

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS**

NATHALIA MARTINEZ DOS REIS

**IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL GENÉTICA E O PRINCÍPIO DA NÃO
AUTOINCRIMINAÇÃO**

Uberlândia – MG

2018

NATHALIA MARTINEZ DOS REIS

**IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL GENÉTICA E O PRINCÍPIO DA NÃO
AUTOINCRIMINAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado junto ao curso de Direito da Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para obtenção do bacharelado em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Simone Silva Prudêncio

Uberlândia – MG
2018

NATHALIA MARTINEZ DOS REIS

**IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL GENÉTICA E O PRINCÍPIO DA NÃO
AUTOINCRIMINAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado junto ao curso de Direito da Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para obtenção do bacharelado em Direito.

Aprovado em ____ de _____ de ____.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Professora Doutora Simone Silva Prudêncio (UFU/MG)

Membro da Banca (UFU/MG)

RESUMO

A Lei nº 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico e a construção de banco de dados com perfis genéticos no ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo primevo de identificação criminal. Nesse ponto, surge a necessidade de analisar a ressalva postulada pela Constituição Federal de 1988, que considera suficiente a identificação civil, deixando a identificação criminal sob a égide de reserva legal. A legislação sob análise também possui caráter notadamente probatório, em fase investigatória e processual, com vistas à apuração da autoria delitiva e construção de um banco de dados. Ocorre que a colaboração probatória do indivíduo é controversa, observando-se direitos fundamentais que lhe são inerentes, como a liberdade, integridade física e psíquica e o direito de não autoincriminação. O *nemo tenetur se detegere* não possui caráter absoluto, todavia, por sua natureza, somente pode ser restringido com a observância de alguns requisitos, como a legalidade, a existência de decisão motivada e a proporcionalidade. Nesse sentido, o presente trabalho objetiva averiguar se a Lei nº 12.654/12 mantém concordância com a Constituição Federal de 1988, discussão esta que inclusive chegou ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal (RE nº 973.837).

Palavras-chave: Lei nº 12.654/12. Coleta de material biológico. Banco de dados com perfis genéticos. Identificação criminal. Colaboração probatória. Direito de não autoincriminação. (In)constitucionalidade.

ABSTRACT

The Law nº 12.654/12 inserted the collect of biologic samples and the construction of a database with genetic profiles in the Brazilian legislation, with the principal goal of criminal identification. At this point, it is born the need of analyzing the exception placed by the Federal Constitution of 1988, which considers the civil identification to be enough, leaving the criminal identification under the aegis of legal reserve. The legislation under analysis also has a clear probative aspect, during the investigation and the due process of law, looking for the author of a crime and the construction of a database. It occurs that the probative collaboration of the individual is controversial, when considering the fundamental rights that are innate to him, for example liberty, physical and psychological integrity and the right to not self incriminate. The *nemo tenetur se detegere* is not absolute, however, for its nature, it only can be restricted with the observation of some requisites, like legality, the existence of a motivated decision and proportionality. Thereby, this paper has the objective to ascertain if the Law nº 12.654/12 maintains agreement with the Federal Constitution of 1988, discussion that has risen to the Superior Court of Justice and the Supreme Federal Court (RE nº 973.837).

Keywords: Law nº 12.654/12. Collect of biological material. Database with genetic profiles. Criminal identification. Probative collaboration. Right to not self incriminate. (Un)constitutionality.

SUMÁRIO

1. Introdução	7
2. Princípio-garantia do <i>nemo tenetur se detegere</i>	10
2.1 Breve análise histórica	10
2.2 Direito à não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro.....	13
2.3 Natureza jurídica do <i>nemo tenetur se detegere</i> : princípio ou garantia.....	15
3. Identificação criminal	20
4. Colaboração do indivíduo com a produção probatória	23
4.1 Requisitos da restrição ao <i>nemo tenetur se detegere</i>	25
4.2 A coleta de material genético	27
5. Análise da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012	31
5.1 Repercussões no ordenamento jurídico brasileiro: Decreto nº 7.950/13 e Resolução nº 03 de 2014.....	36
5.2 Discussão jurisprudencial.....	37
6. Considerações finais	47
Referências bibliográficas	51

1. Introdução

O direito de não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) tem sua origem no Iluminismo, com a cultura civilizatória, em contraste com as atrocidades que permearam o sistema inquisitivo da Idade Média, em que o acusado era objeto de prova. O homem assume o patamar de sujeito de direitos, permitindo presumir-se, em seu favor, a inocência, nos moldes do art. 9º, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Sob essa ótica, a comprovação da culpabilidade apta a ensejar a pena, no processo penal, passa a exigir um processo com garantias, dentre as quais destaca-se a ampla defesa e suas decorrências. Em sua vertente “autodefesa” é possível identificar o princípio de não autoincriminação, que consiste no direito de não produzir prova contra si mesmo, exteriorizado constitucionalmente, por exemplo, pelo art. 5º, inciso LXIII, da CF/88, que regulamenta o direito ao silêncio.

Duas correntes doutrinárias discorrem sobre a amplitude desse princípio: uma restritiva e outra ampliativa. A primeira tem influência estrangeira, segundo a qual a prerrogativa de não autoincriminação somente encontra cabimento nas oportunidades de manifestação do acusado, essencialmente, no direito ao silêncio. A segunda, por outro lado, defende sua compatibilidade com as fases investigatória e processual, motivo pelo qual o sujeito também é livre para não contribuir com a produção de provas.

Discute-se ainda sobre a possibilidade de recusa na colaboração omissiva, para além do fazer ativo probatório. É nessa discussão doutrinária que se insere a coleta de material genético, que seria resultado não de um agir, mas de uma conduta de tolerância à intervenção corporal indolor.

A identificação criminal pressupõe a existência de legislação infraconstitucional que a regulamente, nos moldes do art. 5º, inciso LVIII, da CF/88, *in verbis*: “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

Os diplomas legais pretéritos versavam, sobretudo, sobre as modalidades de identificação datiloscópica e fotográfica. A inovação apresentada pela Lei nº 12.654/12, complementada pelo Decreto nº 7.950/13, ao introduzir a possibilidade de conduzir-se a investigação criminal com a colaboração dos próprios investigados,

acusados e condenados na construção de um Banco Nacional de Perfis Genéticos, portanto, trouxe consigo uma polêmica de magnitude constitucional.

Cumprе ressaltar que dois são os objetivos da *novel* legislação: auxiliar investigação em curso e construir banco de dados para análise futura. Sua finalidade é a identificação criminal e, sobretudo, a introdução de um novo meio probatório.

Em se tratando de investigado ou acusado, existem dois pressupostos a serem observados: necessidade para as investigações e autorização judicial. A coleta de material biológico consiste na *ultima ratio* do sistema, de modo que, considerando seu caráter invasivo no corpo e na esfera de privacidade do sujeito, deve ser demonstrada a imprescindibilidade da prova no caso concreto.

No que tange ao condenado por crime hediondo ou por crime doloso cometido com violência de natureza grave contra pessoa, a intervenção corporal é obrigatória e não exige prévia autorização judicial. Discussões surgem sobre as consequências da eventual recusa do investigado, acusado e condenado em colaborar com o fornecimento de material genético, de modo que a possibilidade de coerção é ponto controverso na doutrina atual.

Em face das disposições da Lei nº 12.654/12, alguns doutrinadores entendem que a amplitude que lhes é inerente e a ausência de critérios pautados na proporcionalidade fazem-na incorrer em inconstitucionalidade. De outro modo, outros colocam em evidência o principal objetivo da criação de um Banco de Dados de Perfis Genéticos, por vezes olvidado, qual seja: servir à Justiça.

Averigua-se o aparente contraste entre dois interesses públicos: apuração da autoria na investigação e processo penal ético, pautado no respeito à dignidade humana.

Essa discussão chegou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF), o que demonstra sua relevância no panorama constitucional atual.

Assim, objetivando analisar a existência de harmonia entre a Lei nº 12.654/12 e o direito de não autoincriminação, esta monografia analisará a natureza e as características do *nemo tenetur se detegere*. Em seguida, procederá à análise da identificação criminal e, em capítulo diverso, da construção probatória no ordenamento brasileiro, adentrando nas peculiaridades da identificação criminal genética. Por fim, estabelecerá um debate acerca da constitucionalidade da *novel* legislação, concluindo com a recente jurisprudência sobre o tema.

A metodologia de abordagem é o método científico-dedutivo, que parte de uma análise ampla do tema para adentrar, em sequência, nas particularidades que o permeiam, mediante raciocínio lógico-dedutivo.

Sobre o procedimento técnico, recorre-se ao método de pesquisa bibliográfica, através da leitura e análise de livros e artigos científicos, em formato físico ou virtual, e ao exame da legislação nacional que regulamenta a coleta de material genético. Também encontra destaque a pesquisa documental, mediante o estudo de acórdãos relacionados ao princípio da não autoincriminação, em especial, aqueles disponibilizados no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

A melhor compreensão da Lei nº 12.654/12 é pressuposto para a averiguação da compatibilidade entre a Identificação Criminal Genética e o princípio constitucional *nemo tenetur se detegere*, a fim de se resguardar e promover o respeito às garantias individuais da pessoa humana.

2. Princípio-garantia do *nemo tenetur se detegere*

2.1 Breve análise histórica

O período medieval, com o *jus commune* introduziu as noções basilares do direito de não autoincriminação, ainda que de modo vago e carreado de exceções. Apresentou os ideais de *nemo tenetur punitur sine accusatore* e *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, ou seja, de vedação à punição sem prévia acusação e de ausência do dever de confessar seus pecados a outros homens.

Todavia, é no final do século XVIII que o *nemo tenetur se detegere* tem sua efetiva origem, por razões distintas no *common law* e no *civil law*. No primeiro sistema, esse direito foi instaurado com a quinta emenda dos Estados Unidos da América, que atribuiu notável relevância jurídica à defesa técnica, através do método adversarial, possibilitando a atuação de profissional habilitado na defesa do acusado.

No sistema do *civil law*, foi influenciado pelo liberalismo burguês e pelos ideais iluministas, com origem na Revolução Francesa. As monarquias absolutistas concentravam as atividades da acusação, investigação, instrução e julgamento em uma única pessoa, cujos interesses conduziam a produção probatória, por vezes manipulada e com vistas à objetivação do ser humano. Os interesses do Estado na produção da prova sobrepunham os interesses individuais, em detrimento da integridade física, moral e psíquica do investigado, que se submetia a juramento e a tortura.

O Estado Liberal incorpora em si o confronto dual entre indivíduo e Estado, primando pela supremacia do ideal individualista. Insere no ordenamento jurídico direitos de defesa¹, objetivando frear a atuação positiva do Estado, ao qual não compete se imiscuir nos interesses do cidadão, que deve ser livre para agir de

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, pp. 46/47: “Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho ‘negativo’, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, ‘direitos de resistência ou de oposição perante o Estado’.”

acordo com suas preferências. Neste momento, a abstenção estatal é a finalidade maior a ser perseguida.

Os ideais de liberdade e igualdade adquirem notável importância e se desdobram em outros direitos e garantias inerentes aos interesses dos indivíduos, considerados em sua singularidade. Robert Alexy² enumera três elementos que devem compor o direito à liberdade negativa do indivíduo perante o Estado: liberdade jurídica, direito à não imposição de obstáculos pelo Estado e direito subjetivo de fazer valer seus direitos fundamentais.

Sempre com o intuito de proteger o cidadão, como decorrência do *status negativus* do Estado, surgiu a noção de que *qualquer declaração autoincriminativa era antinatural*³, sob o amplo espectro da liberdade jurídica.

Suplantou-se a posição de sujeição em que se encontra o indivíduo, com a inserção de proibições ao ente estatal, que visam resguardar aqueles direitos fundamentais conhecidos como de primeira geração ou, mais precisamente, de primeira dimensão⁴. Encontram-se, sobretudo, sob o amplo espectro da liberdade jurídica⁵, sempre com o intuito de proteger o cidadão, atribuindo ao Estado um *status negativus*.

² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 200/201: “Las protecciones que se surten por medio de prohibiciones serán llamadas “protecciones *negativas*”. Cuando se habla de los derechos fundamentales como “derechos de defensa”, se hace referencia, la mayoría de las veces, a los derechos frente al Estado a acciones negativas que protegen libertades de derecho fundamental. Estos derechos están vinculados con la *competencia* para hacer valer judicialmente sus vulneraciones. Cuando se juntan estas tres posiciones, una *libertad* jurídica, un *derecho* a no obstaculización por parte del Estado y una *competencia* para hacer valer judicialmente la vulneración de este derecho, se puede hablar de un derecho de libertad negativa frente al Estado perfectamente construido.”

