

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR “JACY DE ASSIS”

CAROLINE OLIVEIRA MORGADO

**COLETA DE MATERIAL GENÉTICO COMO FORMA DE
IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL:**

Lei 12.654/12 e o Princípio *Nemo Tenetur se Detegere*

Uberlândia – MG

2018

CAROLINE OLIVEIRA MORGADO

**COLETA DE MATERIAL GENÉTICO COMO FORMA DE
IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL:**

Lei 12.654/12 e o Princípio *Nemo Tenetur se Detegere*

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Simone Silva Prudêncio

Uberlândia – MG

2018

CAROLINE OLIVEIRA MORGADO

**COLETA DE MATERIAL GENÉTICO COMO FORMA DE
IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL:**

Lei 12.654/12 e o Princípio *Nemo Tenetur se Detegere*

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Simone Silva Prudêncio

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a. Simone Silva Prudêncio

Examinador (a)

Examinador (a)

Uberlândia – MG

2018

RESUMO

O presente trabalho discute a Lei 12.654/12 frente ao princípio do *nemo tenetur se detegere*. Para tanto, realiza-se um estudo do referido princípio, assim como dos demais princípios processuais penais, de modo a verificar a incidência destes no ordenamento brasileiro. Além disso, efetua-se um exame da produção de provas no processo penal, a fim de compreender os meios de prova admitidos no ordenamento brasileiro e as decorrências da aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere* nas provas que dependem de colaboração do acusado para a sua produção, hipótese prevista pela Lei 12.654/12, publicada em 29 de maio de 2012. Por fim, realiza-se uma análise minuciosa da Lei 12.654/12, das alterações por ela trazidas, do funcionamento do banco de dados de perfil genético e dos resultados obtidos com a implantação do referido banco de dados ao ordenamento brasileiro, o que possibilita a propositura de críticas à referida lei, diante da inobservância de seu texto legal a direitos individuais de hierarquia constitucional.

Palavras-chave: identificação criminal; perfis genéticos; *nemo tenetur se detegere*; vedação a autoincriminação; lei 12.654/12.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 PRINCÍPIO DO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>	8
1.1 Conceito.....	8
1.2 Evolução Histórica.....	9
1.3 Princípio do <i>Nemo Tenetur Se Detegere</i> como direito fundamental	10
1.4 <i>Nemo Tenetur Se Detegere</i> nos diplomas internacionais	12
<i>1.4.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos.....</i>	<i>12</i>
<i>1.4.2 Convenção Europeia de Direitos Humanos</i>	<i>12</i>
<i>1.4.3 Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos</i>	<i>12</i>
<i>1.4.4 Pacto São José Costa Rica</i>	<i>13</i>
1.5 <i>Nemo Tenetur Se Detegere</i> no ordenamento brasileiro	13
2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	15
2.1 Princípio da Presunção de Inocência.....	15
2.2 Princípio da Não Autoincriminação.....	16
2.3 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa	17
2.4 Princípio do Devido Processo Legal	19
2.5 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	20
2.6 Princípio da Proporcionalidade	21
3 PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO PENAL	24
3.1 Ônus da Prova.....	25
3.2 Meios de Prova.....	25

3.3 Provas Ilícitas	27
3.4 Provas que dependem da colaboração do acusado para sua produção: provas invasivas e não invasivas	29
<i>3.4.1 Decorrências da aplicação do princípio do nemo tenetur se detegere nas provas que dependem de colaboração do acusado para sua produção</i>	<i>33</i>
<i>3.4.1.1 Inexistência do Dever de Colaboração do Acusado</i>	<i>34</i>
<i>3.4.1.1.1 Exceções à inexistência do dever de colaborar: o princípio da proporcionalidade</i>	<i>36</i>
<i>3.4.1.2 Impossibilidade da Extração de Consequências da Recusa do Acusado em Colaborar</i>	<i>39</i>
<i>3.4.1.3 Inexistência do Dever de Comparecimento</i>	<i>40</i>
4 LEI 12.654/2012 – COLETA DE MATERIAL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL	41
4.1 Advento e conteúdo da Lei 12.654/12	41
4.2 Lei 12.037/09 (Lei de Identificação Criminal)	41
<i>4.2.1 Identificação Criminal</i>	<i>42</i>
<i>4.2.2 Alterações feitas na Lei 12.037/09</i>	<i>43</i>
4.3 Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal)	46
<i>4.3.1 Alterações Feitas na Lei 7.210/84</i>	<i>46</i>
4.4 Banco de Dados	49
4.5 Dados da Implantação da Lei 12.654/12 no Brasil	51
4.6 Críticas à Lei 12.654/12	53
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

A necessidade de diferenciar pessoas e objetos é intrínseca ao surgimento da sociedade. Ao longo dos anos, os processos de identificação, utilizados nessa diferenciação, sofreram aprimoramentos, de modo a acompanhar a evolução social.

Inicialmente a identificação foi utilizada para definir a posse, e era aplicada apenas para objetos. No entanto, posteriormente foi abrangida aos animais e também escravos, que passaram a ter alguma marca que identificava que eles pertenciam ao seu dono.

Entretanto, com o passar dos anos, foi necessário estender a identificação ao homem e até os dias atuais essa identificação é feita. Cumpre esclarecer que para que haja identificação, seja ela civil ou criminal, dos indivíduos, estes devem se submeter a algum método previsto pelo ordenamento jurídico.

Os métodos de identificação, conforme já mencionado, foram aprimorados e modernizados ao longo dos anos e, atualmente, existe a possibilidade desta identificação ocorrer por meio da impressão digital, ou ainda, através da coleta de material genético.

Foi a Lei 12.654/12 que trouxe ao ordenamento jurídico a possibilidade de coleta de material genético como forma de identificação em duas situações, quais sejam: na identificação criminal, disciplinada pela Lei 12.037/09 (Lei de Identificação Criminal), e na execução penal por crimes hediondos ou crimes violentos, disciplinados pela Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal - LEP).

Na primeira situação, a coleta de material genético poderá ocorrer quando for essencial às investigações, sendo que neste caso deverá ser determinada pelo juiz. Já a segunda situação, a coleta ocorrerá como consequência automática da condenação.

Ao criar a coleta compulsória de material biológico a Lei 12.654/2012 ganhou repercussão perante doutrinadores, que questionam a constitucionalidade da referida lei frente a direitos individuais previstos em nossa Constituição Federal.

Diante desse cenário, o presente trabalho visa discutir a Lei 12.654/2012 frente ao princípio do *nemo tenetur se detegere* (princípio da não

autoincriminação), buscando fornecer uma visão geral do referido princípio, e ainda, esclarecer o conteúdo da lei em questão, demonstrando, os reflexos trazidos ao sistema jurídico com sua implantação, objetivando, ao final do trabalho, responder a seguinte pergunta: a Lei 12.654/12 fere o princípio do *nemo tenetur se detegere*?

Para tanto, no primeiro capítulo será aprofundado o estudo do princípio do *nemo tenetur se detegere*, passando pela sua conceituação, evolução histórica, classificação como direito fundamental e sua regulação em diplomas internacionais e nacionais.

Já no segundo capítulo será delineada uma visão geral dos princípios formadores do processo penal que poderão ser utilizados, juntamente com o *nemo tenetur se detegere*, para a discussão da Lei 12.654/12.

O terceiro capítulo, por sua vez, irá desenvolver matérias relacionadas à prova no processo penal, passando pelo ônus da prova, meios de prova, provas ilícitas e, ainda, as decorrências da aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere* nas provas penais, sob o enfoque da inexistência do dever de colaborar, princípio da proporcionalidade, impossibilidade de extração de consequências da recusa do acusado em colaborar e a inexistência do dever de comparecimento.

Por fim, o quarto capítulo irá tratar da Lei 12.654/12. Além de especificar as alterações por ela trazidas, o capítulo também irá esclarecer o funcionamento dos bancos de dados de perfis genéticos, demonstrar os resultados da implantação da referida lei no ordenamento pátrio e finalmente, tecer críticas à mesma, as quais serão obtidas por meio da oposição da Lei 12.654/12 ao princípio do *nemo tenetur se detegere* e demais princípios processuais penais.

