

HABEAS CORPUS 2009.059.5388

**AUTORIDADE COATORA: JUIZ DE DIREITO DA 36.^a VARA
CRIMINAL DA COMARCA DA CAPITAL**

IMPETRANTE: XXXXX

PACIENTE: XXXXX

CORRÉUS: XXXXX

RELATOR: DESEMBARGADOR CAIRO ÍTALO FRANÇA DAVID

VOTO VENCIDO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **XXXXX**, denunciado pela suposta prática dos crimes definidos nos artigos 35 da Lei 11.343/06 e 16 da Lei 10.826/03, na comunidade de Vigário Geral, no período compreendido entre o ano de 2006 e o mês de março de 2007 (fls. 08/11).

De acordo com a inicial, o direito de o paciente não produzir prova contra si está sendo ameaçado pelo deferimento de produção de prova requerida pelo Ministério Público, consistente em perícia videográfica, com o intuito de elaborar laudo biométrico por meio da comparação entre imagens captadas pela Polícia Civil durante a investigação preliminar e a imagem do acusado.

Em que pese o entendimento diverso adotado pela douta maioria, votei vencido para CONCEDER A ORDEM, não para proibir a produção da prova, que se mostra relevante e pertinente ao deslinde da causa, nos termos em que delimitada na denúncia, mas para limitá-la aos direitos constitucionais do réu.

Não há como negar que são persuasivos os fundamentos utilizados pela d. maioria para denegar a ordem, especialmente quando se fala na necessidade de adequação da lei ao desenvolvimento tecnológico, na similaridade da perícia em questão com o reconhecimento pessoal e na incoerência revelada pela exigência de aparelhamento das instituições policiais, com a finalidade de acabar com técnicas truculentas de investigação, em confronto com a tese sustentada pela Defesa.

O próprio entendimento defensivo, a propósito, carrega ligeiro equívoco ao postular que a simples realização da perícia requerida pelo Ministério Público é

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

capaz de ferir os direitos fundamentais do acusado. O reconhecimento do constrangimento ilegal, neste caso, exige algo mais.

Exigir *algo mais*, contudo, não é sinônimo de estabelecer como requisito da coação ilegal a pretensão de se produzir prova invasiva, a exemplo da colheita de dados genéticos. Se assim entendesse, este Desembargador acompanharia a d. maioria, pois foi nesses termos que se fundamentou o acórdão.

Ao contrário, conforme ensinamento de Maria Elizabeth Queijo, o princípio *nemo tenetur se detegere* também engloba a produção de provas tidas por não invasivas, tais como o fornecimento de padrões gráficos ou vocais para a realização de perícia comparativa¹.

Não fosse assim, não faria sentido, do ponto de vista jurídico, a posituação do direito ao silêncio, consagrado no artigo 5.º, inciso LXIII, da Constituição da República. A lógica da qual decorre o enquadramento do interrogatório como meio de defesa é justamente a de que, ao declarar, o réu pode vir a se autoincriminar.

Por isso o que se veda, de fato, não é exclusivamente a transformação do corpo do imputado em objeto do qual se possa extrair meio de prova, mas também a objetivação da própria personalidade.

É esse substrato político-jurídico que coloca, ao lado da intangibilidade do corpo, a “liberdade do acusado de encontrar uma decisão autônoma sobre se ele quer colaborar ativamente com o esclarecimento dos fatos ou não”² como critério norteador do princípio *nemo tenetur se detegere*³.

O que se proíbe, pois, é o ato compulsório do acusado, que restringe essa liberdade, verdadeira face de sua dignidade como pessoa humana dotada dos direitos inerentes à personalidade, tais como a titularidade de sua própria imagem.

Nessa perspectiva, não é exclusivamente a produção de prova invasiva em desacordo com a vontade do réu que caracteriza o desrespeito ao seu direito

¹ O Direito de Não Produzir Prova Contra Si (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal). Saraiva. São Paulo, 2003, p. 251-255.