³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...**, op. cit., pp. 213/214: “Si, frente al Estado, el ciudadano se encuentra en la posición de derecho fundamental de no sujeción, tiene siempre frente al Estado un derecho a que el Estado no intervenga en el ámbito de la no sujeción. A este derecho corresponde una prohibición dirigida al Estado de no intervenir en el ámbito de no competencia definido por las normas de derecho fundamental.”

⁴ A teoria dimensional objetiva atribuir caráter cumulativo e complementar dos direitos fundamentais, sejam eles de primeira, segunda, terceira ou quarta *dimensão*. Sua aplicação deve obedecer à hermenêutica sistemática, em vista da unidade do ordenamento jurídico, especialmente quando se depara com a *novel* noção de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

⁵ Consoante destaca Wagner Marteleto Filho, o *nemo tenetur se detegere* “assegura uma liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado, enfeixada dentre as denominadas garantias procedimentais.” MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo**: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 43.

Mostra-se incongruente com a nova realidade social e jurídica a colaboração do indivíduo com a produção probatória que o possa incriminar⁶. Independente e alheio ao querer do Estado, ganha autonomia volitiva e tratamento diferenciado, não mais como objeto de provas, mas como sujeito de direitos.

Ilustra bem esse novo momento histórico a obra de Cesar Beccaria, intitulada “Dos delitos e das penas”, datada de 1769, que discorre sobre a inumanidade inerente ao emprego de tortura, por sua incompatibilidade com a presunção de inocência e por sua ineficácia. Cumpre registrar um trecho da obra, conforme segue:

“Eis uma proposição bem simples: ou o crime é certo, ou é incerto. Se é certo, só deve ser punido com a pena estabelecida pela lei, e a tortura é inútil, pois já não se tem necessidade das confissões do acusado. Se o delito é incerto, não se deve atormentar o inocente. Com efeito, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não se provou.”⁷

A busca incessante e inconsequente pela confissão do indivíduo, previamente intitulada como rainha das provas (plena e irrefutável), que embasava o emprego de técnicas afrontosas à dignidade e à integridade do ser humano, não encontra fundamento no Estado Liberal. Antes obtida a qualquer custo e sob qualquer pretexto, a confissão perde sua supremacia. O sistema acusatório garante ao indiciado/ investigado/ acusado posição de igualdade com a autoridade estatal, equilibrando ambos os polos da relação jurídica, seja durante as fases procedimentais ou processuais.

Inúmeros diplomas de direitos humanos surgem, nesse contexto, a fim de resguardar o direito à liberdade jurídica do indivíduo, em especial o direito de não autoincriminação.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 9º, dispôs sobre a presunção de inocência, inerente ao sistema acusatório, atribuindo ao acusado a posição de sujeito de direitos. No mesmo sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, em seu artigo 14, 3, “g”, inseriu a garantia de que o acusado não é obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado.

⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (E-BOOK), p. 19.

⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3ª edição – 3ª Tiragem, CL EDIJUR – Leme/SP – Edição 2015, p. 38.

Assinada no ano de 1969, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais especificamente em seu artigo 8º, §2º, “g”, também assegura garantias mínimas ao acusado, como a de não ser obrigado a depor contra si ou declarar sua culpabilidade. Veda, ainda, em seu artigo 5º, §2º, o emprego de tortura e, no §1º, preza pelo respeito à integridade física, psíquica e moral.

Outro importante instrumento de origem internacional é a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura ou Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 9 de dezembro de 1975.

2.2 Direito à não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro

A história brasileira demonstra a *superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista de exercício do poder, timbrada na intolerância e na violência*⁸. O fim do regime ditatorial e o restabelecimento do Estado Democrático de Direito inspirou o constituinte na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, que introduziu um extenso rol de direitos e garantias fundamentais.

De forma expressa, o art. 5º, LXIII da CF/88 insere o direito ao silêncio, uma das facetas do direito à não autoincriminação. Tal previsão constitucional, contudo, não esgota o conteúdo do *nemo tenetur se detegere*, que não se restringe às oportunidades de manifestação do acusado.

A extensão desse *princípio-garantia* advém de construção argumentativa⁹ e de hermenêutica ampliativa, em virtude da própria noção de Estado Democrático de Direito e como decorrência dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

⁸ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. Campinas: Bookseller, 2005, p. 53.

⁹ Marcelo Schirmer Albuquerque clarifica que essa construção argumentativa tem influências marcadamente históricas, destacando o que segue: “Além disso, a repugnância em face do modelo anterior também levou os juristas a sugerirem interpretações cada vez mais ampliativas, fazendo com que o art. 5º, inciso LXIII, da Carta Magna, que literalmente nada afirma além do direito do preso a permanecer calado, passasse a ser lido como se de fato consagrasse um direito de não contribuir de qualquer forma na produção de prova contra si mesmo, a partir da construção argumentativa de que a obrigatoriedade na contribuição da prova que possa se apresentar desfavorável representaria violação indireta do direito de não confessar.” (ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, pp. 32/33).

O processo, por sua própria natureza, exige partes em posições antagônicas e contrapostas¹⁰, considerando que o desencadeamento de atos processuais pressupõe o agir de uma parte e a contraposição de outra. A existência do Estado acusador faz surgir a necessidade de uma defesa efetiva, como pressuposto para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

De ressaltar que o suprimento do desnível em que se encontra o polo passivo, alocado na posição inferiorizada de sujeição ao querer estatal, sob o viés da igualdade material, justifica o tratamento privilegiado ao acusado, pela necessidade de suplantar o histórico de desigualdade que ocupa na relação processual. A tutela do equilíbrio entre as partes é essencial para a manutenção ao acusado da qualidade de sujeito de direitos¹¹.

Adentrando na esfera do contraditório, evidencia-se a necessária paridade de armas¹² entre os polos ativo e passivo da relação jurídica. O processo penal reassume, nesse momento, o equilíbrio entre os interesses aparentemente conflitantes da liberdade e da segurança¹³, em tutela simultânea aos interesses do Estado e do indivíduo no Estado Social.

No viés da ampla defesa, deve-se assegurar ao inculcado a defesa técnica, com a atuação de profissional regularmente habilitado, e a autodefesa, exercida pelo próprio acusado, mediante um envolvimento mais ativo e direto com o processo penal, sendo-lhe possibilitado recorrer ao *nemo tenetur se detegere*¹⁴. Configura direito do acusado a recusa em participar da produção de provas que possam incriminá-lo, não podendo sua conduta de abstenção configurar crime de desobediência ou ocasionar conclusões que lhe sejam desfavoráveis, sob pena de deturpar a própria natureza do instituto.

Considerando que o ônus da prova é da acusação e que vigora no processo penal o princípio da presunção de inocência, evidente que o *nemo tenetur se detegere* respeita a principiologia do âmbito processual penal brasileiro.

¹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 50.

¹¹ Sobre a identificação do acusado como sujeito processual: "(...) é necessário vê-lo atuar, na prática, ostentando tal condição, postando-se no mesmo patamar que o autor, com quem travará duelo ímpar. Para isso, a Constituição brinda-lhe com o princípio da ampla defesa." ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 75.

¹² Idem, p. 69

¹³ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos...**, op. cit., p. 54.

¹⁴ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 76.

Conforme previamente destacado, o direito sob análise objetiva resguardar, inclusive, a liberdade de consciência e o instinto de autopreservação inerentes ao ser humano, como bem pontuou Cesare Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e das Penas*.

Decorre, ainda, da tutela à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, nos moldes do artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Ao inseri-la como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, o constituinte reconheceu *que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal*¹⁵.

2.3 Natureza jurídica do *nemo tenetur se detegere*: princípio ou garantia

A amplitude do *nemo tenetur se detegere* fez nascer na doutrina a discussão sobre sua natureza jurídica, como direito fundamental e princípio norteador do ordenamento jurídico ou como garantia constitucional.

Primordialmente, deve-se ressaltar a importância de promover a diferenciação entre direito e garantia¹⁶, em respeito ao histórico labor doutrinário em promover a delimitação dos conceitos. A estabilidade das garantias e dos direitos é essencial à existência concomitante e correlata de ambos.

As garantias visam a defesa e promoção da aplicação substancial da norma que contempla um direito fundamental. Por seu caráter amplo, assume função protecionista, não de um bem jurídico específico, mas do direito fundamental que o resguarda.

¹⁵ MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo**: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 116.

¹⁶ Luigi Ferrajoli demonstra sua aversão à confusão entre direitos e garantias, destacando que: “É claro que se confundirmos direitos e garantias resultam desqualificadas, sobre o plano jurídico, aquelas que são as duas mais importantes conquistas do constitucionalismo dos Novecentos: a internacionalização dos direitos fundamentais e a constitucionalização dos direitos sociais, reduzidos um e outro, na ausência de adequadas garantias, a simples declarações retóricas, ou melhor, a vagos programas políticos juridicamente irrelevantes.” FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**; trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 35.

A conceituação de direito fundamental decorre da noção de direitos subjetivos inerentes a todos que possuem *status* de pessoa¹⁷. Confere-lhe uma expectativa positiva (prestação) ou negativa (abstenção), perante a qual surgem deveres ou proibições do Estado.

As normas de direito fundamental, segundo Robert Alexy, podem ser subdivididas em duas categorias: normas expressamente previstas na Constituição e normas *adscritas* de direito fundamental. Enquanto as primeiras assumem essa classificação em virtude da positivação, as demais decorrem de hermenêutica jurídica, mais especificamente, de uma *fundamentação jusfundamentalmente correcta*¹⁸.

Sob a ótica da teoria de Robert Alexy, o *nemo tenetur se detegere* poderia ser classificado como uma norma *adscrita* de direito fundamental, em decorrência do direito ao silêncio e de construção argumentativa ampliativa, a despeito de não estar expressamente positivado na Constituição Federal de 1988.

Sobre o tema, cumpre ressaltar o posicionamento de Ingo Sarlet sobre a tendência de ampliação dos direitos fundamentais. O autor discorre sobre o fenômeno da *transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial*¹⁹, que permite inserir novos conteúdos e funções a direitos tradicionalmente já reconhecidos. Não obstante, essa *novel* classificação somente pode subsistir diante de uma fundamentação precisa.

Na atualidade, contudo, não é suficiente discorrer sobre a noção de direito fundamental, mas principalmente sobre o que se entende por direitos humanos²⁰, inerentes a todo ser humano. São direitos primários de caráter supraestatal, que não se restringem ao âmbito de soberania do Estado²¹, mas alcançam todas as classes de pessoas, indistintamente.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**; trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 09.

¹⁸ Nas palavras de Robert Alexy: "Una norma adscrita tiene validez y es una norma de derecho fundamental, si para sua adscripción a una norma de derecho fundamental directamente estatuida es posible aducir una *fundamentación iusfundamentalmente correcta*". ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 53.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 53.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 12.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 29: "(...) o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do

O elevado número de diplomas internacionais²² aprovados e incorporados pelo país ao longo dos anos evidencia essa nova realidade, em que surgem discussões doutrinárias sobre a existência de um Direito Constitucional Internacional.

Sob essa ótica, o *nemo tenetur se detegere* integraria o rol de direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 não somente através de hermenêutica ampliativa do direito ao silêncio, mas também em virtude da cláusula de abertura dos parágrafos 2º e 3º do mesmo dispositivo, que incorpora diplomas internacionais de direitos humanos²³.

Averiguada a diferença entre garantia e direito fundamental, cumpre ressaltar que alguns doutrinadores defendem a natureza garantidora²⁴ do *nemo tenetur se detegere*, como aparato na proteção de outros bens jurídicos. Tendo a natureza de garantia, não possuiria um fim em si mesmo, funcionando como instrumento de proteção aos direitos fundamentais.

O caráter instrumental e assecuratório do *nemo tenetur se detegere* poderia ser identificado na restrição ao agir investigatório do Estado, em tutela aos direitos do acusado à integridade física, liberdade e dignidade. Nas palavras de Marteleto Filho,

“Essencialmente, a garantia proíbe a coisificação do acusado e limita o poder de investigação do Estado, donde se extrai seu caráter instrumental e assecuratório de outros direitos fundamentais, tais como a integridade física, a liberdade individual e, especialmente, a dignidade da pessoa humana.”²⁵

Objetivando convergir ambos os posicionamentos, Maria Elizabeth Queijo recorre à classificação promovida por Canotilho, em que se identifica a noção de princípio-garantia, caracterizado por sua força normativa imediata. Nesse sentido, reconhece que o *nemo tenetur se detegere* é princípio com função garantidora, por

direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).”