1 PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE

1.1 Conceito

“Literalmente, a expressão *nemo tenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a se descobrir. Entretanto, ao longo do tempo, a máxima assumiu vários significados”.¹

Atualmente, a manifestação mais tradicional do *nemo tenetur se detegere*, é o direito ao silêncio, que por vezes é tratado como sendo sinônimo do referido princípio. No entanto, tal equivalência corresponde a uma concepção restritiva do *nemo tenetur se detegere*, uma vez que o direito ao silêncio se apresenta apenas como uma de suas diversas decorrências e manifestações.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* consiste no direito à não autoincriminação, ou seja, o direito que o indivíduo possui de não produzir prova contra si mesmo. Ao assegurar ao sujeito o direito de recusar submeter-se a qualquer procedimento que possa vir a incriminá-lo, o referido princípio protege-o contra excessos que podem vir a ser praticados pelo Estado, incluindo eventuais coações físicas e morais que possam vir a ser utilizadas para compelir o acusado a cooperar.

Como aduz a doutrinadora Maria Elisabeth Queijo:

Modernamente, o princípio *nemo tenetur se detegere* assumiu caráter garantístico no processo penal, resguardando a liberdade moral do acusado para decidir, conscientemente, se coopera ou não com os órgãos de investigação e com a autoridade judiciária.²

Ao vedar a autoincriminação, o princípio em questão, assegura a liberdade moral do acusado, e ainda, preserva a sua liberdade de autodeterminação por conferir ao sujeito livre escolha de seu comportamento no curso do processo.

¹ QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. / Maria Elisabeth Queijo. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

² Idem, p. 50.

O princípio *nemo tenetur se detegere* poderá ser invocado sempre que houver a possibilidade de se auto incriminar, ou seja, sempre que o indivíduo estiver frente a um inquérito policial, processo penal, processo civil, processo administrativo ou comissão parlamentar de inquérito.

O direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) possui diversas manifestações, quais sejam: o direito ao silêncio, direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal, direito de não declarar contra si mesmo, direito de não confessar, direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros, direito de não apresentar provas que prejudique sua situação jurídica, direito de não produzir ou de não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo.³

1.2 Evolução Histórica

Há quem considere que o princípio *nemo tenetur se detegere* se insere entre as regras gerais de direito, sendo, portanto, impossível identificar o seu surgimento.

Nas civilizações clássicas, tanto na Grécia quanto na República Romana, o interrogatório era admitido como meio de prova. Por muitos anos a tortura para obtenção de confissão e delação de cúmplices foi utilizada. Diante desse cenário, afere-se que o princípio *nemo tenetur se detegere* ainda era desconhecido e que não tenha se originado nas civilizações clássicas.

Do mesmo modo, na Idade Média, o interrogatório era meio de prova, sendo a confissão a prova máxima. Nesse período, “a tendência era a busca de provas por meio do acusado ou com a sua cooperação. Nesse contexto, justificou-se o emprego da tortura, como meio de obtenção da confissão do

³ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 13 de outubro de 2018.

acusado”.⁴ Portanto, assim como nas civilizações clássicas, não havia lugar para o *nemo tenetur se detegere* na Idade Média.

Com o surgimento do Iluminismo, a tortura e o juramento imposto ao acusado foram combatidos. Concomitantemente, foram criadas as garantias penais e processuais penais, sendo uma delas o princípio *nemo tenetur se detegere*, relativo ao resguardo do acusado no interrogatório.

No entanto, “a construção teórica iluminista sobre o princípio *nemo tenetur se detegere* não foi pacífica, nem uniforme”.⁵ Enquanto alguns estudiosos da época defendiam a aplicação de pena ao acusado caso este se recusasse a responder ao interrogatório, por constituir ofensa à justiça, outros estudiosos, reconheciam o direito ao silêncio do acusado.

Com a maior proteção concedida ao indivíduo frente ao Estado, a coação deixou de ser utilizada contra o acusado no interrogatório. No entanto, ainda após a abolição da tortura extraíam-se consequências negativas do silêncio do condenado.

Com a evolução do princípio *nemo tenetur se detegere*, aos poucos, deixou de existir a presunção de culpabilidade do acusado que exercesse o seu direito ao silêncio.⁶

1.3 Princípio do *Nemo Tenetur Se Detegere* como direito fundamental

Quanto à definição de direitos fundamentais, Paulo Bonavides preleciona que “são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”.⁷ O referido autor apresenta critérios de duas ordens para a caracterização dos direitos fundamentais, quais sejam: formais e materiais.

⁴ QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. / Maria Elisabeth Queijo. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

⁵ *Ibidem*, p. 33.

⁶ *Ibidem*, p. 35.

⁷ Bonavides, Paulo. Curso de direito constitucional / Paulo Bonavides. – 31, ed., atual. – São Paulo: Malheiros, 2016, p. 514.

Para o autor, seriam direitos fundamentais pelo critério formal aqueles estabelecidos pela Constituição Federal do Estado, que recebem elevado grau de garantia ou segurança. Estes direitos, se não imutáveis, possuem sua alteração de difícil realização, “normalmente só por emenda à Constituição”.⁸ Conforme ressalta Maria Elisabeth Queijo, os direitos fundamentais podem vir a não admitir mitigação ou alteração, nem mesmo por emenda constitucional, se receberem o *status* de cláusula pétrea.⁹

Em contrapartida, no âmbito material, os direitos fundamentais seriam aqueles que variam de Estado para Estado, uma vez que eles se “diferem conforme valores consagrados na Constituição, a forma do Estado e a ideologia abraçada”.¹⁰

Tomando como base a conceituação feita por Paulo Bonavides e Maria Elisabeth Queijo, pode-se conceituar os direitos fundamentais como aqueles destinados à proteção da dignidade humana, a qual se projeta tanto em relação ao indivíduo, como também ao próprio Estado.

O princípio *nemo tenetur se detegere* tem sido considerado direito fundamental de primeira geração, por se inserir entre os direitos de liberdade, ao objetivar proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal. Estes direitos são de titularidade de cidadãos e são oponíveis ao Estado, que deverá abster-se de interferir nessa esfera do indivíduo.

Os direitos fundamentais não são e não podem vir a ser absolutos, isso porque, “pela necessidade de coexistência dos direitos entre si nos ordenamentos jurídicos, é praticamente inevitável o surgimento de restrições, mas, em se tratando de direitos fundamentais, deverão sempre ser reguladas por lei”.¹¹

⁸ QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. / Maria Elisabeth Queijo. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 74.

⁹ Idem.

¹⁰ Idem.

¹¹ Ibidem, p. 76.

Diante do exposto, verifica-se que possíveis restrições ao *nemo tenetur se detegere* possuirão caráter excepcional e deverão ser reguladas, exclusivamente, por lei. Importante salientar que estas restrições deverão atender ao princípio da proporcionalidade, devendo, desse modo observar a adequação, necessidade e razoabilidade da medida adotada.¹²

1.4 Nemo Tenetur Se Detegere nos diplomas internacionais

“Por se tratar de direito fundamental, o *nemo tenetur se detegere* foi reproduzido em diplomas que versam sobre direitos humanos”.¹³

1.4.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, embora tenha feito menção à presunção de inocência e tenha proibido o emprego de tortura, não faz menção expressa ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.¹⁴

1.4.2 Convenção Europeia de Direitos Humanos

Realizada em 1950, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, não mencionou em seu texto legal o princípio *nemo tenetur se detegere*, no entanto, acolheu a presunção de inocência e o princípio do contraditório.

1.4.3 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

O Pacto Internacional sobre Direito Civil e Políticos, adotado pela Assembleia Geral da Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, por sua

¹² QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. / Maria Elisabeth Queijo. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79.

¹³ Idem.

¹⁴ Ibidem, p. 49.

vez, mencionou expressamente o princípio *nemo tenetur se detegere* ao dispor em seu art. 14, inciso III, alínea g, que constitui direito de toda pessoa acusada por um delito, não ser obrigada a testemunhar contra si mesma ou ainda, confessar-se culpada.

