das ações de promoção, prevenção e atenção integral à saúde” (Cartilha - Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, 2004, página 13)

Não bastasse, a norma ainda cuidou de remodelar a nomenclatura utilizada para se referir a esta parcela da população, prezando pelos termos: “pessoas privadas de liberdade” e “população confinada”.

Pode-se dizer, portanto, que a referida Portaria aprofundou as diretrizes de saúde trazidas pela Lei de Execução Penal.

O terceiro marco acontece dez anos depois. O Brasil positivou, por contribuição do SUS, a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional, o PNAISP.

Instituído pela Portaria Interministerial n° 1 de janeiro de 2014, o plano consiste em uma norma regulamentadora da assistência à saúde de pessoas que se encontram em situação de encarceramento do país, sendo considerado um plano de ação detalhado sobre medidas operacionais implementadas no sistema prisional.

Dentre os objetivos da referida norma está garantir o acesso à assistência à saúde, atenção à saúde mental, prevenção de doenças, qualificação dos profissionais, articulação com o sistema de saúde externo e humanização da assistência, como se pode ver em seu art. 6°:

Art. 6° São objetivos específicos da PNAISP:

I - promover o acesso das pessoas privadas de liberdade à Rede de Atenção à Saúde, visando ao cuidado integral;

II - garantir a autonomia dos profissionais de saúde para a realização do cuidado integral das pessoas privadas de liberdade;

III - qualificar e humanizar a atenção à saúde no sistema prisional por meio de ações conjuntas das áreas da saúde e da justiça;

IV - promover as relações intersetoriais com as políticas de direitos humanos, afirmativas e sociais básicas, bem como com as da Justiça Criminal; e

V - fomentar e fortalecer a participação e o controle social.

Para tanto, a norma em questão focou em abordar o trabalho em equipes multiprofissionais, compostas por médicos, enfermeiros, dentistas, psicólogos e assistentes sociais, buscando com a integração, além do tratamento, a prevenção de doenças.

No entanto, note que, por mais garantias que trouxeram, nenhuma das normas acima postas tratou do princípio da vedação à autoincriminação, de modo que nada

dispuseram sobre a contribuição, ou não contribuição, das pessoas privadas de liberdade. Conseqüentemente, nada se falou sobre a proibição da produção de prova.

Por ausência de regulamentação, retoma-se a abordagem do direito médico e a ética médica geral abordada no tópico anterior, com as determinações do Código de Ética Médica.

Por outro lado, cumpre-se mencionar a existência de projetos de lei em tramitação envolvendo a temática.

Recentemente, o Senador Fabiano Contarato indicou à Comissão de Assuntos Sociais um Projeto de Lei, tombado sob o nº 2.854/2019, determinando a obrigatoriedade da coleta de material biológico das pessoas envolvidas em acidentes de trânsito que resultem vítimas fatais ou mutiladas, o que pode significar, no sentido do que entendeu BURKE (2022, p. 34), o cenário que materializa uma

“[...] necessária uma mudança cultural nos juristas que atuam no sistema criminal, para que as normas legais que existem atualmente sobre a matéria no sentido de promoção da dignidade da vítima diante do conflito penal, sejam eficazes e não existam somente no plano da validade.”

O projeto ainda em tramitação se fundamenta no fato de que, logo após o acidente, quando encaminhados os envolvidos ao hospital de pronto atendimento, é conduta padrão da equipe médica coletar uma amostra de sangue a fim de checar a saúde do indivíduo, e, neste momento, sem que seja necessária nova coleta, já é possível realizar exame toxicológico e etílico capaz de revelar se o paciente está sob efeito de alguma substância.

Assim, pode-se dizer que o projeto proposto pelo Senador Contarato vem no sentido de possibilitar a validação de provas obtidas pelo médico no ambiente hospitalar, especificamente para auxiliar a investigação policial aos crimes de trânsito e garantir a aplicação da persecução penal. O que sabemos que influenciará fortemente na análise do juiz pois, como bem colocado por VASCONCELOS (2017, pg 71)

“a percepção das normas brasileiras, atualmente, é a de que o discurso médico, falado ou escrito, tem significativa força, especialmente quando

disposto em determinados documentos, pois se apresenta como capaz de emitir verdades a princípio inquestionáveis”.