²² Idem, p. 30: “Depois do nascimento da ONU, e graças à aprovação de cartas e convenções internacionais sobre direitos humanos, esses direitos não são mais ‘fundamentais’ somente no interior dos Estados em cujas constituições são formulados, mas são direitos supraestatais, ao quais os Estados são vinculados e subordinados também no nível do direito internacional; (...)”

²³ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo...**, op. cit., p. 67.

²⁴ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008, pp. 36/37.

²⁵ MARTELETO FILHO, Wagner, op. cit., p. 44.

resguardar a liberdade de autodeterminação do acusado²⁶, tutelar os interesses das partes e do próprio processo, legitimando o exercício da jurisdição²⁷.

Discorrendo sobre classificação diversa, mais especificamente em relação à norma jurídica, que pode assumir a natureza de princípio ou regra, Marteleto Filho defende que o *nemo tenetur se detegere* pode ser apreendido em dois níveis. No plano da regra, está o direito ao silêncio e a vedação à cooperação ativa, sendo que sua extensão é bem delimitada e não admite restrições. Decorre da tutela da dignidade da pessoa humana e da constatação de que o acusado não pode ser rebaixado novamente à categoria de instrumento da atividade probatória²⁸. No plano principiológico, advém do direito de não cooperar com a produção probatória, sendo passível de restrição, através da atividade ponderativa.

O presente trabalho entende que o *nemo tenetur se detegere* é um direito fundamental, tanto pela expressa previsão do direito ao silêncio no artigo 5º, LXIII da Constituição Federal de 1988, como pela cláusula de abertura dos parágrafos 2º e 3º, observando-se os diplomas internacionais que discorrem sobre o tema, ou ainda, em virtude de interpretação ampliativa de outros direitos fundamentais – contraditório, ampla defesa, dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Assume a natureza de princípio-garantia, pela amplitude qualitativa dos modos de aplicação inerentes aos princípios e por sua função protetiva. Os princípios, segundo Robert Alexy, são mandamentos de otimização que prescrevem a melhor aplicação possível no caso concreto, sendo que, diante de uma antinomia aparente, submetem-se ao sopesamento das realidades fáticas e jurídicas²⁹. Nesse sentido, a depender da situação analisada, o *nemo tenetur se detegere* pode sofrer

²⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo...**, op. cit., p. 61.

²⁷ Idem, p. 68.

²⁸ Sobre o tema: “De fato, a realização de um comportamento ativo, com conteúdo comunicativo, não pode ser exigida do arguido em um sistema processual acusatório, uma vez que se estaria invertendo a carga probatória e transferindo-a da acusação para o sujeito passivo. Pouca distinção há entre se exigir uma declaração verbal ou a realização de uma conduta naturalística da qual se pode extrair um conteúdo informativo.” MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo**: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 80.

²⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...**, op. cit., p. 67: “(...) los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos.”

restrições e prevalecer a norma que melhor atenda ao caso concreto, respeitando-se a proporcionalidade.

Integra o mundo do dever-ser ideal e está sujeito a ponderações e relações de preferência, consoante as circunstâncias do caso concreto³⁰. Nenhuma norma tem caráter absoluto, especialmente no âmbito processual penal, em que se deve compatibilizar os interesses do réu com os interesses da coletividade.

Essa convivência e compatibilidade de interesses é essencial no Estado Social³¹, em que o liberalismo jurídico resguardado não mais condiz com aquele originário da Revolução Francesa, mas sim com o resultado de um longo período reformador, pautado pelo humanismo e pela tutela dos interesses de toda a coletividade. A sociedade adquire patamar de superioridade, quando a mera proteção do indivíduo, em sua singularidade, mostra-se insuficiente. Para além da abstenção estatal, preza-se por sua atuação positiva, em proteção à ordem pública e aos direitos fundamentais inerentes a toda uma coletividade.

No âmbito processual penal, os direitos e garantias inerentes ao réu, portanto, não podem ser apreendidos sob a perspectiva da impossibilidade absoluta de restrições, sob pena de violar os interesses coletivos. A fim de que não haja abusos, é preciso compatibilizar ambos os interesses: embora o Estado não possa ser colocado à mercê da vontade do réu³², deve manter observância aos direitos fundamentais previstos na norma fundamental.

Dessa forma, o que se pretende averiguar é a constitucionalidade das intervenções corporais impostas ao indivíduo, observando-se o interesse estatal, o direito de não autoincriminação e os preceitos do Direito Constitucional Internacional.

³⁰ Ibidem, p. 77.

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 33: “É Estado social onde o Estado avulta menos e a Sociedade mais; onde a liberdade e a igualdade já não se contradizem com a veemência do passado; onde as diligências do poder e do cidadão convergem, por inteiro, para trasladar ao campo da concretização direitos, princípios e valores que fazem o Homem se acercar da possibilidade de ser efetivamente livre, igualitário e fraterno. A esse Estado pertence também a revolução constitucional do segundo Estado de Direito, onde os direitos fundamentais conservam sempre o seu primado. Sua observância faz a legitimidade de todo o ordenamento jurídico.”

³² HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. Campinas: Bookseller, 2005, p. 88.

3. Identificação criminal

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVIII, prevê que o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo quando houver previsão legal. Atribui primazia à identificação civil e caráter residual à identificação criminal, que incide apenas nas hipóteses regulamentadas pela Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009.

O registro civil garante a segurança da vida em sociedade, nas relações sociais, contratuais, comerciais e outras, que os indivíduos mantêm entre si e com o próprio Estado. Em posse de informações amplas e precisas sobre as características daqueles que se submetem a sua soberania, ao Estado compete preservar a confiabilidade dos tratos sociais.

A identificação de uma pessoa decorre de um conjunto de caracteres que permitem individualizá-la perante a sociedade. Existe a modalidade médico-legal e a policial-judicial. A primeira é efetivada com a avaliação das características físicas, funcionais e psíquicas do indivíduo, através de conhecimentos técnicos inerentes à medicina, e a segunda ocorre mediante o confronto de dados e estatísticas, a partir de fotografias, datiloscopia, antropometria ou descritivos. O objetivo de ambas é o mesmo: individualizar os integrantes da sociedade, garantindo a segurança nas relações privadas e nas relações mantidas com o Estado.

O perito oficial papiloscópico Antônio Tadeu Nicoletti Pereira³³ indica três objetivos primordiais do trabalho dos peritos em identificação:

1. Individualizar: descobrir o autor dos crimes e tornar única uma pessoa em suas relações civis;
2. Assegurar direitos: garantir que ele (o autor), e apenas ele, pague pelo crime cometido e que somente a pessoa que contraiu direitos e obrigações na ordem civil possa ser responsabilizada por seus atos;
3. Identificar: revelar a identidade para garantia da segurança da sociedade.

A identificação criminal, sobretudo, justifica-se pela necessidade de precisar, com celeridade e segurança, a identidade daquele que é investigado criminalmente. É responsabilidade do Estado identificar corretamente as pessoas a

³³ PEREIRA, Antônio Tadeu Nicoletti. **A identificação civil e sua inter-relação com a identificação criminal.** Disponível em: <http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/ident_civil_criminal.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.

quem atribui antecedentes criminais e mantém sob sua custódia³⁴. Para tanto, essencial a construção de um Banco de Dados, que objetiva servir aos interesses da coletividade.

A Lei nº 12.037/09³⁵ especifica quais documentos podem identificar civilmente um indivíduo: carteira de identidade, carteira de trabalho, carteira profissional, passaporte, carteira de identificação funcional ou outro documento que permita a identificação (cláusula de abertura). Ainda equipara aos documentos mencionados aqueles de identificação militar.

Em seu artigo 3º, elenca as situações em que é possível efetuar a identificação criminal, ainda quando apresentado qualquer dos documentos acima. A maioria das hipóteses decorrem de irregularidade do documento: rasura ou indício de falsificação; conteúdo insuficiente; informações conflitantes entre si, havendo mais de um; incompatibilidade com registros policiais; estado de conservação precário ou distância temporal/local da expedição que não permite a completa identificação.

Para além das hipóteses acima delineadas, o inciso IV do mesmo artigo insere no ordenamento jurídico a possibilidade de identificação criminal quando for *essencial* às investigações policiais. Considerada sua amplitude, não pode ocorrer ao arbítrio do magistrado ou da autoridade policial, sob pena de afronta a preceitos constitucionais, sendo essencial a existência de decisão judicial motivada que observe a proporcionalidade e a razoabilidade da medida.

Aos métodos de identificação datiloscópico e fotográfico, a Lei nº 12.654/12, que será melhor analisada em capítulo posterior, inseriu a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético, na fase investigatória, limitada à hipótese do artigo 3º, IV, supramencionada.

Cumprе ressaltar que, identificado criminalmente, o perfil genético será armazenado em banco de dados gerenciado por uma unidade de perícia criminal. As

³⁴ DIAS, Êuler da Veiga. **Identificação civil e identificação criminal**: os reflexos da aplicabilidade do inciso LVIII do art. 5º da Constituição Federal na Sociedade Brasileira. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4362/1/arquivo5540_1.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.

³⁵ BRASIL. Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1º out. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm> Acesso em: 11 nov. 2018.

informações ali constantes têm caráter sigiloso e não podem revelar traços somáticos ou comportamentais do examinado, limitando-se a sua identificação.

Quanto à exclusão do perfil genético, o artigo 7º-A da Lei nº 12.037/09 é incongruente com a previsão do artigo 7º que o antecede. Enquanto a identificação fotográfica pode ser retirada, desde que haja identificação civil, nos casos de não oferecimento da denúncia, sua rejeição, absolvição, arquivamento definitivo do inquérito ou trânsito em julgado da sentença, os perfis genéticos permanecerão em banco de dados durante todo o prazo prescricional do delito.

Delimitadas as noções basilares da identificação, embora seja classificada como método de identificação criminal, a coleta de material biológico tem dupla natureza. Seu caráter probatório é evidente e será melhor elucidado nos capítulos que seguem.

4. Colaboração do indivíduo com a produção probatória

A Constituição da República Federativa do Brasil celebrou, há aproximadamente trinta anos, a reinserção democrática do país e a superação de ideais inquisitórios que marcaram o período ditatorial. Trouxe reflexos sobre todo o ordenamento jurídico, consolidando o processo penal democrático.

Ao indivíduo é reconhecida a posição de sujeito de direitos, em patamar de igualdade e equilíbrio com a acusação, sobre a qual recai o ônus probatório. O investigado ou condenado não mais se submete ao tratamento de objeto de prova, mas adquire autonomia, sendo-lhe assegurados os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e presunção de inocência.

Ocorre que, consolidado o Estado Social, a abstenção do indivíduo na produção probatória e o direito de recusa que dela decorre não possuem caráter absoluto, sob pena de frustrar por completo o interesse público de persecução penal³⁶. Desse modo, o indivíduo poderá ser chamado a contribuir com a produção de provas, de forma ativa ou passiva, constatada a relevância de sua cooperação para o interesse público e observados os pressupostos constitucionais, notadamente a existência de previsão legal e autorização judicial, pautada na proporcionalidade.

A cooperação ativa pressupõe um atuar positivo do investigado/acusado/condenado, precedido de consentimento livre e esclarecido³⁷, em observância a sua autonomia volitiva. A doutrina e a jurisprudência constantemente mencionam, a título exemplificativo, o interrogatório, a reconstituição dos fatos, a produção de padrões grafotécnicos e vocais e o teste do etilômetro.

Países como os Estados Unidos da América restringem o direito à não autoincriminação a condutas comissivas, notadamente o interrogatório. No Estado Democrático de Direito, ele deixa de ser meio de prova e se torna instrumento de defesa do acusado, que tem a discricionariedade de comparecer ou não em juízo para prestar suas declarações, ou ainda, recorrer à prerrogativa de se silenciar³⁸. Sua liberdade de autodeterminação não pode ser desvirtuada, motivo pelo qual o não comparecimento voluntário ou o silêncio do réu não podem configurar ilícito

³⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo...**, op. cit., p. 283.

³⁷ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos...**, pp. 248/249.

³⁸ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação...**, p. 77.

penal, tampouco trazer consequências processuais que lhe sejam desfavoráveis³⁹. A recusa é exercício regular de um direito⁴⁰, sendo, portanto, legítima.