1.4.4 Pacto São José Costa Rica

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, colocou o princípio *nemo tenetur se detegere* “entre as garantias mínimas a serem observadas em relação a toda pessoa acusada de um delito”.¹⁵ Em seu artigo 8º, §2º, alínea g, a convenção resguarda o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

1.5 *Nemo Tenetur Se Detegere* no ordenamento brasileiro

A Constituição Federal em seu art. 5º, LXIII e o Código de Processo Penal em seu art. 186, asseguram ao acusado o direito ao silêncio, que conforme já mencionado constitui uma das formas de manifestação do princípio *nemo tenetur se detegere*. No entanto, a Constituição Federal não menciona expressamente o referido princípio, que passa a buscar fundamentação para sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro nos tratados e convenções ratificados pelo Brasil e incorporados ao direito interno.

No ordenamento brasileiro, os tratados e convenções internacionais são incorporados após a subscrição destes pelo Presidente da República e aprovação pelo Congresso Nacional. A incorporação do tratado ou convenção ao direito interno é formalizada com o decreto legislativo expedido pelo Congresso Nacional.

¹⁵ QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. / Maria Elisabeth Queijo. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49.

Diante de tais informações, afere-se que o princípio do *nemo tenetur se detegere* foi acolhido, expressamente, no ordenamento brasileiro com a ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que ocorreu em 06 de julho de 1992 e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992.

Tanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos possuem, nos termos do art. 5º, §2º da Constituição Federal, hierarquia constitucional, visto que são tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes à Emenda Constitucional nº 45. Com isso, o princípio *nemo tenetur se detegere* apesar de não ser expressamente mencionado na Constituição Federal, passou a ter hierarquia constitucional.

Por ser um princípio que possui hierarquia constitucional, o *nemo tenetur se detegere* deve ser observado e respeitado no ordenamento brasileiro, não devendo ser reduzido ao direito ao silêncio, que conforme já mencionado constitui apenas uma das diversas decorrências do *nemo tenetur se detegere*, princípio amplo que garante ao acusado o direito de não se auto incriminar.

2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

2.1 Princípio da Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência foi consagrado pela primeira vez na Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Já no ordenamento brasileiro está expressamente previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, “sendo o princípio reitor do processo penal”.¹⁶

O princípio em questão estabelece que todo acusado será considerado inocente até que se comprove a sua culpa. Nesse sentido, busca reduzir, ao máximo, as medidas restritivas de liberdade durante o curso do processo.

Conforme defendido por Aury Lopes Júnior, a presunção de inocência cria um dever de tratamento que possui duas dimensões: a interna ao processo e a externa a ele.¹⁷

Na dimensão interna, a presunção de inocência cria regras de tratamento e de julgamento para o juiz, que deverá determinar que a carga probatória caiba ao acusador e deverá respeitar o *in dubio pro reo*, ou seja, na dúvida deverá absolver o réu.

Já na dimensão externa, a presunção de inocência é utilizada como limite à atuação midiática em torno do fato criminoso e do processo judicial, uma vez que “exige proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização do réu”.¹⁸

De acordo com Vegas Torres,¹⁹ o princípio da presunção de inocência se manifesta de três diferentes formas, quais sejam:

- a. é um princípio fundante sob o qual se constrói o processo penal garantista;

¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 14. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 95.

¹⁷ Ibidem, p. 96.

¹⁸ Ibidem, p. 97.

¹⁹ VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de Inocencia y Prueba em el Proceso Penal*. Editorial La Ley, Madrid (Espanha) 1993, p. 32.

- b. influencia no tratamento do imputado durante o processo penal, garantindo a ele a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;
- c. relaciona-se com o “juízo do fato que a sentença penal faz (...) vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação”.²⁰

Uma decorrência do princípio da presunção de inocência, é a impossibilidade de se obrigar o acusado a cooperar na investigação dos fatos. Nessa ótica, o *nemo tenetur se detegere* encaixa-se perfeitamente com o processo penal formado pelo princípio da presunção de inocência, no qual o acusado não é visto como objeto de prova.²¹

“Extraí-se, desse modo, também do princípio da presunção de inocência o direito à não autoincriminação, que é consubstanciado no *nemo tenetur se detegere*”.²²

Com isso, percebe-se que os princípios processuais penais são interligados entre si, uma vez que constantemente um decorre do outro. Nesse sentido, nota-se que esses princípios influenciam diretamente um ao outro.

2.2 Princípio da Não Autoincriminação

Conforme já mencionado, o princípio da não autoincriminação ou *nemo tenetur se detegere* consiste no direito que o acusado da prática de um ilícito penal possui de não produzir provas em seu desfavor.

Uma de suas manifestações, o direito ao silêncio, encontra respaldo tanto na Constituição Federal (art. 5º, LXIII), como no Código de Processo Penal (art. 186), motivo pelo qual maior parte da doutrina defende que o

²⁰ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 14. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 96.

²¹ QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. / Maria Elisabeth Queijo. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102.

²² Idem.

princípio da não autoincriminação também estaria positivado nos dispositivos supramencionados.

Independentemente de estar ou não positivado na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, o referido princípio, conforme já demonstrado, possui hierarquia constitucional devido à incorporação do Pacto Internacional sobre Direito Civil e Políticos e do Pacto São José da Costa Rica ao direito interno brasileiro.

O princípio da autoincriminação ou *nemo tenetur se detegere* é considerado um direito negativo, uma vez que consagra um direito de não fazer, de não colaborar ao acusado. Diante disso, deve o Estado abster-se de praticar conduta que venha a violar o direito conferido ao seu cidadão.

2.3 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa

Contraditório e ampla defesa são direitos assegurados pela Constituição Federal, em seu art. 5º, LV. Apesar de sempre serem mencionados juntamente, os princípios são institutos distintos no plano teórico. De acordo com Ada Pellegrini, “defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório”.²³

O contraditório consiste em um “método de confrontação da prova e comprovação da verdade”.²⁴ Ele possui ampla relação com o princípio do *audiatur et altera pars*, na medida em que obriga que a descrição dos fatos ocorridos seja feita tanto pela acusação (vítima), quanto pelos supostos infratores.

Pode-se afirmar que o contraditório será observado quando forem criadas condições ideais de fala e oitiva da outra parte, ainda que esta não queira utilizar tal faculdade, podendo, neste caso, invocar o seu direito ao

²³ PELLEGRINE GRINOVER, Ada; SCARANCE FERNANDES, Antônio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 2. Ed. São Paulo, Malheiros, 1992, p. 63.

²⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal / Aury Lopes Jr.* – 14. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 97.

silêncio, do qual não nascerá nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico.

Na concepção de alguns doutrinadores o contraditório deve ser visto em duas dimensões: como direito à informação (ao conhecimento) e como a efetiva e igualitária participação das partes no processo.²⁵

Já o direito a ampla defesa abrange a autodefesa e a defesa técnica.

A defesa técnica é aquela realizada por uma pessoa com conhecimento jurídico, ou seja, por um profissional do direito. Nos termos do art. 261 do Código de Processo Penal, a defesa técnica é considerada indisponível, na medida em que além de ser uma garantia do indivíduo, há um interesse coletivo na apuração verídica do fato. Além disso, o exercício da ampla defesa consiste em uma “verdadeira condição de paridade de armas, imprescindível para a concreta atuação do contraditório”.²⁶

A autodefesa, por sua vez, consiste na atuação pessoal do indivíduo que defende a si mesmo no curso do processo. Ela pode ou não ser exercida e se consubstancia em dois direitos: o direito de presença e o direito de audiência. O primeiro diz respeito à oportunidade do acusado se inteirar das provas e alegações já produzidas. Já o segundo, refere-se ao momento do interrogatório, quando o acusado poderá influir sobre o convencimento do julgador.

Nos termos de Aury Lopes Júnior, “a chamada defesa pessoal ou autodefesa manifesta-se de várias formas, mas encontra no interrogatório policial e judicial seu momento de maior relevância”.²⁷

Embora seja assegurada constitucionalmente, a autodefesa é renunciável, isto é, ela pode ser renunciada pelo sujeito passivo, no entanto, “é indispensável para o juiz, de modo que o órgão jurisdicional sempre deve conceder a oportunidade para que seja exercida, cabendo ao imputado decidir

²⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 14. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 99.

²⁶ Ibidem, p. 100.