² Suprema Corte Alemã. Decisão BGHSt 40, 71. *Apud* ROXIN, Claus. “*Nemo tenetur*”: La jurisprudência em La encrucijada. In: *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal*. p. 163-178.

³ LOPES JR. Aury. Palestra proferida no dia 25/06/2009, na 13.ª Reunião do Fórum de Especialização e Atualização do Direito e do Processo Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

fundamental, mas a exigência de que ele assuma determinado comportamento – positivo ou negativo – para permitir a produção de prova, ainda que não invasiva, em seu desfavor.

Assim, se o acusado, no exercício daquela liberdade de escolha, optou por não fornecer dados de sua imagem, ele não pode ser obrigado a assumir esse comportamento – por meio da condução coercitiva, por exemplo –, sob pena de efetiva violação ao direito de não colaborar com a condenação⁴ e de não ajudar o Ministério Público a se desincumbir do ônus da prova⁵.

Isso não significa, porém, que as autoridades públicas estejam proibidas de, por outros meios que não a coação do réu, obter os dados necessários à elaboração do laudo de comparação biométrica, que realmente se mostra pertinente e relevante à demonstração da autoria do fato a ele imputado.

O processo é público e, por isso, nada impede que, em audiência, por exemplo, a imagem lhe seja extraída por meio de fotografia, desde que, para tanto, ele não seja compelido a fornecê-la.

É o que ensina Maria Elizabeth Queijo⁶ e corrobora o Supremo Tribunal Federal, que, em relação ao exame grafotécnico, decidiu desta forma:

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

⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. cit., p. 268.

⁵ LOPES Jr., Aury. Op. cit.

⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. cit., p. 317.

*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.*⁷

No mesmo sentido, Aury Lopes Junior⁸ defende que a recusa do indiciado em fornecer dados genéticos para a produção de determinada prova não impede que a autoridade policial os colha de outra forma, como a realização de busca e apreensão em sua residência, desde que autorizada judicialmente, ou até mesmo o aproveitamento da saliva do investigado deixada no copo em que ele bebeu água ou no toco de cigarro descartado no cinzeiro.

Trata-se do que o autor chama de *prova dispensada*, cuja utilização não está vedada e, portanto, não acarreta qualquer nulidade. É o que ocorreu num caso alemão por ele citado, em que, diante da ausência de fornecimento voluntário de dados genéticos, a polícia colheu no lixo, descartado na rua pela investigada, material para a realização do exame pericial.

Portanto, é forçoso reconhecer que, do ponto de vista prático, o acolhimento da tutela pretendida neste *writ* não teria efeito algum, pois o acusado não está imune à obtenção de seus dados de imagem por meios que não exijam qualquer comportamento seu, quer positivo, quer negativo, até mesmo em local público.

⁷ HC 77135/SP. Primeira Turma. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julgamento: 08/09/1998. Grifei.

⁸ LOPES Jr., Aury. Op. cit.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Se estivesse, o próprio vídeo produzido pela Polícia Civil estaria contaminado pela ilicitude. Não é o caso.

Assim, colhida a imagem do acusado sem a contribuição de ato compulsório dele, a prova não poderia ser reputada ilícita e, portanto, o laudo produzido poderia perfeitamente exercer influência sobre o convencimento do juiz e servir de fundamento para a sentença.

Todavia, a falta de razoabilidade da tese defensiva não se confunde com tutela dos direitos fundamentais, que devem ser respeitados em sua integralidade, mesmo que, em determinadas ocasiões, não seja possível evitar que de outras formas o resultado indesejado pelo acusado possa ser obtido.

Pelo exposto, votei vencido no sentido da concessão da ordem, para proibir qualquer exigência de comportamento, positivo ou negativo, do acusado a fim de colaborar com a produção da prova requerida pelo Ministério Público.

Rio de Janeiro, 24 de setembro de 2009.

GERALDO PRADO
DESEMBARGADOR RELATOR