A cooperação passiva, por outro lado, requer a tolerância do indivíduo perante a produção de determinada prova, por exemplo através de intervenção corporal para coleta de material genético. Essa segunda categoria se aproxima e, por vezes, confunde-se com a visão do sistema inquisitório, em que o réu era considerado meio de prova.

Outra distinção importante é aquela fixada entre provas invasivas e não-invasivas⁴¹. As provas não-invasivas implicam na tolerância do acusado ou no fornecimento de materiais/objetos, que não dependem da ingerência no corpo do indivíduo nem de conduta que constranja sua dignidade. Podem ser realizadas sem a necessidade de consentimento prévio, desde que não requeiram conduta comissiva, havendo prévia autorização judicial, por exemplo no caso da busca e apreensão⁴².

As provas invasivas⁴³ são produzidas mediante a inserção sobre a esfera pessoal do indivíduo, afrontando, em tese, a dignidade da pessoa humana, os direitos à intimidade, privacidade, integridade física e moral e não autoincriminação.

A dignidade humana é referida na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, III, como valor fundamental do Estado Democrático de Direito. O instinto de autopreservação é inerente ao ser humano, que, visando resguardar sua própria dignidade, aloca a proteção de sua honra objetiva em patamar superior ao interesse coletivo.

Os direitos à intimidade e à privacidade são intimamente relacionados e visam restringir o acesso do Estado à esfera pessoal do indivíduo, seja seu corpo ou objetos de sua propriedade. Alguns doutrinadores, contudo, defendem que a invasão à intimidade do homem se justifica quando avaliado o interesse público na

³⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo...**, op. cit., p. 256: "Tem predominado, assim, na doutrina o entendimento de que, por incidência do *nemo tenetur se detegere*, não se admitem medidas coercitivas contra o acusado para compeli-lo a cooperar na produção das provas; a recusa do réu não configura crime de desobediência; e não se permite extrair da sua recusa a veracidade da imputação, nem presunção de culpabilidade."

⁴⁰ Idem, p. 310.

⁴¹ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação...**, p. 99.

⁴² QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo...**, op. cit., p. 306.

⁴³ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 108.

persecução penal⁴⁴, razão pela qual a alegação de ofensa ao pudor não poderia refrear a coleta de material genético⁴⁵.

Avistando a sombra do passado, marcado pelo emprego de tortura e pela utilização de métodos afrontosos ao bem estar do ser humano, os direitos à integridade física e moral também merecem resguardo. Preza-se pela tutela constante da psique e do corpo, que não podem ser sobrepujados pelo poder do Estado na produção de provas.

O direito de não autoincriminação, devidamente delineado em capítulo anterior, é restringido no momento em que o indivíduo tem reduzida sua liberdade de autodeterminação⁴⁶, colaborando com a produção de provas através de uma conduta omissiva, que lhe é imposta e pode debilitar sua defesa.

Em contrapartida, em favor da paz social e da segurança pública, admitem-se restrições ao *nemo tenetur se detegere*, em caráter excepcional⁴⁷. Apesar do direito de não colaborar com a produção de prova que lhe seja desfavorável, o indivíduo pode ser chamado a participar da persecução penal e tolerar a ingerência do Estado em sua esfera pessoal, desde que respeitados os limites constitucionais.

4.1 Requisitos da restrição ao *nemo tenetur se detegere*

As intervenções corporais podem ser determinadas, desde que respeitem o núcleo essencial do direito de não autoincriminação e obedeçam aos princípios da legalidade, judicialidade e proporcionalidade⁴⁸.

O princípio da legalidade encontra previsão no artigo 5º, II da Constituição Federal de 1988, que insere no ordenamento jurídico a necessidade de lei para a

⁴⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo...**, op. cit., p. 279.

⁴⁵ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos...**, op. cit., p. 321.

⁴⁶ Idem, pp. 327/328.

⁴⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo...**, op. cit., p. 305.

⁴⁸ Idem, pp. 138/139: "Em síntese, para que uma prova invasiva seja decretada é preciso autorização legal que permita uma prévia decisão judicial que, fundamentadamente, demonstre: a presença de indícios de autoria e materialidade do crime, conforme o grau de exigência estabelecido pela lei específica; a unicidade da prova, por inexistência de método alternativo apto a esclarecer a questão; a proporcionalidade entre a medida e os benefícios obtidos com o possível esclarecimento de um fato criminoso, que deve revestir-se de considerável gravidade; e, finalmente, no caso de intervenções corporais, a ausência de riscos à saúde do imputado, por meio de uma medida idêntica ou comparável àquelas consagradas para fins terapêuticos. A presença da defesa técnica deve ser assegurada salvo se incompatível com a prova a ser produzida. A postergação do contraditório deve ser, necessariamente, justificada no caso concreto."

adoção de medidas restritivas a direitos fundamentais⁴⁹. A atuação do Poder Legislativo deve ser qualificada, de modo que não basta a mera edição de lei, ela deve nortear os pressupostos e a extensão da restrição⁵⁰. O diploma legal deve conter conteúdo claro e objetivo, com previsões normativas de caráter geral e abstrato, sendo respeitada a anterioridade da lei em face do caso concreto.

O princípio da judicialidade advém da natureza do Poder Judiciário⁵¹ como garantidor de direitos fundamentais. Complementando a atuação do legislativo, cumpre ao magistrado autorizar a intervenção, mediante análise do caso concreto, de forma motivada⁵², sob pena de nulidade, nos termos do artigo 93, IX da Constituição Federal de 1988. Ressalta-se que a medida restritiva não pode estar desvinculada da investigação de um delito específico, sob pena de tornar impossível a ponderação dos bens jurídicos envolvidos⁵³.

O princípio da proporcionalidade não tem previsão expressa na Constituição Federal de 1988, mas decorre da cláusula do devido processo legal (artigo 5º, LIV da CF/88), da essência dos direitos fundamentais e do próprio Estado de Direito. Toda medida que restringe direitos deve manter observância à finalidade da norma, mediante justificação teleológica, e aos três elementos que compõem a proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁵⁴.

Primeiramente, deve-se averiguar se a intervenção é objetivamente apta a propiciar a finalidade pretendida, nos planos qualitativo (medida idônea), quantitativo (restrição tolerável) e subjetivo (aplicação singular). Em seguida, é preciso avaliar a necessidade da medida, sob a ótica da *ultima ratio*. Deve-se verificar a existência de meios alternativos que permitam alcançar, em igual medida, o fim que se almeja, optando por aquele que seja menos gravoso ao direito objeto da restrição⁵⁵.

⁴⁹ Ibidem, pp. 293/294.

⁵⁰ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos...**, op. cit., p. 329.

⁵¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo...**, op. cit., pp. 294/295.

⁵² Idem, p. 295: "É a motivação que permite exercer o controle de legalidade sobre as decisões proferidas pelo Judiciário. Por meio dela evitam-se arbitrariedades. Além disso, a motivação legitima as decisões judiciais perante a sociedade."

⁵³ MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação...**, op. cit., pp. 143/144.

⁵⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo...**, op. cit., p. 294.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, op. cit., pp. 397/398.

A proporcionalidade em sentido estrito implica na análise comparativa do fim almejado com o grau de restrição imposto ao direito fundamental. Quanto maior a gravidade da restrição, maiores devem ser os indícios de autoria ou participação que justifiquem a medida⁵⁶. Aproxima-se do princípio da razoabilidade⁵⁷, pois depende do controle de constitucionalidade no caso concreto.

4.2 A coleta de material genético

O desenvolvimento do exame de DNA ocorreu na década de 80 e ocasionou alteração significativa das técnicas de identificação científica e jurídica, em virtude do alto grau de precisão e confiabilidade que dele emanam. Introduziu um novo método de produção probatória⁵⁸, com notável relevância em face da constante busca de verossimilhança entre as decisões proferidas pelo Poder Judiciário e a realidade fática.

Na legislação civil, assumiu força probatória em ações de reconhecimento de paternidade, permitindo a inversão do ônus probatório diante da negativa de submissão ao exame de DNA⁵⁹, fazendo recair sobre o suposto pai a necessidade de refutar o alegado em exordial.

Em âmbito processual penal, a coleta de material orgânico para realização de perícia⁶⁰ não adquire a mesma relevância dada pelos civilistas, considerando a vulnerabilidade do examinado – acusado, investigado ou condenado – e a presunção de inocência, fatores que impossibilitam o deslocamento do ônus probatório, que sempre deve recair sobre a acusação.

Não obstante, o exame supre os anseios inerentes ao processo penal, em busca da verdade material, primando pela correspondência entre decisão e

⁵⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo...**, op. cit., pp. 304/305.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, op. cit., p. 401: “Tendo em conta que o juízo de ponderação se verifica, com maior ênfase (para Alexy, essencialmente), no âmbito do assim designado terceiro nível da aplicação da proporcionalidade (segundo-se a metódica trifásica da proporcionalidade), o fato é que mesmo a ponderação sendo considerada simplesmente como sendo coincidente com o raciocínio requisitado pelo princípio da razoabilidade como parâmetro da atuação normativa estatal, é este seguramente por esta razão que a razoabilidade é também identificada com a proporcionalidade em sentido estrito, o que, todavia, não significa necessariamente que se trate de noções integralmente fungíveis e que não tenham uma aplicação autônoma.”

⁵⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo...**, op. cit., p. 244.

⁵⁹ BRASIL. Súmula 301. In.: **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 23 out. 2018.

⁶⁰ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. Campinas: Bookseller, 2005, p. 301.

realidade dos fatos. Considerando, ainda, que a investigação não pode ser influenciada nem dificultada por uma das partes, em respeito ao devido processo legal⁶¹, a técnica foi inserida na legislação processual penal, assumindo tripla função: meio de identificação pessoal, meio de prova e elemento integrante do banco de dados genético.

O exame pode ser realizado, para além do sangue, utilizando-se de pelos, cabelos e saliva. Carlos Haddad defende que as amostras retiradas na mucosa bucal, do lado interno da face, possuem alto índice de eficácia e restringem, em menor grau, direitos fundamentais inerentes ao indivíduo⁶², uma vez que são provas não-invasivas. Por outro lado, Maria Elizabeth Queijo defende que a coleta em cavidade bucal é intervenção corporal invasiva, todavia aponta que é possível a obtenção de saliva por outros métodos⁶³, ou ainda a realização de exames em fios de cabelo e pelos.

O material genético do ser humano é composto de parte codificante e de parte não-codificante. Evitando-se o retrocesso ao direito penal do inimigo, a utilização do material codificante, que contém os traços de personalidade do indivíduo, é vedada. A parte não-codificante é suficiente para distinguir indivíduos, sem conter informações de natureza médica e particular, preservando sua autodeterminação informativa.

Utiliza-se, portanto, somente a parte não-codificante do DNA, que permite delinear o perfil genético do indivíduo e proceder às finalidades da coleta: identificação criminal e averiguação de autoria delitiva.

O banco de dados é composto por material genético colhido durante a investigação e após a condenação por crime hediondo ou de natureza grave, hipóteses que serão melhor explanadas no capítulo seguinte. O que merece primordial análise, no momento, é a importância do instituto, que possibilita o diálogo entre os perfis genéticos, a nível local, estadual e nacional, objetivando facilitar a identificação de indivíduos e incrementar o método probatório no processo penal.

A compatibilização do vestígio colhido na cena do crime com o perfil genético constante do banco de dados não pode assumir, contudo, a posição antes

⁶¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo...**, op. cit., p. 44.

⁶² HADDAD, op. cit., p. 302.

⁶³ QUEIJO, op. cit., p. 246.

ocupada pela confissão como prova suprema, infalível e obtida a qualquer custo e sob qualquer pretexto. Esse comportamento implicaria na *geneticização da Justiça*⁶⁴.

Deve-se evitar que o banco de dados fomente uma nova forma de investigação em que a autoria do delito seja determinada apenas com base nos exames periciais efetuados em materiais genéticos, restringindo os atos investigatórios à realização de perícias e afrontando direitos fundamentais intrínsecos ao ser humano, notadamente, sua liberdade⁶⁵.

A cautela na investigação é essencial para que não haja um retrocesso ao Direito Penal do Inimigo⁶⁶, com análise seletiva de indivíduos estigmatizados por suas informações genéticas. Nas palavras de Aury Lopes Júnior,

“o exame de DNA é muito importante, e com certeza terá uma grande influência na formação da convicção do julgador, mas é apenas *mais uma prova*, sem qualquer supremacia jurídica sobre as demais.”⁶⁷

Cumprido ressaltar que a análise da questão não pode estar vinculada aos eventuais reflexos negativos que pode trazer para o ordenamento jurídico⁶⁸, os quais precisam ser coibidos por medidas adequadas. Aqui se avalia a constitucionalidade da coleta de material genético e sua disponibilização em banco de dados, notadamente em face dos princípios da legalidade, judicialidade e proporcionalidade.