²⁷ Ibidem, p. 101.

se aproveita a oportunidade para atuar seu direito de forma ativa ou omissiva”.²⁸

De acordo com Maria Elisabeth Queijo:

O direito ao silêncio, enumerado na Constituição Federal como direito de permanecer calado, é decorrência do princípio *nemo tenetur se detegere* e coloca-se na esfera da autodefesa. Além disso, o silêncio pode representar também uma estratégia da defesa. Mas o *nemo tenetur se detegere* não se esgota no direito ao silêncio. Compreende direito mais amplo, que é o de não se autoincriminar. A autodefesa abrange, assim, também o direito de recusa em colaborar na produção de provas que possam importar em autoincriminação.²⁹

2.4 Princípio do Devido Processo Legal

O devido processo legal, consagrado no art. 5º, LIV da Constituição Federal, é definido doutrinariamente como “conjunto de garantias constitucionais que, de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”.³⁰

Essas garantias não apenas protegem os direitos individuais das partes, mas também tutelam o próprio processo, que deverá ser realizado com observância efetiva de todas as garantias necessárias para que as partes possam exercer influência sobre o convencimento do juiz, caracterizando assim, um processo justo.

É considerado por muitos doutrinadores como o princípio mais importante dos princípios constitucionais, sendo que dele derivam todos os demais. Diante disso, caso não haja respeito por esse princípio, o processo se tornará nulo.

²⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 14. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.101.

²⁹ QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. / Maria Elisabeth Queijo. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

³⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 82.

De acordo com Vicente Greco Filho, no processo penal o devido processo legal possui dois sentidos: significa processo necessário, uma vez que não é possível aplicar pena sem processo, e, ao mesmo tempo, significa processo adequado, ou seja, aquele que assegura a igualdade das partes, o contraditório e a ampla defesa.³¹

Dentre as várias garantias componentes do devido processo legal, podem ser mencionadas algumas delas, quais sejam: a garantia do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da igualdade processual, da duração razoável do processo, da publicidade e do dever de motivar as decisões judiciais, a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos.

Há ainda garantias específicas do processo penal: a presunção de inocência, vedação de identificação datiloscópica quando houver identificação civil, ressalvadas as hipóteses previstas na Constituição Federal, garantias relativas à prisão e ainda o *nemo tenetur se detegere*, o qual “assegura a legitimação da jurisdição, dentro de uma visão ética do processo penal”.³²

2.5 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III da Constituição Federal, significa que, diferentemente das coisas, a pessoa humana deve ser tratada e considerada como um fim em si mesmo, e não vista como um meio de obtenção de algum resultado.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, “no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base nesta é que devem aqueles ser interpretados”.³³

³¹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.54.

³² QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. / Maria Elisabeth Queijo. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96.

³³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Positivo*. / Kildare Gonçalves Carvalho. 21. Ed. Belho Horizonte: Del Rey, 2015, p. 32.

Nesse sentido, pode-se afirmar que os direitos fundamentais constituem explicitações da dignidade da pessoa, motivo pelo qual para viabilizá-la, deve o Estado respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana não abrange somente a liberdade, mas também a garantia de condições mínimas de existência. De acordo com Edilsom Farias o referido princípio reporta-se

às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades.³⁴

Importante mencionar que a dignidade é da essência da natureza humana, não resulta de criação normativa. “Assinala-se que a dignidade assegura um mínimo de respeito ao homem pelo só fato de ser homem”.³⁵ Nesse sentido, como qualidade intrínseca da pessoa humana, a dignidade da pessoa humana é irrenunciável e inalienável.

2.6 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, embora não previsto expressamente na Constituição Federal, “se deduz de outros que integram o texto constitucional, a exemplo do princípio da individualização da pena”,³⁶ do devido processo legal ou ainda, do princípio da legalidade, e tem por finalidade equilibrar os direitos individuais com os anseios da coletividade.

Esse princípio estabelece que “nenhuma garantia constitucional goza de valor supremo e absoluto, de modo a aniquilar outra garantia de valor e grau equivalente”.³⁷

³⁴ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos*. 2. Ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2000, p. 63.

³⁵ QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. / Maria Elisabeth Queijo. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102.

³⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal / Rogério Greco*. – 17. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 126.

³⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 12ª ed. Saraiva, 2005, p. 322.

O referido princípio é frequentemente usado como sinônimo de razoabilidade. Acerca do assunto, a professora Maria Rosynete Oliveira Lima assevera que:

razoabilidade e proporcionalidade podem até ser magnitudes diversas, entretanto, cremos que o princípio da proporcionalidade carrega em si a noção de razoabilidade, em uma relação inextrincável, e que não pode ser dissolvida, justificando, assim, a intercambialidade dos termos proporcionalidade e razoabilidade no ordenamento brasileiro.³⁸

Embora ambos os princípios, razoabilidade e proporcionalidade, tenham surgido com a finalidade de limitar a atuação estatal, de modo a assegurar os direitos fundamentais, a semelhança não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos. Isso porque, conforme será explicado a seguir, o princípio da proporcionalidade é dividido em subprincípios, os quais devem ser respeitados para a aplicação correta do referido princípio. Em contrapartida, o princípio da razoabilidade não é dividido em subprincípios, possuindo uma aplicação mais restrita.

Conforme mencionado, o princípio da proporcionalidade se divide em três subprincípios, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação traz uma regra de compatibilidade entre o fim pretendido pelo Estado e os meios por ele utilizado para atingir os seus objetivos. Aqui, os meios utilizados devem ser efetivamente capazes de atingir os resultados pretendidos.

Já o subprincípio da necessidade estabelece que dentre todos os atos e meios possíveis de serem adotados, deve ser escolhido aquele que seja menos restritivo aos direitos individuais. Em decorrência disso, Paulo Bonavides aduz que o subprincípio da necessidade poderia ser chamado de princípio da escolha do meio mais suave.³⁹

³⁸ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 287.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 397.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito estabelece que deve haver proporção entre as medidas adotadas e o resultado almejado, de modo que a medida adotada traga vantagens que superem eventuais danos. Esse subprincípio não apenas veda excessos, mas também proíbe a insuficiência de proteção. A proporcionalidade em sentido estrito traz um real sistema de valoração, na medida em que, ao se garantir um direito, muitas vezes é preciso restringir-se outro.

Diante do exposto, verifica-se que eventuais restrições a direitos devem respeitar o princípio da proporcionalidade, que criará o dever de observância da legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, a adequação desses meios à consecução dos objetivos almejados e a necessidade de sua utilização. Segundo Gilmar Mendes:

a adequação exige que as restrições adotadas sejam aptas a alcançar o objetivo pretendido. Já o requisito da necessidade deverá garantir que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo será igualmente eficaz para atingir os objetivos a serem alcançados.⁴⁰

O princípio da proporcionalidade também é de extrema importância na aplicação das sanções, que devem ser equivalentes à gravidade e natureza da infração praticada. Se aplica também quando há conflito entre dois ou mais princípios constitucionais, situação em que deverá ser feita uma ponderação para determinar qual princípio prevalecerá. Além de ser comumente utilizado para resolver conflitos entre o interesse público e o interesse privado.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 68.

3 PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO PENAL

As provas são os meios através dos quais se fará a reconstrução do crime para demonstrar a existência e veracidade dos fatos, com a finalidade de “criar condições para que o juiz exerça sua atividade cognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença”.⁴¹

De acordo com Nucci:

a prova é a demonstração lógica da realidade, no processo, por meio de instrumentos legalmente previstos, buscando gerar, no espírito do julgador, a certeza em relação aos fatos alegados e, por consequência, gerando a convicção objetivada para o deslinde da demanda.⁴²

No processo penal prevalece, como regra geral, o sistema acusatório, no qual o juiz se mantém em uma posição de imparcialidade, não possuindo iniciativa probatória. Nesse sistema, o magistrado forma a sua convicção através dos elementos probatórios trazidos ao processo pelas partes. Pelo princípio do dispositivo, vigente no sistema acusatório, afere-se que o juiz é inerte, só podendo agir quando provocado.

O artigo 156 do Código de Processo Penal, traz exceções ao sistema acusatório ao estabelecer casos em que o juiz poderá atuar de ofício, caracterizando nessas hipóteses o sistema inquisitório, que é marcado pelo ativismo judicial. Nos termos do referido artigo, o juiz poderá, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, e também, determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

⁴¹ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 14. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 342.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 15.