Logo, conclui-se que o paciente investigado/condenado que está sob custódia médica, assim como qualquer outro cidadão, deve ter protegidos os seus direitos fundamentais à honra e à dignidade, à confidencialidade e à privacidade na relação médico-paciente, ao sigilo médico, a prestação de serviços de qualidade e a não discriminação. No entanto, como qualquer outro, não poderá se valer desses direitos para se eximir de contribuir com a Justiça, estando a mercê, nos casos de extrema necessidade, ao fornecimento de dados e provas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, viu-se que o princípio do *nemo tenetur se detegere* não está expressamente positivado no Brasil, sendo este, na verdade, uma derivação do “direito ao silêncio”, trago ao país por meio dos tratados internacionais ratificados no Brasil.

A partir disso, analisando também as limitações do direito fundamental à busca pela verdade e o direito à prova no processo penal, compreendeu-se que a busca pela verdade propriamente dita não infere na imparcialidade e na conduta do julgador, desde que se respeite os limites que a Constituição Federal e o Código Penal já delimitaram, e, que a vedação das provas ilícitas não é um dogma absoluto.

Seguidamente, no enfrentamento das contribuições do Pacote Anti-Crime e suas possíveis aplicações no caso em comento, concluiu-se que a coleta de material genético e a captação ambiental são proposições válidas e que utilizam dos mesmos ideais usados na tese aqui ventilada. E, a partir de tal conclusão, questionou-se a existência de algum fato modificativo/impeditivo para que tais provas sejam consideradas lícitas para as provas obtidas pelo médico serem consideradas ilícitas.

Para responder tal indagação, confrontou-se o *Jus libertatis* (direito de liberdade) e *jus puniendi* (direito de punir) dentro da esfera específica da custódia médica, aprofundando-se no princípio da proporcionalidade, e concluiu-se que, apesar do princípio do *nemo tenetur se detegere* ser uma garantia constitucional que protege o investigado/acusado de ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, assim como os demais princípios constitucionais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, este não possui caráter absoluto, e pode sofrer limitações em razão de outros direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde e à segurança pública com a garantia de aplicação da persecução penal.

Conclui-se que a admissibilidade de provas obtidas pelo médico no ambiente hospitalar depende de uma ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos. De um lado, o direito do investigado/acusado de não produzir provas contra si mesmo, que é uma garantia constitucional fundamental, e, por outro lado, o direito à

vida, à saúde e à segurança pública com a garantia de aplicação da persecução penal, igualmente positivados na Constituição Federal.

Salienta-se que para que tal ponderação não seja feita de forma arbitrária, faz-se necessário utilizar da máxima da proporcionalidade, abordando os aspectos de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Ao passo que, considerando que as provas obtidas pelo médico no ambiente hospitalar podem ser essenciais para a elucidação de crimes graves, é possível que essas provas sejam admissíveis no processo penal, mesmo que o investigado/acusado se recuse a colaborar.

No entanto, a admissibilidade não exclui a necessidade de se garantir ao investigado/acusado o direito à ampla defesa e ao contraditório, permitindo que o mesmo se manifeste sobre as provas obtidas pelo médico.

Assim, considerando os argumentos apresentados e que a adoção do princípio da proporcionalidade já é uma realidade do Direito Processual Brasileiro, conclui ser possível a sistematização de casos concretos em que a vedação das provas ilícitas seja relativizada, e, conseqüentemente, a admissibilidade das provas obtidas pelo médico no ambiente hospitalar. A correta aplicação do princípio impede o abuso estatal e o retrocesso para o pressuposto da “busca pela verdade real”.