Constatada a inovação promovida pela coleta de material genético, o doutrinador Carlos Haddad entende que o exame compulsório de DNA é passível de incorporação pelo processo penal brasileiro⁶⁹, por hermenêutica sistemática e observando a lógica do ordenamento jurídico, contudo prefere as intervenções

⁶⁴ HADDAD, p. 305.

⁶⁵ RUIZ, Thiago. **Banco de dados de perfis genéticos e identificação criminal**: breve análise da Lei 12.654/2012. Boletim IBCCRIM, n 243, Fevereiro/2013.

⁶⁶ RUIZ, Thiago. **Banco de dados de perfis genéticos e identificação criminal**: breve análise da Lei 12.654/2012. Boletim IBCCRIM, n 243, Fevereiro/2013: “Deveras, na sociedade hodierna, do homem transparente, mais uma vez, em nome do interesse público, franqueou-se o direito à intimidade, desnudou-se a constituição do indivíduo e ratificou-se a seleção dos “inimigos” do Estado, que, agora, são também *estigmatizados* por meio de suas informações genéticas.”

⁶⁷ LOPES Jr., Aury. **Lei 12654/2012**: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo (Nemo tenetur se detegere)? Boletim IBCCRIM, ano 20, n 236, Julho/2012.

⁶⁸ Idem, pp. 318/319.

⁶⁹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos...**, op. cit., p. 314: “É difícil conceber que o acusado possa ser privado de sua liberdade durante o curso do processo, ter sua vida monitorada vinte quatro horas ao dia por escutas telefônicas, ser conduzido coercitivamente para as audiências, ter quebrado o sigilo bancário e fiscal, sujeitar-se ao reconhecimento pela vítima, apesar de não consentir, ser revistado em suas vestes e em seu domicílio, ser condenado à longa pena privativa de liberdade, após o devido processo legal, admitindo-se até mesmo o extermínio da vida em restritas hipóteses, mas dele não se possa extrair pequena quantidade de saliva ou um fio de cabelo sem que assinta. Em confronto com os meios de prova existentes, o exame compulsório de DNA pode ser incorporado ao processo penal brasileiro sem que constitua limitação de bens jurídicos que já não sofram restrições admissíveis pela atual legislação.”

corporais não-invasivas, considerando como tal a coleta de fios de cabelo ou saliva.

Nas palavras do autor:

“Deve-se dar preferencia às intervenções corporais não-invasivas. Além de trazer menor risco de lesão à integridade física do acusado, afasta sensações dolorosas e torna mais fácil o procedimento de coleta da amostra. No direito inglês, as coletas são classificadas em *intimate samples*, caso da coleta sanguínea, e *non intimate samples*, a exemplo da extração de fios de cabelo e de saliva.”⁷⁰

No mesmo sentido, Queijo defende que a melhor opção é a previsão de provas que possam ser realizadas mediante intervenção corporal não-invasiva, a fim de conciliar os interesses da persecução penal e do indivíduo, resguardando seus direitos fundamentais⁷¹. Em contrapartida ao posicionamento de Haddad, entende que a coleta de saliva é invasiva e prefere a realização do exame de DNA por fios de cabelo e pelos.

Ressalte-se que eventual restrição ao princípio-garantia do *nemo tenetur se detegere* depende de determinação judicial, previsão legal e obediência estrita, em tutela aos princípios da legalidade, judicialidade e proporcionalidade – adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito. Dessa forma, proceder-se-á à análise da legislação vigente sobre o tema, a fim de averiguar sua compatibilidade com os mencionados princípios constitucionais.

⁷⁰ Ibidem, p. 333.

⁷¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo...**, op. cit., p. 246.

5. Análise da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012

A Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012⁷², alterou a Lei nº 12.037/09, e a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dar outras providências.

O artigo 1º da *novel* legislação incluiu o parágrafo único do art. 5º da Lei nº 12.037/09, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado. Com a nova previsão, torna possível a identificação criminal pela coleta de material biológico, mediante a obtenção de perfil genético, quando essencial às investigações policiais, após decisão de autoridade judiciária competente, que pode atuar de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa.

Acrescenta à identificação criminal datiloscópica e fotográfica nova modalidade de identificação do indivíduo, agora mediante exame de DNA. Os dados coletados devem ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal, nos moldes do artigo 5º-A da Lei nº 12.037/09, acrescido pelo artigo 2º da legislação sob análise.

Em seus parágrafos, dispõe que as informações genéticas não poderão revelar traços somáticos e comportamentais do indivíduo, salvo indicação de gênero; os dados que integram os bancos de dados terão caráter sigiloso, de modo que a permissão ou promoção de uso indevido, com fins diversos da previsão legal ou da decisão judicial, implicará em responsabilidade civil, penal e administrativa; a análise dos perfis genéticos ainda deve constar de laudo pericial, firmado por perito oficial devidamente habilitado.

O mesmo dispositivo incluiu os artigos 7º-A e 7º-B da Lei nº 12.037/09, que tratam, respectivamente, da exclusão de perfis genéticos do banco de dados no prazo prescricional do delito e do armazenamento em banco de dados sigiloso nos moldes de regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

O artigo 3º da legislação sob análise acrescentou o artigo 9º-A da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), que determina a obrigatoriedade da identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, de condenado por crime praticado

⁷² BRASIL. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 mai. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm> Acesso em: 11 nov. 2018.

dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por crime previsto no artigo 1º da Lei nº 8.072/90. Ressalta que deve ser adotada técnica adequada e indolor, sendo que a identificação será armazenada em banco de dados sigiloso, nos moldes de regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. Acrescenta que a autoridade policial (federal ou estadual) poderá requerer acesso ao banco de dados, perante o juiz competente, em caso de inquérito instaurado.

Alterando dois estatutos jurídicos, constatam-se duas finalidades distintas inerentes à Lei nº 12.654/12. Para o investigado, a coleta de material biológico visa a produção probatória em um caso concreto e determinado; para o apenado, objetiva complementar o banco de perfis genéticos, para apuração de crimes futuros⁷³. Visa identificar a autoria delitiva em persecuções penais em andamento ou futuras. Em virtude disso, Maria Elizabeth Queijo destaca que

“(...) é inegável que sobre ela incide o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, inexistindo, pois, dever de colaboração. Daí a consequência de que a recusa em cooperar não pode levar à configuração do crime de desobediência, nem se pode admitir execução coercitiva tendente à produção da prova. De igual modo, da recusa não se poderá extrair qualquer consequência negativa ao investigado ou acusado.”⁷⁴

Durante as investigações, dois requisitos são impostos: essencialidade da medida e autorização judicial. André Nicolitt⁷⁵ defende a existência de outro requisito implícito, sem o qual a medida seria inconstitucional, qual seja, o consentimento informado do indiciado.

A *novel* legislação conferiu indevida amplitude à coleta de material genético na identificação criminal e dispôs de forma sucinta sobre o armazenamento dos perfis genéticos em banco de dados, atribuindo ao Poder Executivo sua regulamentação, o que fere o princípio da legalidade estrita. O indivíduo que se submete à identificação criminal genética tem o direito de saber como será armazenado seu material genético e como se procederá o acesso aos dados pessoais.

⁷³ LOPES JR., Aury. **Lei 12654/2012**: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo (Nemo tenetur se detegere)? Boletim IBCCRIM, ano 20, n 236, Julho/2012.

⁷⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético**: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? Boletim IBCCRIM, ano 21, n 250, Setembro/2013.

⁷⁵ NICOLITT, André. **Banco de dados...**, op. cit.: “(...) parece-nos que seria inconstitucional qualquer interpretação do art. 1.º da Lei 12.654/2012 no sentido de que a extração de amostras possa ser efetuada sem o consentimento do indiciado e contra a vontade deste, por violar os princípios da dignidade humana e da vedação da autoincriminação coercitiva, (...)”.

Ressalte-se que o fato de o juiz poder agir de ofício é debatido pelos doutrinadores, pois atribuir ao julgador função inerente à pessoa do investigador afrontaria o sistema acusatório⁷⁶.

Considerando a gravidade da intervenção corporal e a não indicação taxativa dos crimes sobre os quais pode incidir⁷⁷, com vistas ao princípio da proporcionalidade, notadamente em seus aspectos necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, é preciso que as autoridades policial e judicial compatibilizem a restrição com a *ultima ratio* do sistema e a determinação deve se restringir à investigação de crimes cuja gravidade justifique a medida.

O prazo de armazenamento também é objeto de discussão doutrinária, considerando que o único parâmetro temporal fixado pela lei para o armazenamento de perfis genéticos é o prazo prescricional do delito. Nada dispõe sobre as hipóteses de arquivamento do inquérito ou absolvição do inculpaado, ocasiões em que a manutenção do material biológico em banco de dados seria medida por demais desarrazoada.

Em se tratando de condenado por crime hediondo ou crime doloso cometido com violência de natureza grave contra pessoa, a intervenção corporal é obrigatória e não exige autorização judicial. Embora não conste da literalidade da norma, entende-se que a existência de sentença condenatória transitada em julgada é requisito intransponível, observando-se a presunção de inocência e a sistemática do ordenamento jurídico atual.

Diferentemente do momento pré-processual, a lei nem chega a prever o tempo em que ficará cadastrado o perfil genético do apenado. Há quem defenda a aplicação por analogia do instituto da reabilitação, nos moldes do artigo 93 e seguintes do Código Penal, sendo possível a exclusão do registro decorridos dois anos da data em que for extinta a pena ou findar sua execução⁷⁸. Outros defendem que deve permanecer pelo lapso temporal equivalente à prescrição da pretensão executória, ou ainda pelo período de cumprimento da pena, considerando que o efeito secundário não pode se estender para além do tempo de cumprimento da própria pena⁷⁹.

⁷⁶ NICOLITT, André. **Banco de dados de perfis genéticos (DNA)**. As inconstitucionalidades de Lei 12.654/2012. Boletim IBCCRIM, ano 21, n 245, Abril/2013.

⁷⁷ LOPES JR., Aury. **Lei 12654/2012...**, op. cit..

⁷⁸ LOPES JR., Aury. **Lei 12654/2012...**, op. cit..

⁷⁹ NICOLITT, André. **Banco de dados...**, op. cit..

O artigo acrescentado na Lei de Execução Penal, embora determine a obrigatoriedade da extração de DNA no caso de condenado por crime praticado dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por crime hediondo, não disciplina as consequências da recusa. Diante disso, discute-se sobre o cabimento de medidas coercitivas. Ocorre que o emprego de força para vencer a resistência não é indolor e se assemelha, em muito, ao que se entende por tortura, motivo pelo qual não se justifica no Estado Democrático de Direito.

Outro ponto debatido é a expressão *violência de natureza grave*, que integra a noção de conceito jurídico indeterminado, por sua vagueza e imprecisão. Deixa à discricionariedade da autoridade estatal a delimitação do que entende ser crime praticado com violência de natureza grave contra pessoa. Considerando a obrigatoriedade da medida restritiva, ao utilizar um conceito de tamanha imprecisão, não andou bem o legislador. Afrontou o princípio da legalidade quando editou um diploma legal desprovido de conteúdo claro e objetivo, repleto de indeterminações.

Ademais, a Lei nº 12.654/12 tampouco aprofundou na discussão sobre a natureza sigilosa do banco de dados. Por conter informações sobre a própria constituição da pessoa, o acesso aos perfis genéticos deve ser pautado pela confidencialidade. A restrição não afeta somente a conduta de terceiros, mas também atribui ao Estado o dever de resguardar a autodeterminação informacional do examinado⁸⁰, informando-o sobre as circunstâncias da divulgação de seus dados pessoais.

Considerando que a Lei nº 12.654/12 não esgotou o tema da identificação criminal genética e deixou em aberto variadas questões, alguns autores já se manifestaram sobre sua (in)constitucionalidade.