3.1 Ônus da Prova

Ônus da prova é o encargo que as partes possuem de provar os fatos que alegam. Conforme se verifica pela leitura do art. 156 do Código de Processo Penal, no ordenamento brasileiro, a prova da alegação incumbe a quem a fizer.

Importante ressaltar que o ônus da prova não deve ser confundido com uma obrigação das partes. Nesse sentido, Antonio Milton de Barros defende que

a prova não constitui uma obrigação ou um dever e sim um ônus, um encargo. (...) O ônus propicia a alternativa ao titular, que poderá atendê-lo ou não; se não o fizer sofrerá o prejuízo decorrente de sua inação; de outro lado, a obrigação emerge de um comando legal que o obrigado tem o dever de cumprir. (...) A prova é, portanto, um ônus processual.⁴³

Embora não haja unanimidade, maior parte da doutrina defende que incumbe à acusação provar a existência do delito, sua autoria, eventuais causas de aumento e os elementos subjetivos do crime (dolo e culpa). Cabendo à defesa, por sua vez, provar excludentes de ilicitude, de culpabilidade e circunstâncias que diminuam a pena.

3.2 Meios de Prova

Os meios de prova são os mecanismos por meio dos quais as partes levam ao processo as provas que pretendem utilizar para demonstrar a veracidade dos fatos por elas alegados.

O Código de Processo Penal estabelece como meios de prova: a perícia, o interrogatório, a confissão, as declarações do ofendido, as testemunhas, o reconhecimento de pessoas e coisas, a acareação, os documentos e os indícios.

⁴³ BARROS, Antonio Milton de. *Da prova no processo penal: apontamentos gerais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 6 e 7.

A perícia é o exame realizado por perito que possua habilitação técnica acerca de determinado assunto. Ela tem como objetivo prestar esclarecimentos técnicos ou científicos ao juiz, de modo a auxiliá-lo no seu convencimento, podendo ser realizada tanto na fase do inquérito policial, como na fase do processo.

O interrogatório, ao mesmo tempo em que constitui meio de prova, por ajudar na formação do convencimento do juiz, se caracteriza também como meio de defesa, uma vez que nele o acusado poderá exercer a autodefesa. Importante mencionar que no interrogatório o acusado poderá se valer do seu direito ao silêncio, sem que isso seja utilizado em seu prejuízo.

A confissão é o reconhecimento em juízo da veracidade dos fatos alegados na denúncia, os quais são desfavoráveis à posição processual do acusado. Esta é retratável e divisível, uma vez que o juiz poderá aceitá-la apenas em parte. A confissão não possui valor absoluto, razão pela qual depende da compatibilidade ou concordância com as demais provas do processo, conforme se verifica pela leitura do art. 197 do Código de Processo Penal.

O juiz deverá proceder à oitiva do ofendido sempre que possível, devendo tomar as medidas necessárias para preservar a intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido.

A prova testemunhal consiste na reprodução oral dos fatos ocorridos. As testemunhas são pessoas estranhas à relação jurídica processual, que prestam o compromisso de dizer a verdade sobre os fatos de que tenham conhecimento e que venham a ser perguntados a elas. A prova testemunhal é marcada pela oralidade, objetividade, judicialidade, retrospectividade, individualidade e imediação.

O reconhecimento de pessoas e coisas é o meio pelo qual uma pessoa afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa que teve relação com o delito. Para que seja feito o reconhecimento, deve ser seguido o trâmite previsto no art. 226 e seguintes do Código de Processo Penal.

A acareação consiste no ato em que se colocam frente a frente duas ou mais pessoas que fizeram diferentes declarações acerca do mesmo fato. Ela pode ser realizada entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas. Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergências.

A prova documental pode ser proposta em qualquer fase do processo, salvo os casos expressos em lei. Nos termos do Código de Processo Penal, são considerados documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.

Por fim, os indícios constituem circunstâncias conhecidas e provadas, a partir das quais, mediante indução, chega-se à conclusão da existência de outro fato.

3.3 Provas Ilícitas

O direito à prova, assim como outros direitos fundamentais, não é absoluto. Ele encontra limitações por coexistir com outros direitos igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico.

A questão da limitação do direito à prova possui relação direta com a temática da prova ilícita, isso porque, conforme afirma Maria Elisabeth Queijo:

se não houvesse limitações ao direito à prova, todo e qualquer material probatório, mesmo que produzido à custa de violações a direitos, poderia ser introduzido no processo e valorado, o que conduziria à adoção de um modelo de processo autoritário e distante da ética.⁴⁴

⁴⁴ QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. / Maria Elisabeth Queijo. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 425.

Mauro Cappelletti defende que os limites à admissibilidade das provas constituem o preço, em termos de busca da verdade, que a sociedade moderna está disposta a pagar para proteger importantes valores e liberdades.⁴⁵

A grande problemática acerca do tema consiste no fato de que se forem admitidas irrestritamente as provas ilegalmente obtidas, poderá haver estímulo ao comportamento ilícito. Por outro lado, se for recusada uma prova que compromete o acusado, porque esta foi obtida ilicitamente, a sociedade poderá vir a se sentir desprotegida.

É necessário, porém, definir o que se entende por prova ilícita. As provas são consideradas ilícitas quando em sua obtenção violam garantias constitucionais.

A doutrina estabelece que “na prova ilegal há violação de normas legais ou princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material”.⁴⁶ Nesse contexto, distingue entre as provas ilícitas e as provas ilegítimas, ao estabelecer que se a violação for de direito material, ou seja, normas penais, a prova será ilícita, mas se as violações forem normas de direito processual, no caso, normas processuais penais, a prova será ilegítima.

Nos termos de Maria Elisabeth Queijo:

a questão da admissibilidade, ou não, da prova ilícita em dado ordenamento jurídico relaciona-se, diretamente, com a opção entre a busca ilimitada da verdade, dando-se prevalência ao interesse público na persecução penal, e o respeito aos direitos e garantias estabelecidos, dentro de uma visão ética do processo, mesmo que com algum sacrifício para a apuração da verdade.⁴⁷

A Constituição Federal em seu art. 5º, LVI estabelece que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Em mesmo

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. The judicial process in comparative perspective. Oxford: Clarendon, s. d., p. 259.

⁴⁶ QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. / Maria Elisabeth Queijo. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 428.

⁴⁷ Ibidem, p. 429.

sentido, o Código de Processo Penal estipula em seu art. 157, caput, que as provas ilícitas são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo.

Além disso, o art. 157, §1º do Código de Processo Penal, consagra a teoria dos frutos da árvore envenenada, ao estabelecer que as provas derivadas das ilícitas também são inadmissíveis. No entanto, o próprio dispositivo traz exceções à regra por ele posta, isso porque, conforme se verifica pela sua leitura, as provas derivadas das ilícitas serão admitidas quando não for evidenciado o nexo de causalidade entre elas, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Nessas atenuações à regra de exclusão de provas ilícitas, a tendência é a busca do equilíbrio entre o respeito aos direitos fundamentais e a repressão aos delitos, fundado no desenvolvimento de um processo justo.

Importante mencionar que na doutrina, o rigor da norma constitucional que determina a inadmissibilidade da prova ilícita tem sido abrandado pelo princípio da proporcionalidade, quando a prova ilícita for *pro reo*. Mesmo posicionamento tem sido registrado em algumas decisões dos Tribunais.

Os que defendem esse posicionamento, alegam que “o princípio da proporcionalidade tem possibilitado a correção de distorções que a inadmissibilidade absoluta da prova ilícita poderia acarretar em alguns casos”.⁴⁸ Nesse sentido, alegam que seria realizado uma ponderação entre os valores fundamentais em conflito, de modo a evitar solução desproporcional e inaceitável.

3.4 Provas que dependem da colaboração do acusado para sua produção: provas invasivas e não invasivas

As provas que dependem da colaboração do acusado para sua produção se dividem em dois grupos: as que acarretam intervenção corporal no acusado e as que não acarretam intervenção corporal.

⁴⁸ QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. / Maria Elisabeth Queijo. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 433.

As provas que, embora não acarretem intervenção corporal no acusado, dependem da cooperação deste para serem produzidas, são: reconhecimento, acareação, reconstituição do fato, exame grafotécnico, etilômetro, exame clínico de embriaguez e prova documental.