REFERÊNCIAS

- A GAZETA. Briga em presídio: três detentos tentam matar outro interno em Viana. Por Júlia Afonso, publicado em: 12 de outubro de 2023. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/policia/detento-e-morto-em-briga-durante-banho-de-sol-em-presidio-de-viana-1023> Acesso em: 20 out. 2023
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BEDÊ JR. Américo. Livro: **Princípios do Processo Penal**, Capítulo 3 - princípio nemo tenetur se detegere. Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2009.
- BEDÊ JÚNIOR, Américo. **A importância da busca pela verdade no Estado democrático de direito: qual grau de mentiras ainda se pode tolerar em uma democracia?**. *Revista De Direitos E Garantias Fundamentais*, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v23i1.2201> Acesso em: 06 jun. 2023
- BRASIL. Código de Ética Médica. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção em Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Legislação em saúde no sistema penitenciário** / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção em Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – Brasília : Ministério da Saúde, 2010.
- BRASIL. **Portaria Interministerial nº 1.777, 09 de setembro de 2003**, Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_pnssp.pdf. Acesso em: 20 out. 2023
- BRASIL. **Portaria Interministerial nº 1, 2 de Janeiro de 2014**. Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/pri0001_02_01_2014.html Acesso em: 15 set. 2023
- BRASIL. **Projeto de Lei Nº 2854 DE 2019**. Senado Federal. Institui a obrigatoriedade de coleta e preservação de material biológico para posterior realização de exames etílico e toxicológico em pessoas envolvidas em acidentes de trânsito de que resultem vítimas. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7951862&ts=1689363120833&disposition=inline&_gl=1*zcu376*_ga*MTk2OTQ3NzIzMS4xNjc1NzY5NDg4*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5OTQ4MDA1OC40LjEuMTY5OTQ4MTc4NS4wLjAuMA. Acesso em: 19 ago. 2023

BRASIL. STF - HC: 71373 RS, Relator: FRANCISCO REZEK, Data de Julgamento: 10/11/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45686 EMENT VOL-01851-02 PP-00397

BRASIL. STF, 2ª T., no HC nº 83.096/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 18.11.2003, DJ 12.12.2003.

BRASIL. STJ - REsp Nº 2086680 - PR (2023/0254749-8), Relator : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento, 03/10/2023, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: 06/10/2023.

BURKE, Anderson. **Vitimologia: manual da vítima penal**. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

CARVALHO, Raphael Boldt de. **Processo penal e catástrofe: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas**. 2017. Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, 2017. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/236> Acesso em: 10 jun. 2023

FERREIRA, Érica. **Provas invasivas e não invasivas no processo penal brasileiro**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/EricaFerreira.pdf. Acesso em: 27 set. 2023

G1. **Detento é morto após briga em prisão no ES**. Por Alessandro Bacheti, TV Gazeta, publicado em 16/06/2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/es/espírito-santo/noticia/2021/06/16/detento-e-morto-apos-briga-em-prisao-do-es.ghtml> Acesso em: 20 out. 2023

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 1976. Professor Titular – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**, Campinas: Bookseller, 2005.

HADDAD, Carlos Henrique B. **A Constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação**. Revista da Emerj. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista39/Revista39_216.pdf Acesso em: 18 ago. 2023

MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. **Direitos humanos e atenção psicossocial**. MPF em pauta.com, Brasília, 21 maio 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO. Parecer sobre medidas de segurança e Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico sob a perspectiva da LEI Nº 10.216/2001. Edição revista e corrigida. Disponível em:

<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/03/Parecer-sobre-Medidas-de-Seguran%C3%A7a-e-Hospitais-de-Custodia-e-Tratamento-Psiquiatrico-sob-a-perspectiv-a-da-Lei-N.-10.216-de-2001.pdf> Acesso em: 19 out.2023

MORAIS, A. d. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1. 978p

PACELLI, Eugênio **Curso de processo penal**. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

QUEIJO, Maria Elisabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo**: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012. SANTOS, Marcus Renan Palácio de Moraes Claro dos. **O direito ao silêncio no processo penal**. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SÉGUIN, Elida. Biodireito. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

SILVA, César Dario Mariano da, 1963 - **Provas ilícitas**: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo - Rio de Janeiro, Forense, 2007.

TÁVORA, Nestor. **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL**. Editora JUSPodivm. 8ª Edição, 2013.

VASCONCELOS, C. **Judicialização da medicina**: diálogos entre os poderes médico e judiciário. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, [S. l.], v. 18, n. 3, p. 65–92, 2017. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1159> Acesso em: 01 nov. 2023