Marteleto Filho entende que o principal problema da lei sob análise é a afronta ao princípio da legalidade. Assim, por ausência de legislação específica delineando os aspectos da restrição, as intervenções corporais coercitivas ainda não poderiam ocorrer no Brasil. Leia-se:

“No aspecto formal, a nova Lei também não pode ser classificada como uma norma processual penal, que confere disciplina a um meio de prova da complexidade, intensidade e alcance das intervenções corporais coercitivas, as quais afetam inúmeros direitos fundamentais (integridade física, liberdade

⁸⁰ RUIZ, Thiago. **Banco de dados de perfis genéticos e identificação criminal: breve análise da Lei 12.654/2012.** Boletim IBCCRIM, n 243, Fevereiro/2013.

ambulatória, intimidade, etc), demandando regulamentação legal específica e detalhada.”⁸¹

Em complemento, Maria Elizabeth Queijo demonstra sua opinião sobre o então Projeto de Lei nº 2458/2011. A doutrinadora discorre sobre a incongruência da coleta do material genético de pessoas que não foram definitivamente condenadas com a dignidade humana. Censura a amplitude da restrição ao *nemo tenetur se detegere*, o prazo fixado para exclusão do perfil genético, a imprecisão da expressão *crime praticado com violência de natureza grave contra a pessoa*, a ausência de indicação da necessidade ou não de trânsito em julgado e a não abordagem das consequências da recusa do investigado/condenado. Nesse sentido:

“O Projeto em questão merece severas críticas. A coleta de material genético para compor banco de dados, especialmente para aqueles que não foram definitivamente condenados, viola a dignidade humana. Além disso, o Projeto confere censurável amplitude à coleta de material genético na identificação criminal. Em acréscimo, a exclusão de perfis genéticos só ocorrerá quando extinta a punibilidade do delito pela prescrição, o que não se mostra adequado, já que o arquivamento do inquérito ou mesmo a absolvição deveriam autorizar tal exclusão. Ademais, o Projeto não define o que seja crime praticado ‘com violência de natureza grave contra a pessoa’, para autorizar, em caso de condenação, a coleta de material genético para inclusão no banco de dados. Igualmente, não esclarece se somente as condenações transitadas em julgado por crimes praticados ‘com violência de natureza grave contra a pessoa’ e por delitos hediondos poderão ensejar tal coleta. E, por fim, não foi prevista hipótese de exclusão de dados do banco genético para os condenados por tais delitos. No entanto, é importante frisar que o Projeto não prevê a recusa do investigado e do condenado no fornecimento de material genético, tampouco cuidou das consequências dessa recusa.”⁸²

A autora ainda destaca que o diploma legal sob análise incorre em nítida inconstitucionalidade, vez que não estipula os critérios norteadores da decisão judicial. Confere excessiva amplitude à coleta de material genético, não especificando o modo de produção da prova – com intervenção corporal invasiva ou não –, a natureza da colaboração, os requisitos da gravidade do delito nem os indícios de autoria/participação necessários. Viola, portanto, os princípios da legalidade e da proporcionalidade⁸³, pela imprecisão de seu conteúdo, estando em desconformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁸⁴.

⁸¹ MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação...**, op. cit., p. 162.

⁸² QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo...**, op. cit., nota de rodapé 840, p. 321.

⁸³ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético...**, op. cit.: “Nessa esteira, concluímos que o *nemo tenetur se detegere* só poderia sofrer restrições por lei, estrita e prévia, pautada no princípio da proporcionalidade. Em atendimento ao mencionado princípio, a restrição ao *nemo tenetur se detegere* deveria ser indispensável e a menos

5.1 Repercussões no ordenamento jurídico brasileiro: Decreto nº 7.950/13 e Resolução nº 03 de 2014

Em consonância com as determinações da Lei nº 12.654/12, foi editado o Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013⁸⁵, para instituir o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos; o primeiro com a finalidade de armazenar os dados de perfis genéticos, coletados para subsidiar a apuração de crimes, e o segundo com o objetivo de compartilhar e comparar as informações da União, Estados e Distrito Federal.

O Decreto traz previsões sobre a gestão do instituto e adentra no tema do prazo de permanência do perfil genético no banco de dados: prazo prescricional do delito ou data anterior definida em decisão judicial. Insere, portanto, nova possibilidade de exclusão do material coletado, novamente, contudo, deixada ao arbítrio do Poder Judiciário, pela ausência de parâmetros para a antecipação da exclusão⁸⁶.

O Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, em acréscimo, editou a Resolução nº 03, em 26 de março de 2014⁸⁷, a qual dispõe sobre a padronização dos procedimentos de coleta compulsória de material biológico. Determina, em seu artigo 2º, que a metodologia a ser utilizada na coleta deve ser descrita em Procedimento Operacional Padrão da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça, sendo vedada a coleta de sangue.

gravosa possível, em termos de qualidade, intensidade e duração; ser adequada, isto é, idônea à produção da prova pretendida e útil para o processo, incidindo sobre pessoa determinada contra a qual existissem indícios de autoria ou participação em infração penal; ser razoável, sendo um dos critérios a gravidade do delito; respeitar o núcleo essencial do direito fundamental em questão e a saúde e dignidade do acusado.”

⁸⁴ No mesmo sentido, a autora destaca que *o fato de a Lei assegurar que será empregada técnica indolor e adequada para extração de material genético, nem de longe, é suficiente para garantir o respeito à dignidade humana, valor sobre o qual o Estado Democrático de Direito Brasileiro se alicerçou.*

⁸⁵ BRASIL. Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 mar. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D7950.htm> Acesso em: 14 nov. 2018.

⁸⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?** Boletim IBCCRIM, ano 21, n 250, Setembro/2013.

⁸⁷ BRASIL. Resolução nº 3, de 26 de março de 2014. Dispõe sobre a padronização de procedimentos relativos à coleta compulsória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. In.: **Diário Oficial da União**, 14 mai. 2014. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_25511793_RESOLUCAO_N_3_DE_26_DE_MARCO_DE_2014.aspx> Acesso em: 14 nov. 2018.

Enumera os dados que devem constar do formulário de coleta do material biológico, tutelando o direito de informação da pessoa submetida ao procedimento, que deve ser cientificada dos motivos da coleta na presença de, ao menos, uma testemunha. Na hipótese, esclarece que, havendo recusa, o fato deve ser consignado em documento próprio, assinado por testemunha e autoridade responsável, que comunicará a autoridade judiciária.

Embora a Resolução apresente maiores garantias ao examinado e explicita alguns pontos não delimitados pela Lei nº 12.654/12, não mantém observância ao princípio da legalidade, uma vez que tais previsões deveriam constar de lei. O Comitê Gestor pode alterar seu posicionamento a qualquer momento, colocando em risco a segurança jurídica, principalmente quando se reconhece a facilidade de revogar uma resolução.

5.2 Discussão jurisprudencial

A discussão sobre a constitucionalidade da coleta de material genético para registro em Banco Nacional de Perfis Genéticos chegou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF).

A presidente do STJ, Ministra Laurita Vaz, no *Habeas Corpus* nº 407627, indeferiu liminar pautada na alegação de inconstitucionalidade da obrigatoriedade de fornecimento de material genético para registro em Banco de Dados do Poder Público, em se tratando de agente que já teve reconhecida sua culpabilidade em decisão transitada em julgado, perante crime previsto no art. 1º da Lei nº 8.072/90, qual seja, homicídio qualificado, respeitando-se a previsão do art. 9º-A da Lei de Execução Penal.

A Decisão Monocrática analisa superficialmente a constitucionalidade do instituto, sob o argumento de que discussão de significância constitucional não deve ocorrer em sede de liminar. Nesse sentido, depreende-se o seguinte trecho:

“Apesar da relevância da matéria, que trata de eventual violação do art. 5.o, LXIII, da Constituição Federal (proibição de autoincriminação) pelo art. 9o-A da LEP, introduzido pela Lei n.o 12.654/2012, não cabe, em sede de liminar, a discussão sobre a sua constitucionalidade, reputando-se válida e eficaz a lei, para todos efeitos.”⁸⁸

⁸⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão Monocrática do HABEAS CORPUS Nº 407.627 - MG (2017/0167688-6)**. Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais por Igor Alessandro de Sena Costa e Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Felix Fischer. 17 jul. 2017. Disponível em:

Desse modo, constata-se que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça não encerrou a discussão, tampouco diminuiu a controvérsia que reside sobre a temática.

Com relação ao Supremo Tribunal Federal, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais interpôs o Recurso Extraordinário nº 973.837, em processo com origem no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, mediante controle difuso, argumentando que o referido dispositivo afronta o artigo 1º, III e o artigo 5º, III, XLIX, LVI, LVII, LVIII, LXIII da CF/88, bem como o princípio constitucional da não autoincriminação.

Considerando a relevância do Recurso Extraordinário em discussão, serão explanados, primordialmente, os momentos que antecedem sua interposição. O juiz da Vara de Execuções Penais proferiu decisão com o entendimento de que o condenado não pode ser compelido a fornecer material que entenda lhe ser desfavorável. Objetando-se ao posicionamento do juízo *a quo*, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpôs Agravo em Execução.

O agravante defendeu as seguintes teses: banco de perfil genético é modalidade legal de identificação; a extração de DNA do condenado para fins de identificação do perfil genético é repercussão extrapenal da condenação por crime de natureza grave; trata-se de instrumento para a identificação do delinquente recalcitrante; impera a intervenção estatal na defesa dos interesses da sociedade; o artigo 9º-A da Lei nº 7.210/84 encontra respaldo no artigo 5º, LVIII da Constituição Federal de 1988.

Segundo a Procuradoria Geral da República, a identificação criminal configura direito do Estado na promoção da segurança pública, que pode fazer uso do novo método investigativo disponibilizado pela evolução científica. Destaca que não há violação aos princípios da legalidade e proporcionalidade, tampouco à prerrogativa contra a autoincriminação, em virtude da adoção de método indolor e pouco invasivo, que auxilia na apuração da autoria delitiva e previne reincidências.

De modo contrário, o agravado expôs a incongruência de se coletar material genético do apenado que não é acusado da prática de nenhum novo crime,

contrapondo o ideal de recuperação e reinserção do indivíduo na sociedade. Ressaltou, ainda, que a obtenção de perfil genético do condenado não integra o rol do artigo 3º, IV da Lei nº 12.037/09, que apenas discorre sobre a fase investigatória, não se tratando, portanto, de modalidade de identificação criminal.

Ante a apresentação dos pareceres acima delineados, a 2ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais conheceu e deu provimento ao recurso da acusação, a fim de determinar a coleta de material genético do condenado. No conteúdo do acórdão, ressalta a dupla finalidade da Lei nº 12.654/12, como meio de identificação criminal e instrumento probatório, sendo vedado que as informações genéticas revelem traços somáticos ou comportamentais dos indivíduos.

Inconformada com a decisão proferida em segunda instância, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, após alguns trâmites processuais que não merecem aprofundamento neste momento por serem peculiares ao caso, interpôs Recurso Extraordinário, devidamente conhecido.

Em acórdão, o Supremo Tribunal Federal conferiu Repercussão Geral ao Recurso Extraordinário nº 973.837, delineando o objeto da discussão: limites do Estado na coleta de material biológico de suspeitos ou condenados, na apuração de perfis genéticos, no armazenamento em banco de dados e no uso dessas informações. Estipulou como parâmetro do controle difuso de constitucionalidade do artigo 9º-A da Lei nº 7.210/84, a prerrogativa de não se auto incriminar, acompanhada dos direitos da personalidade.

Em decisão monocrática, o Relator encaminhou ofício ao Instituto Nacional de Criminalística, chamado a responder quinze questionamentos⁸⁹, a fim

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 973837**. Wilson Carmindo da Silva e Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 3 nov. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11983654&prcID=4991018&ad=s#>>. Acesso em: 30 out. 2018: "1. Como é feita a coleta do material biológico de pessoas vivas? Existe um procedimento uniforme em todas as unidades envolvidas? 2. Em caso de recusa física do examinado, qual o procedimento? 3. É tecnicamente possível a extração do material biológico em caso de resistência? 4. Como é feita a coleta de material biológico encontrado em vestígios criminais encontrados em investigações? 5. O que é perfil genético? Como ele é extraído do material biológico? 6. É possível extrair características do indivíduo com base em seu perfil genético? Há correlação entre informações do perfil e raça, doenças, ou outras características somáticas? 7. Há expectativa de que a evolução da tecnologia permita inferir características adicionais do perfil genético? 8. É possível traçar relações de filiação e parentesco entre os perfis? 9. Como é feito o armazenamento dos perfis genéticos? 10. Como são organizadas as informações nos bancos de dados de perfis genéticos? 11. Quais informações pessoais são associadas aos perfis genéticos? 12.

de aclarar os pressupostos e as peculiaridades da temática. Dentre as respostas apresentadas, discorrer-se-á, a seguir, sobre aquelas que melhor incrementam o estudo aqui desenvolvido.