Já as provas que dependem de colaboração do acusado para serem produzidas e que implicam na intervenção corporal podem ser divididas em invasivas ou não invasivas.

Consideram-se invasivas as intervenções que pressupõem a penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não. Já as provas não invasivas são aquelas em que não haverá penetração no organismo humano, no entanto serão realizadas a partir de vestígios do corpo do acusado.

Entre as provas invasivas podem ser citadas diversas perícias.

Os exames de sangue em geral constituem provas invasivas e normalmente são realizados, no processo penal, com a finalidade de identificar a autoria do delito ou excluir pessoas suspeitas da prática do crime por meio da comparação do DNA. A saliva é um outro material do qual o DNA poderá ser extraído, no entanto somente será considerado como prova invasiva se for colhida na cavidade bucal.

Também no exame ginecológico, realizado em casos de crimes sexuais, aborto ou ainda em buscas pessoais (revistas), utiliza-se a técnica invasiva.

A endoscopia, por sua vez, é outro exame invasivo, que no âmbito processual penal pode ser utilizado para a localização de drogas no organismo humano.

Os exames de espermatozoides e de urina podem vir a ser realizados por meios invasivos. Os exames de esperma são utilizados para a identificação de autoria, com as técnicas de DNA, principalmente em crimes sexuais. Já o exame de urina é, em regra, utilizado para identificar a presença de entorpecentes no organismo humano.

O exame do reto, utilizado com a finalidade de localizar objetos e substâncias entorpecentes em buscas pessoais, também utiliza a técnica invasiva.

Por fim, a identificação dentária, assim como as outras perícias citadas, emprega técnica invasiva. Esse método pode vir a ser utilizado se forem encontradas, no corpo da vítima, dentadas do autor do crime. Para a identificação do suposto agressor, deve ser feito um molde dos dentes do suspeito, o qual será comparado com as marcas deixadas no corpo da vítima.

Entre as provas não invasivas estão os exames de matérias fecais; exames de DNA a partir de fios de cabelo e pêlos; as identificações dactiloscópicas das impressões dos pés, unhas e palmar, bem como as radiografias, utilizadas em buscas pessoais.⁴⁹

O exame de matérias fecais poderá ser utilizado se no local do crime existirem fezes. Por meio da coleta dessas, poderá, por exemplo, identificar a autoria pela presença de determinados parasitas.

Os exames de fios de cabelo e pelos pode, por meio do DNA, identificar o autor do delito ou afastar a autoria. A facilidade de obtenção dos referidos materiais genéticos tem sido apontada como uma das principais vantagens do método.

As identificações dactiloscópicas das impressões dos pés, unhas e palmar, são utilizadas para comparar com aquelas encontradas no local do crime ou no corpo da vítima. Vale ressaltar que somente haverá necessidade da colheita de impressões digitais do acusado se ele não for identificado civilmente.

A radiografia visa constatar a existência de entorpecente no organismo do suspeito.

⁴⁹ QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. / Maria Elisabeth Queijo. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 290.

A busca pessoal (revista) pode ser realizada por meio de intervenções corporais invasivas ou não invasivas, devendo, no entanto, sempre ser realizada de modo a não ferir a dignidade da pessoa humana.

Seja qual for o tipo de colaboração necessário, é inegável que o princípio *nemo tenetur se detegere* constitui uma barreira à atividade investigatória ilimitada por parte do Estado.

Além do *nemo tenetur se detegere*, há também outros direitos fundamentais envolvidos na produção das provas que exigem cooperação do acusado, quais sejam: o direito à liberdade, à intimidade, à dignidade humana e à intangibilidade corporal.⁵⁰

Na referida questão, por vezes, contrapõe-se o interesse público na persecução penal e o interesse do indivíduo, que se refere à observância dos direitos e garantias fundamentais. Deve-se, no entanto, destacar, que a contraposição feita entre interesse público e interesse individual, é apenas aparente, visto que também há interesse público na construção de um processo penal ético.

No processo penal não há regras específicas que estabeleçam, de forma expressa, o dever de colaboração do acusado na produção de provas.

Diante da ausência de normas específicas sobre o dever de colaboração do acusado, tem predominado 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, além disso, 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.

De mesmo modo, a orientação predominante na jurisprudência não reconhece a existência do dever de colaboração do acusado na produção de

⁵⁰ QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. / Maria Elisabeth Queijo. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 290.

provas, no processo penal, no que tange às que dependam de colaboração ativa do acusado.

3.4.1 Decorrências da aplicação do princípio do nemo tenetur se detegere nas provas que dependem de colaboração do acusado para sua produção

Estudos e análises do direito estrangeiro revelam que, no âmbito global, o princípio do *nemo tenetur se detegere* possui incidência muito restrita nas provas que dependem da colaboração do acusado.

Alguns ordenamentos sequer reconhecem a incidência do princípio em questão na produção de provas. Outros auferem culpabilidade da recusa do acusado em contribuir com a produção de provas.⁵¹

Apesar de haverem diferentes posicionamentos acerca da incidência do princípio do *nemo tenetur se detegere*, nas palavras de Maria Elisabeth Queijo:

a tendência predominante é a de somente considerar violadora ao princípio do *nemo tenetur se detegere* a prova que implique uma postura ativa do acusado. Desse modo, entende-se que as provas que impliquem em intervenção corporal no acusado, nas quais se exige que este apenas 'tolere' a sua realização, permanecendo passivo, não violam o *nemo tenetur se detegere*.⁵²

Em relação ao ordenamento brasileiro, como é sabido, o sistema processual penal brasileiro é o acusatório, no qual o acusado "não é mais a pessoa que deve contribuir e iluminar o juiz com o seu conhecimento".⁵³ Assim, a regra, em atendimento ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, é que a prova deve ser produzida, sempre que possível, sem a cooperação do acusado.

⁵¹ QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. / Maria Elisabeth Queijo. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 362 e 363.

⁵² *Ibidem*, p. 363.

⁵³ *Idem*.

3.4.1.1 Inexistência do Dever de Colaboração do Acusado

Do princípio do *nemo tenetur se detegere*, se extrai que o acusado não possui o dever de colaborar na produção de provas que possam vir a incriminá-lo.⁵⁴ Desse modo, é possível afirmar que não pode ser determinada a execução coercitiva das medidas tendentes à produção de provas.

Entretanto, a inexistência do dever de colaboração do acusado, em todos os casos, redundaria em uma concepção do princípio do *nemo tenetur se detegere* como direito absoluto, o que poderia impossibilitar, em alguns casos, a persecução penal, frustrando o interesse público na apuração dos delitos e de quem são os seus autores.

Em razão disso, há a necessidade de se buscar critérios para a solução do problema. Os ordenamentos jurídicos oferecem diferentes soluções, o que coloca em evidência o conflito entre a proteção do indivíduo diante do poder estatal e o interesse público na persecução penal e apuração dos responsáveis pelos delitos.

No direito norte-americano não é reconhecida a incidência do *nemo tenetur se detegere* nas provas, mas somente no interrogatório. Além disso, a recusa do acusado em colaborar com a produção de provas pode ser comentada pela acusação.

No direito francês, a matéria é igualmente regulada.

No direito alemão, há o entendimento de que as provas que dependem de colaboração do acusado não violam o princípio do *nemo tenetur se detegere*, nem mesmo outros direitos fundamentais. Na Alemanha a lei autoriza a coleta coercitiva de sangue do acusado.

Na Espanha, de forma semelhante aos demais, os tribunais têm admitido a execução coercitiva de provas, inclusive as que implicam

⁵⁴ QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. / Maria Elisabeth Queijo. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 363.

intervenção corporal no acusado, determinada por decisão judicial, amparada em lei, observado o princípio da proporcionalidade.

No direito italiano, não é permitida a coleta coercitiva de sangue por falta de norma que regulamente o assunto. No entanto, em relação a outros meios de prova que não pressupõem intervenção corporal, é permitida a condução coercitiva do acusado.

No direito argentino, apesar do *nemo tenetur se detegere* ser acolhido na Constituição “e do entendimento de que não se pode violar a intimidade do acusado na produção das provas, tem-se admitido a extração de sangue contra a vontade do acusado”.⁵⁵

No direito inglês é feita uma diferenciação entre provas invasivas e não invasivas, sendo que somente as últimas podem ser realizadas sem o consentimento do acusado.

O substrato teórico, segundo Maria Elisabeth Queijo, que dá embasamento a ordenamentos que admitem a execução coercitiva de coletas, mas não a de provas, é a distinção feita entre provas que exigem uma cooperação ativa do acusado e aquelas que exigem uma cooperação meramente passiva.⁵⁶

Os defensores de tal distinção, afirmam que pode ser exigida a participação passiva nas provas, como a extração de sangue, desde que não haja ofensa à vida ou à saúde. No entanto, não pode ser exigida a participação ativa do acusado nesse processo, como ocorre na reconstituição do fato. De acordo com Alejandro Canrio, “somente nesse último caso haveria ofensa ao *nemo tenetur se detegere*, se o acusado fosse compelido a colaborar na produção de provas”.⁵⁷

No entanto, como observa Manuel da Costa Andrade, citando Wolfslast:

⁵⁵ QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. / Maria Elisabeth Queijo. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 365.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 366.

⁵⁷ CARRIO, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*. 3. Ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1997, p. 322.

não se é apenas instrumento da própria condenação quando se colabora mediante uma conduta ativa, querida e livre, mas também quando (...) contra a vontade, uma pessoa tem de tolerar que o próprio corpo seja utilizado como meio de prova.⁵⁸

Em mesmo sentido, diversas críticas surgem em relação à divisão entre colaboração ativa e passiva do acusado nas provas. Isso porque, nem sempre a distinção entre estas é clara e taxativa. Diante disso, o critério referido não resolve definitivamente o problema em face da incidência do *nemo tenetur se detegere*.

3.4.1.1.1 Exceções à inexistência do dever de colaborar: o princípio da proporcionalidade

Conforme já mencionado, em decorrência da necessidade de coexistência entre princípios de direitos fundamentais, não há que se falar em direito absoluto. Nesse sentido, a inexistência do dever de colaborar, comporta exceção, qual seja: o princípio da proporcionalidade.

Suzana de Toledo Barros afirma que o princípio da proporcionalidade surgiu como “instrumento de controle de excesso de poder”⁵⁹ e opera como uma barreira ao arbítrio.

Foi na Alemanha, no contexto pós Segunda Guerra Mundial, marcado pelos abusos aos direitos humanos, que o referido princípio alcançou seus contornos atuais, com referência às restrições de direitos fundamentais.⁶⁰

O princípio da proporcionalidade passou então, a ser utilizado pelos Tribunais Alemães, para assegurar a proteção aos direitos fundamentais, exigindo, para haver restrições a esses, a necessidade, adequação e proporcionalidade da norma limitadora.

⁵⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, p. 127-128.

⁵⁹ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 35.

⁶⁰ QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. / Maria Elisabeth Queijo. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 378.

Em meados dos anos 70, o Tribunal Constitucional Alemão elaborou um conceito do princípio da proporcionalidade, qual seja:

o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental.⁶¹

Do referido conceito, decorrem três elementos intrínsecos ao princípio da proporcionalidade: a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a ponderação entre os danos causados e os resultados a serem alcançados.

No Brasil, a Constituição Federal não faz menção expressa ao princípio da proporcionalidade. Diverge, então, a doutrina quanto ao fundamento do referido princípio. Enquanto parte dos doutrinadores defende que este decorre do princípio da legalidade, que pressupõe harmonia entre os meios e o fim, outra parte, em consonância com o entendimento firmado pelo STF, defende que o fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade é a cláusula do devido processo legal, possuindo, dessa forma, hierarquia constitucional.

Conforme já mencionado, no modelo acusatório, a acusação deve buscar provas que não dependam da colaboração do acusado para demonstrar os fatos. Somente por exceção se pode pretender que o acusado coopere na produção de provas que, eventualmente, possam incriminá-lo.

O *nemo tenetur se detegere* é direito fundamental que não apresenta limites expressos na Constituição Federal, no entanto, eventuais limitações serão iminentes, implícitas e surgirão em decorrência da necessidade de coexistência com os outros valores que, de mesma forma, são protegidos em nível constitucional.

Como aduz Maria Elisabeth Queijo:

⁶¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 372.

a definição dos limites ao *nemo tenetur se detegere* diz respeito à solução do conflito entre o exercício do referido direito fundamental e a necessidade de preservação de outros bens protegidos constitucionalmente, representados pela segurança pública e a paz social, que são alcançados por meio da persecução penal.⁶²

As limitações são inevitáveis, no entanto, não devem aniquilar por definitivo o direito fundamental restringido, devendo permanecer, nesse caso, a essência do *nemo tenetur se detegere*. Por essa razão, em se tratando da limitação a direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade fornece importantes subsídios para a solução do problema

Para que não haja inconstitucionalidade na limitação, esta deve operar-se por lei, e ainda, observar ao princípio da proporcionalidade e os seus elementos, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade. Importante mencionar que “cabará ao juiz, examinar se a lei que restringe o *nemo tenetur se detegere*, atende ao princípio da proporcionalidade e se, no caso concreto, os requisitos da proporcionalidade também estão presentes, decidindo motivadamente”.⁶³

Assim sendo, as medidas restritivas ao princípio do *nemo tenetur se detegere* devem “ser adequadas, isto é, aptas e idôneas a alcançar o resultado pretendido, que é a produção de provas”,⁶⁴ devendo ainda, no âmbito da adequação, a prova produzida em decorrência da restrição, ser útil para a investigação ou processo.

Para que o requisito da necessidade seja atendido “é preciso que a medida restritiva ao *nemo tenetur se detegere* seja indispensável para a sua coexistência com outros valores”.⁶⁵ Aqui, é necessário que não haja outra forma de produzir a prova e ainda, que a medida restritiva seja a menos gravosa possível aos direitos do acusado.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito deve ser verificada por meio da ponderação de bens. Aqui, a gravidade do delito e os indícios de

⁶² QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. / Maria Elisabeth Queijo. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 406.

⁶³ Ibidem, p. 407.

⁶⁴ Ibidem, p. 408.

⁶⁵ Idem.

autoria devem ser usados como parâmetros, uma vez que “quanto mais grave a medida restritiva ao *nemo tenetur se detegere*, maior deve ser a gravidade do delito em apuração”⁶⁶ e ainda, “quanto maior a gravidade da restrição ao *nemo tenetur se detegere*, mais robustos deverão ser os indícios de autoria ou participação a justificarem a limitação ao direito fundamental”.⁶⁷

Nas restrições ao *nemo tenetur se detegere* também devem ser observadas a dignidade da pessoa humana, valor fundamental tutelado pela Constituição Federal e a saúde do acusado, que não poderá ser exposta à perigo. Em respeito à dignidade da pessoa humana devem ser vedadas as provas produzidas mediante restrições ao *nemo tenetur se detegere* que imponham ao acusado a submissão a meios vexatórios, humilhantes ou nos quais haja violação ao pudor.

3.4.1.2 Impossibilidade da Extração de Consequências da Recusa do Acusado em Colaborar

Também decorre do princípio do *nemo tenetur se detegere* a impossibilidade de ser extrair consequências da recusa do acusado em colaborar na produção de provas.

Como o *nemo tenetur se detegere* é um direito fundamental do acusado, a recusa manifestada pelo acusado em não se submeter a alguma prova, não pode configurar nenhum delito, nem mesmo desobediência. “É que o exercício regular de um direito não pode caracterizar crime, nem acarretar consequências prejudiciais ao acusado. A recusa é legítima”.⁶⁸

De mesmo modo, a recusa do acusado não pode ser utilizada pela acusação como indício de culpabilidade do réu, ou ainda, como fundamento da sentença ou de decisões de provimentos cautelares. “Se assim fosse, além de

⁶⁶ QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. / Maria Elisabeth Queijo. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 409.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Ibidem, p. 420.

violar-se o *nemo tenetur se detegere*, também seria infringido o princípio da presunção de inocência”.⁶⁹

3.4.1.3 Inexistência do Dever de Comparecimento

O dever de comparecimento inexistente sempre que o acusado, protegido pelo *nemo tenetur se detegere*, puder se recusar a cooperar na produção das provas. Isso porque, “não haveria sentido em conduzir coercitivamente o acusado para participar da produção de determinada prova se ele não pode ser compelido a cooperar”.⁷⁰

Nessa linha de raciocínio, haverá o dever de comparecimento sempre que houver lei restritiva ao *nemo tenetur se detegere* que permita compelir o acusado a participar da produção de provas.