Questionado sobre o procedimento de coleta do material biológico de pessoas vivas, o Instituto destacou que o método padrão é o esfregaço na mucosa bucal com “suabe” (instrumento semelhante a um cotonete) para coleta de células. O procedimento, publicado em 2013 pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça e Cidadania, foi incorporado pelo Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, através da Resolução nº 3, publicada no Diário Oficial da União, em 14 de maio de 2014.

Outro aspecto importante da coleta, abordado em resposta ao Ofício, é a consequência da recusa física do examinado. É indicado o artigo 8º da Resolução acima mencionada, segundo o qual, havendo recusa, o material biológico não é coletado e o fato é consignado em documento próprio, assinado por responsável e uma testemunha, sendo comunicada a autoridade judiciária competente.

O Instituto delinea algumas alternativas que possibilitariam a extração de material genético apesar da recusa, desde que sob a supervisão de perito criminal experiente na manutenção da integridade da amostra. Como métodos subsidiários indica a utilização de material coletado em exame de saúde do indivíduo sob custódia ou objeto pessoal utilizado em ambiente isolado e controlado ou ainda oriundo de busca e apreensão (com prévia decisão judicial).

Ademais, discorre sobre o que pode ser considerado *perfil genético* no âmbito da genética forense. Coletado o material biológico, é selecionada a região não-codificante do DNA, chamada de *microssatélite*, que cumpre a finalidade precípua de identificação genética. O perfil genético, portanto, não contém traços de personalidade ou informações inatas à saúde e à intimidade do examinado.

A colaboração do Instituto elucidou algumas questões antes nebulosas e incongruentes que permeavam a coleta de material genético, permitindo ao Poder Judiciário conhecer a prática forense.

Oportunizando a participação de representantes de diferentes searas da comunidade no debate, foi realizada uma Audiência Pública. Dentre os expositores, pode-se mencionar o perito criminal do *Federal Bureau Investigation* (FBI) dos Estados Unidos da América, o perito do Departamento Federal da Polícia Criminal Alemã, alguns peritos criminais brasileiros, o representante do Ministério da Justiça (Departamento da Força Nacional), bem como pesquisadores e profissionais de renome no âmbito jurídico.

Com a finalidade de esclarecer a temática sob óticas variadas, também houveram pedidos de habilitação para atuação como *amicus curiae*, na forma do artigo 138 do CPC, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda e a repercussão social da controvérsia. Destaca-se a participação de: Academia Brasileira de Ciências Forenses, Clínica de Direitos Humanos/ Biotecjus (CDH/UFPR) e Núcleo de Prática Jurídica da UFPR, Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio e Janeiro (ITS RIO), Advocacia Geral da União, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep), Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo.

Primando pela constitucionalidade da Lei nº 12.654/12, a Academia Brasileira de Ciências Forenses apresenta dois argumentos que lhe são favoráveis. Afirma que a identificação por DNA é análoga à identificação por impressão digital, indiscutivelmente aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, que complementa a identificação civil do indivíduo. Outro ponto abordado é o caráter passivo e não invasivo da coleta de material biológico, alocado no *Combined DNA Index System* (CODIS), software que conecta informações a nível local, estadual e nacional.

O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) também argumenta em favor da coleta de material genético, estipulando algumas ressalvas. Em especial, considerando que a condenação criminal não pode suprimir a capacidade decisória do indivíduo sobre intervenções em seu próprio corpo, defende sua autonomia volitiva efetivada através do expresse consentimento para a realização do exame.

O Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS) discorre sobre a natureza do dado genético, que pode ser categorizado como dado pessoal sensível, nos termos do artigo 3º, §3º, II da Lei nº 12.414/11. Ressalta a necessidade de vigilância e controle de destinação, em vista do alto potencial

discriminatório e estigmatizante. Aloca sobre o Estado e a autoridade responsável pela coleta o dever de garantir a proteção do material biológico, evitando sua utilização indevida e o acesso por pessoas não autorizadas.

Em sua petição, o ITS enaltece o direito à privacidade do titular das informações genéticas, cuja tutela é deixada ao alvedrio dos agentes estatais, por ausência de diploma legal que regule o tema. Postulando pela concretização do direito, defende que o parecer que advém do exame deve conter informações amplas e específicas, pelo que destaca: finalidades, riscos, utilização, possíveis consequências do exame, tempo de conservação, método de acesso e procedimento recursal.

As leis de proteção a dados pessoais devem fixar garantias aos examinados, como o direito de acesso às informações, de retificação e exclusão de dados. Também é essencial que as obrigações destinadas ao tratamento de perfis genéticos sejam claras, com indicação de técnicas organizativas e de descarte. Não obstante, a Lei nº 12.654/12 nada dispõe sobre a retificação e contém abordagem superficial sobre o acesso ao banco de dados, apenas fixando como requisito a necessidade de autorização judicial, nada mencionando sobre os métodos de organização e descarte do material biológico. Sobre a retirada do perfil genético, somente indica a necessidade de observar o prazo prescricional do delito.

A Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep), em seu parecer, ressalta a generalidade da lei, que não prevê parâmetros para a extração e manutenção do material genético. Faz uso de expressão ampla, no caso do investigado, ao fixar como requisito ao exame que a coleta seja *essencial às investigações policiais*. Nesse sentido, enumera algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que tendem a prestigiar o princípio que veda a autoincriminação.

Em seu parecer, a Associação ainda discorre sobre a desproporcionalidade da medida, adentrando nos três aspectos do princípio da proporcionalidade: idoneidade/adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Caso a finalidade seja a identificação criminal, a condenação pressupõe que o sujeito já tenha sido identificado criminalmente; caso a finalidade seja probatória, a Lei nº 12.654/12 não requer a existência de outro caso penal ou investigação criminal que justifique a coleta. Em segundo lugar, a medida é genérica e não decorre de uma necessidade específica e concreta, o que impossibilita a

mensuração da proporcionalidade em sentido estrito, em um terceiro momento, por não existirem parâmetros concretos, não é possível averiguar se é justificável a intervenção coercitiva.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) também se manifesta sobre o tema em seus memoriais, inovando na argumentação ao destacar que, a partir do princípio constitucional da ampla defesa, cabe apenas ao réu definir suas estratégias defensivas. Nenhuma medida pode lhe ser imposta sob a alegação de que poderá trazer algum benefício futuro. Nessa esteira de raciocínio, a coleta de material genético deve ser precedida do consentimento esclarecido do condenado.

Voltando os olhos para a análise efetuada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, destaca que a Lei nº 12.654/12 encontra fundamento na noção de “perigo abstrato”, ao justificar criação de bancos de dados na mera possibilidade de reincidência delitiva pela pessoa condenada.

Os memoriais da Clínica de Direitos Humanos complementam os pareceres supramencionados, expondo a ausência de clareza e precisão da legislação analisada, em afronta ao princípio da proporcionalidade. Adentrando na temática do direito de não autoincriminação, ressalta o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, em situações análogas, como o direito ao silêncio⁹⁰ e a colaboração na produção de padrões grafotécnicos e vocais⁹¹. Nas

⁹⁰ HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. NULIDADE. CONSTATAÇÃO. INOBSERVÂNCIA AO DIREITO AO SILÊNCIO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. USO INDEVIDO DE UNIFORME MILITAR. ORDEM CONCEDIDA I – É jurisprudência pacífica no Supremo Tribunal Federal a possibilidade do investigado ou acusado permanecer em silêncio, evitando-se a auto-incriminação. II – O depoimento da paciente, ouvida como testemunha na fase inquisitorial, foi colhido sem a observância do seu direito de permanecer em silêncio. II – Ordem concedida. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ementa do acórdão de decisão que concedeu ordem de habeas corpus para declarar a nulidade do processo a partir da inquirição da paciente.** Habeas Corpus nº 136331. Defensor Público-Geral Federal e Janaina Barreto dos Santos. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 13 de junho de 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SIL%CANCIO+NEMO+TENETUR+SE+DETEGERE%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y6vgwfpu>>. Acesso em: 12 nov. 2018.)

⁹¹ “HABEAS CORPUS” - DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE AFASTA, NO CASO, A RESTRIÇÃO SUMULAR - RETARDAMENTO EXCESSIVO (UM ANO E 2 MESES) DO JULGAMENTO, PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DO MÉRITO DO “WRIT” LÁ IMPETRADO - PRISÃO CAUTELAR DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO CRIME E NA RECUSA DA PACIENTE EM RESPONDER AO INTERROGATÓRIO JUDICIAL A QUE FOI SUBMETIDA - INCOMPATIBILIDADE DESSES FUNDAMENTOS COM OS CRITÉRIOS FIRMADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - DIREITO DO INDICIADO/RÉU AO SILÊNCIO - DIREITO, QUE TAMBÉM LHE ASSISTE, DE NÃO SER CONSTRANGIDO A PRODUZIR PROVAS CONTRA SI PRÓPRIO - DECISÃO QUE, AO DESRESPEITAR ESSA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL, DECRETA A PRISÃO PREVENTIVA

palavras do *amicus curiae*, "considerando os reiterados precedentes judiciais em afirmação ao direito de não autoincriminação, revela-se uma posição histórica que privilegia a sua proteção em detrimento dos interesses públicos."⁹²

Delineia dois requisitos para que haja restrição ao *nemo tenetur se detegere*: princípio da taxatividade legal – indicação dos delitos autorizadores da coleta de DNA, com critérios objetivos, coerentes e justificáveis – e apreciação judicial da proporcionalidade.

DA ACUSADA - INADMISSIBILIDADE - NECESSIDADE DE RESPEITO E OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE MAGISTRADOS, TRIBUNAIS E ÓRGÃOS DE PERSECUÇÃO PENAL, DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ASSEGURADOS A QUALQUER INVESTIGADO, INDICIADO OU RÉU - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO DE OFÍCIO. ABRANGÊNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW", QUE COMPREENDE, DENTRE AS DIVERSAS PRERROGATIVAS DE ORDEM JURÍDICA QUE A COMPÕEM, O DIREITO CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO. - A garantia constitucional do "due process of law" abrange, em seu conteúdo material, elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: [...] (m) direito de não se autoincriminar nem de ser constrangido a produzir provas contra si próprio (HC 69.026/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - HC 83.096/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE - HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). ALCANCE E CONTEÚDO DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO. - A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente quando se tratar de pessoa exposta a atos de persecução penal. O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus, como se culpados fossem, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806) - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512), em face da cláusula que lhes garante, constitucionalmente, a prerrogativa contra a autoincriminação. Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Precedentes. - A invocação da prerrogativa contra a autoincriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza eminentemente constitucional, a adoção de medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a "persecutio criminis" nem justifica, por igual motivo, a decretação de sua prisão cautelar. - O exercício do direito ao silêncio, que se revela insuscetível de qualquer censura policial e/ou judicial, não pode ser desrespeitado nem desconsiderado pelos órgãos e agentes da persecução penal, porque a prática concreta dessa prerrogativa constitucional - além de não importar em confissão - jamais poderá ser interpretada em prejuízo da defesa. Precedentes. [...]". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ementa do acórdão de decisão que concedeu ordem de habeas corpus**. Habeas Corpus nº 99289. Marcelo Mayora e outro e Maria Aparecida Dambrós de Castilhos. Relator: Ministro Celso de Mello. 23 de junho de 2009. Disponível em: <

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PADR%C3O+GR%C1FICO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybkv82pq>. Acesso em: 12 nov. 2018.)

⁹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 14320/2018**. Grifo no original, p. 157. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=726317153&prclID=4991018#>>
Acesso em: 3 nov. 2018.

Em análise à constitucionalidade da coleta de DNA, também destaca o parecer do Tribunal Constitucional Alemão sobre o direito à autodeterminação informativa, que confere ao indivíduo controle e proteção de seus dados pessoais, bem como o poder de decisão sobre a exposição de informações. Não os caracteriza como direitos absolutos, mas aclara que eventuais restrições dependem da existência de fundamentação legal e observância ao princípio da proporcionalidade, devendo haver previsão expressa da hipótese que justifica a exclusão da amostra.

Também é essencial a autorização judicial motivada que discorra sobre a razão da coleta, sua finalidade, o porquê de se ter considerado aquele delito grave, a utilização de dados e suas possíveis consequências, tempo e modo de conservação, além do instrumento recursal.

Concluindo seu parecer, a CDH propõe garantias concretas e eficazes a serem aplicadas, desde a coleta do material genético até o acesso ao banco de dados. Na fase de coleta, deve-se observar o direito ao consentimento livre e esclarecido, direito de oposição previsto em lei, autodeterminação corporal e intervenção mínima, direito à informação – verbal e por formulário de consentimento informado –, direito ao acompanhamento de advogado, previsão legal taxativa dos delitos autorizadores, apreciação judicial motivada de proporcionalidade, supervisão de autoridade que mantenha independência com a polícia, regulamentação de toda a cadeia de custódia, comissão de supervisão independente e autônoma.

A segunda fase é de análise, processamento e interpretação, sendo essencial a proibição expressa de outros usos do DNA, bem como a obrigatoriedade de coleta do material genético de funcionários e policiais que promovem o exame, objetivando evitar e reduzir o grau de contaminação das amostras.

A terceira fase é de armazenamento em “(bio)bancos” de dados, que deve obedecer as seguintes garantias: anonimização de dados e amostras, armazenamento de vestígios, exclusão automática de dados do indivíduo absolvido ou que tenha o inquérito arquivado, fixação de prazo para exclusão automática dos dados de pessoas condenadas, previsão de descarte adequado do material biológico, garantias e instrumentos de segurança.

A quarta e última fase é a valoração do laudo pericial no âmbito processual penal, em que os agentes públicos devem se submeter a treinamento sobre como valorar a prova de DNA. O laudo pericial deve ser detalhado, preciso e

fundamentado, possibilitando ao magistrado compreender as técnicas que o compõem, devendo ainda ser corroborado por outros meios probatórios, sendo permitida à defesa a produção de contraprovas.

6. Considerações finais

O *nemo tenetur se detegere* tem patamar constitucional, por interpretação sistemática e ampliativa do artigo 5º, LXIII da Constituição Federal de 1988, que insere no rol de direitos fundamentais o direito ao silêncio. Também integra o ordenamento jurídico atual pela cláusula de abertura constante do parágrafo segundo do artigo 5º supramencionado, mediante a incorporação de diplomas de direitos humanos, com observância obrigatória determinada pelo Direito Constitucional Internacional, que promove a correlação entre interesses supra estatais e aqueles sob o resguardo da soberania estatal.

Em sua natureza de direito fundamental, há que ressaltar que também pode ser caracterizado como princípio-garantia, uma vez que deve ser aplicado sob a ótica do mandado de otimização, na maior medida possível em dada hipótese concreta, e objetiva garantir a tutela de outros bens jurídicos, com patamar constitucional, como a liberdade, a integridade física e psíquica, a intimidade e a saúde.

Influenciado pelos ideais iluministas e pela Revolução Francesa, o direito de não autoincriminação integra a primeira dimensão de direitos fundamentais e atribui ao indivíduo a condição de sujeito de direitos, possibilitando-lhe refrear a intervenção do Estado em sua personalidade. Aufere-lhe autonomia determinativa perante a atuação do ente público, ao qual é vedado ignorar os interesses dos indivíduos sob a justificativa do melhor interesse estatal.

Essa previsão ganha força, no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, que consolida a redemocratização do país em superação ao período ditatorial, com imensuráveis reflexos sobre o tratamento dispensado aos investigados e condenados em âmbito processual penal. O sistema inquisitorial, característico do momento histórico precedente, impingia ao indivíduo o caráter de objeto da prova, submetendo-o a ingerências físicas e psíquicas coercitivas, suprimindo sua liberdade de escolha em face do suposto interesse da coletividade.

Com o Estado de Direito, alterações significativas são aperfeiçoadas no momento da investigação e no tratamento dispensado ao inculcado no curso do processo penal. Consolidam-se direitos a serem resguardados pelo Estado, de modo que o indivíduo passa a ocupar um patamar de igualdade com a acusação, na qualidade de sujeito de direitos.

O ônus probatório recai sobre a acusação e é resguardado ao homem o direito de não autoincriminação, de não ser obrigado a contribuir na produção de prova que possa trazer-lhe consequências desfavoráveis.

Diante da sistemática do ordenamento jurídico atual, surge a necessidade de discutir a amplitude do *nemo tenetur se detegere*, o que se propôs o presente trabalho. A Lei nº 12.654 de 2012 inovou ao regulamentar a coleta de material genético do investigado e do condenado por crime hediondo ou praticado dolosamente com violência de natureza grave, para compor banco de dados, com intersecção local, regional e nacional.

Em um primeiro momento, cumpre ressaltar que a coleta assume duas funções: identificação criminal e método probatório. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVIII, delimitou a autossuficiência da identificação civil, atribuindo à identificação criminal caráter residual, que depende de previsão legal, em observância ao princípio da legalidade e à reserva legal.

A primeira alteração, portanto, recai sobre a Lei nº 12.037/09, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado. Acresceu aos métodos datiloscópico e fotográfico a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético, quando essencial à fase investigatória, desde que seja precedida de despacho da autoridade judiciária competente – de ofício ou mediante representação.

No âmbito probatório, existem duas espécies de colaboração do indivíduo na produção de prova, a ativa e a passiva. A primeira depende de expresse consentimento do indivíduo, uma vez que depende de conduta comissiva e, portanto, não pode lhe ser imposta, sob pena de afronta a preceitos constitucionais. A segunda pressupõe a tolerância e a inércia do indivíduo, mediante conduta omissiva na produção de prova. Apesar da existência de debates doutrinários sobre o tema, entende-se que, pela lógica do sistema, a coleta de material genético integra a segunda categoria.

Outra distinção a ser efetuada é o método utilizado na produção da prova, que pode ser invasivo ou não invasivo. A diferença recai sobre a necessidade de ingerência na personalidade do indivíduo, havendo discussão doutrinária a respeito de em qual categoria se insere a coleta de material genético. No presente trabalho, adota-se o entendimento de que a prova é invasiva, uma vez que o procedimento

padrão, que envolve a coleta de saliva, depende de acesso à parte interna da mucosa bucal.

Delineada a natureza da coleta de material genético, como ato de colaboração passiva por método invasivo, importante averiguar sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988.

Os perfis genéticos coletados em fase investigatória objetivam, para além da identificação criminal do indivíduo, tornar disponível novo método de prova que permita precisar quem é o autor do delito. Ressalte-se que, após a coleta, o material passa a compor banco de dados genético durante todo o prazo prescricional da infração, com vistas a facilitar a produção probatória em apuração delitiva futura.

A *novel* legislação ainda alterou a Lei nº 7210/84, introduzindo a obrigatoriedade da coleta de material genético no caso do condenado por crime hediondo ou de natureza grave. O perfil genético é armazenado em banco de dados sigiloso, que pode ser acessado por autoridade policial (federal ou estadual), mediante autorização judicial, havendo inquérito instaurado.

Conforme detida análise em capítulos anteriores, foram constatados alguns aspectos da Lei nº 12.654/12 que são incompatíveis com preceitos constitucionais, notadamente com o direito de não autoincriminação.

Para uma melhor elucidação, os principais pontos controversos são: previsão genérica e ampla: “identificação criminal for *essencial* às investigações policiais” e “crime praticado, dolosamente, com violência de *natureza grave* contra pessoa”; no caso do apenado, não aponta como requisito a existência de decisão judicial; a exclusão dos perfis genéticos está limitada ao prazo prescricional do delito; ausência de previsão legal sobre as consequências da recusa; ausência de indicação taxativa dos crimes que justificam a coleta; ausência de previsão sobre o armazenamento de dados pessoais, técnicas organizativas e de descarte; ausência de regulamentação sobre os direitos do examinado: autodeterminação informacional, privacidade, consentimento livre e esclarecido, acesso/ retificação/ exclusão de dados.

A Lei nº 12.654/12 regulamenta o tema de modo superficial, sem adentrar nas especificidades técnicas e jurídicas inerentes à coleta de material biológico e ao armazenamento de perfis genéticos em bancos de dados. A lei que restringe um direito fundamental deve ser clara e precisa, estipulando, inclusive, os parâmetros de sua aplicação no caso concreto.

Ao dispor sobre a obrigatoriedade da coleta em face do condenado por crime hediondo ou praticado com violência de natureza grave, afronta o princípio da judicialidade. Considerando a amplitude da expressão *natureza grave*, competiria à autoridade judiciária promover a análise do caso concreto e averiguar a proporcionalidade da medida, indicando as razões que permitem detectar a gravidade ou não do delito, mediante decisão motivada.

Em sua amplitude, ainda possibilita que a coleta ocorra em ocasiões imprevisíveis. A ausência de proporcionalidade é averiguada a partir dos três elementos que a compõem: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Embora a medida seja adequada a propiciar a finalidade pretendida nos planos qualitativo e quantitativo – a coleta é idônea e tolerável –, não respeita o plano subjetivo, considerando sua imprecisão. A legislação não prevê quem poderá se submeter ao exame, de forma clara e ausente de dúvidas. Deixa ao arbítrio da autoridade estatal averiguar a essencialidade da medida ou a natureza grave do delito.

Em se tratando da necessidade da medida, constata-se que a identificação civil é suficiente e a identificação criminal pode ser efetivada por datiloscopia ou método fotográfico. Apenas quando se mostrarem inaptos a garantir os resultados pretendidos é que se deveria proceder à coleta de material genético. Ocorre que, no aspecto probatório, a medida é genérica e não decorre de uma necessidade específica e concreta, impossibilitando a averiguação da *ultima ratio*. Nesse sentido, por ausência de parâmetros no caso concreto, a razoabilidade da medida não pode ser mensurada.

A Lei nº 12.654/12 restringiu o direito fundamental de não autoincriminação de forma imprecisa e insuficiente, mostrando-se incompatível com a Constituição Federal de 1988. Constata-se, portanto, que a coleta de material genético somente poderá ser implantada no Brasil através de legislação que mantenha observância com os princípios constitucionais da legalidade, judicialidade e proporcionalidade, permitindo compatibilizar os interesses do indivíduo com os interesses de toda uma coletividade.

Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirme. **A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Ed. del Rey, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3ª edição – 3ª Tiragem, CL EDIJUR – Leme/SP – Edição 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BRASIL. Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 mar. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D7950.htm> Acesso em: 14 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. Dispões sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1º out. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm> Acesso em: 11 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 mai. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm> Acesso em: 11 nov. 2018.

BRASIL. Resolução nº 3, de 26 de março de 2014. Dispõe sobre a padronização de procedimentos relativos à coleta compulsória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. In.: **Diário Oficial da União**, 14 mai. 2014. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_25511793_RESOLUCAO_N_3_DE_26_DE_MARCO_D E_2014.aspx> Acesso em: 14 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão Monocrática do HABEAS CORPUS Nº 407.627 - MG (2017/0167688-6)**. Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais por Igor Alessandro de Sena Costa e Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Felix Fischer. 17 jul. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=74629748&num_registro=201701676886&data=20170803&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 29. out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ementa do acórdão de decisão que concedeu ordem de habeas corpus**. Habeas Corpus nº 99289. Marcelo Mayora e outro e Maria Aparecida Dambrós de Castilhos. Relator: Ministro Celso de Mello. 23 de junho de 2009. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PADR%C3O+GR%C1FICO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybkv82pq>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ementa do acórdão de decisão que concedeu ordem de habeas corpus para declarar a nulidade do processo a partir da inquirição da paciente**. Habeas Corpus nº 136331. Defensor Público-Geral Federal e Janaina Barreto dos Santos. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 13 de junho de 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SIL%CANCIO+NEMO+TENETUR+SE+DETEGERE%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y6vgwfp>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 973837**. Wilson Carmindo da Silva e Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4991018>>. Acesso em: 30 out. 2018.

DIAS, Êuler da Veiga. **Identificação civil e identificação criminal**: os reflexos da aplicabilidade do inciso LVIII do art. 5º da Constituição Federal na Sociedade Brasileira. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4362/1/arquivo5540_1.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**; trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 26 janeiro. 2010. Acesso em 26 nov. 2017.

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

LOPES Jr., Aury. **Lei 12654/2012**: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo (Nemo tenetur se detegere)? Boletim IBCCRIM, ano 20, n 236, Julho/2012.

MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo**: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

NICOLITT, André. **Banco de dados de perfis genéticos (DNA)**. As inconstitucionalidades de Lei 12.654/2012. Boletim IBCCRIM, ano 21, n 245, Abril/2013.

PEREIRA, Antônio Tadeu Nicoletti. **A identificação civil e sua inter-relação com a identificação criminal**. Disponível em: <http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/ident_civil_criminal.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (E-BOOK).

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?** Boletim IBCCRIM, ano 21, n 250, Setembro/2013.

RUIZ, Thiago. **Banco de dados de perfis genéticos e identificação criminal**: breve análise da Lei 12.654/2012. Boletim IBCCRIM, n 243, Fevereiro/2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.