⁶⁹ QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. / Maria Elisabeth Queijo. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 421.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 423.

4 LEI 12.654/2012 – COLETA DE MATERIAL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

4.1 Advento e conteúdo da Lei 12.654/12

A Lei nº 12.654/12 foi publicada em 28 de maio de 2012 e alterou a Lei nº 12.037 de 1º de outubro de 2009 (Lei de Identificação Criminal) e também a Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), ao prever a coleta de material genético como forma de identificação criminal.

A Lei nº 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para fins de identificação criminal em duas situações: na investigação (art. 5º, §único, Lei 12.037/09) com vista a identificação criminal e na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (art. 9º-A, Lei 7.210/84) com vista a identificação compulsória do perfil genético.

4.2 Lei 12.037/09 (Lei de Identificação Criminal)

A Lei nº 12.037/09 dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado e, conforme mencionado, sofreu alterações pela Lei nº 12.654/12 que acrescentou em seu texto quatro novos dispositivos.

A Lei de Identificação Criminal traz como regra geral a premissa constitucional, prevista no art. 5º, LVII da Constituição Federal, de que o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal. No entanto, a referida lei traz em seu art. 3º um rol taxativo de hipóteses em que, ainda que o sujeito tenha sido identificado civilmente, poderá ocorrer a identificação criminal. Foi justamente nesse rol que a Lei 12.037/09 sofreu alterações, as quais serão estudadas a seguir.

4.2.1 Identificação Criminal

“Para que o Estado possa punir o autor do delito, é indispensável o conhecimento efetivo e seguro de sua correta identidade”,⁷¹ sobretudo considerando que a Constituição Federal, em seu art. 5º, XLV, prevê a intranscendência da pena. No entanto, existem situações em que pode haver dúvida em relação à verdadeira identidade do autor do delito, seja em decorrência da omissão de dados por parte do autor, seja pelo fornecimento de informações inexatas.

“Sobressai daí a importância da identificação criminal, que desempenha papel fundamental no auxílio da aplicação do direito penal, porquanto, através dela é feito o registro dos dados identificadores”⁷² do autor do crime, o que posteriormente, possibilitará o conhecimento ou a confirmação de sua identidade e imposição, ao término da persecução penal, das sanções decorrentes do delito por ele cometido.

A identificação criminal objetiva “afastar dúvidas que possam surgir a respeito da verdadeira identidade do apontado autor do delito e abastecer banco de dados com informações que poderão contribuir na identificação da autoria de delitos semelhantes”.⁷³

Nos termos do art. 5º, LVIII da Constituição Federal, o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.

No Brasil, conforme já mencionado, a identificação criminal é regulada pela Lei 12.037/09, que em seu art. 1º repete o dispositivo constitucional trazido acima. No entanto, vai além da Constituição Federal ao trazer um rol taxativo de hipóteses em que o civilmente identificado poderá ser submetido à identificação criminal.

⁷¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 117.

⁷² Idem.

⁷³ MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal / Renato Marcão – 13. Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.

Antes de adentrar nas formas de identificação criminal previstas no ordenamento brasileiro após alterações decorrentes da Lei 12.654/12, importante salientar que a identificação civil poderá ser atestada por qualquer um dos documentos previstos no art. 2º, Lei 12.037/09, quais sejam: carteira de identidade, carteira de trabalho, carteira profissional, passaporte, carteira de identificação funcional ou ainda, outro documento público que permita a identificação do indiciado.

4.2.2 Alterações feitas na Lei 12.037/09

Anteriormente ao advento da Lei 12.654/12, a identificação criminal era realizada unicamente pelos processos datiloscópicos (coleta de impressões digitais) e fotográficos, previstos no art. 5º da Lei 12.037/09. No entanto, a Lei 12.654/12 veio a acrescentar um parágrafo único ao art. 5º da Lei 12.037/09, que autoriza a “identificação criminal mediante coleta de material biológico para obtenção de perfil genético, mesmo em relação ao civilmente identificado, sempre que a identificação criminal for essencial às investigações policiais”.⁷⁴

A coleta do material biológico para obtenção do perfil genético, prevista no art. 5º, §único da Lei 12.037/09, deve, nos termos do referido artigo, ser determinada pelo juiz, de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa. Constata-se aqui, que a lei prevê uma faculdade ao Magistrado, ao exigir a demonstração da essencialidade da medida e autorização judicial.

Com base no exposto, afere-se que desde a vigência da Lei 12.654/12, existem três formas de identificação criminal, quais sejam: datiloscópica, fotográfica e pelo perfil genético (DNA).

A identificação datiloscópica “é feita com base nas saliências papilares da pessoa”.⁷⁵ A doutrina elenca algumas vantagens do método em questão:

⁷⁴ MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal / Renato Marcão – 13. Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.

⁷⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 129.

as digitais acompanham os indivíduos durante toda a vida, são inalteráveis, além disso, é impossível que diferentes pessoas possuam digitais idênticas. No entanto, apesar das evidentes vantagens do método de identificação, o mesmo não é infalível, uma vez que “a criação artificial de uma impressão digital pode ser feita facilmente, inclusive por meio da coleta de fragmentos de impressões latentes deixados por quaisquer pessoas nos mais variados lugares”.⁷⁶

A identificação fotográfica deve seguir o padrão fotográfico exigido para a carteira de identidade, ou seja, a foto deve ser de frente em tamanho 3x4 centímetros. Em decorrência da “mutabilidade da fisionomia das pessoas (...) a fotografia deve ser usada como método auxiliar de identificação, não sendo possível que a autoridade policial a utilize de maneira exclusiva”.⁷⁷

A identificação pelo perfil genético confere ainda mais segurança ao processo de identificação criminal. Aqui, poderá ser colhido material genético do autor do crime, para que seja obtido o seu perfil genético. Esse método de identificação “possui dupla finalidade: a de servir como meio de identificação criminal e a de atuar como prova em ulterior processo”.⁷⁸

O art. 6º da Lei nº 12.037/09 estabelece que a identificação fotográfica, datiloscópica e pelo perfil genético, deverão ser preservadas, não se admitindo “qualquer menção à identificação criminal do indiciado em atestados de antecedentes ou em informações não destinadas ao juízo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.⁷⁹

Além de incluir a coleta do material genética para obtenção do perfil genético, a Lei 12.654/12 veio a incluir também na Lei de Identificação Criminal os arts. 5º-A, 7º-A e 7º-B, que regulam o armazenamento e gerenciamento dos dados obtidos com a coleta do material biológico.

⁷⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 129.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ MARTINS, Filipe. Lei 12.654/12: a identificação criminal por perfil genético no Brasil. JusBrasil. Disponível em: <<https://lpezmartins.jusbrasil.com.br/artigos/121943801/lei-12654-12-a-identificacao-criminal-por-perfil-genetico-no-brasil>>. Acesso em 01 de novembro de 2018.

⁷⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit., p. 133.

Quanto ao gerenciamento das informações genéticas do acusado, dispõe o art. 5º-A da Lei 12.037/09 que os dados relacionados à coleta do perfil genético devem ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, que serão gerenciados por unidade oficial de perícia criminal. A referida lei proíbe que as informações genéticas revelem traços somáticos ou comportamentais das pessoas, podendo apenas revelar a determinação genética do gênero, conforme as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. Nesse sentido, aduz Filipe Martins:

cumprir destacar que a análise genética somente poderá ser efetuada sobre o DNA despojado de informação genética do sujeito passivo do exame. A medida visa proteger o direito de intimidade do indivíduo.⁸⁰

Nos termos do art. 5º-A, §2º da Lei 12.037/09, os dados contidos no banco de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso e só poderão ser utilizados nos casos previstos pela referida lei, podendo responder civil, penal e administrativamente aquele que desrespeitar as hipóteses legais.

Dispõe ainda, o art. 5º-A, §3º da Lei 12.037/09, que as informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.

O art. 7º-A da Lei 12.037/09, determina que os perfis genéticos poderão ser excluídos do banco de dados no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.

Por fim, o art. 7º-B também da Lei 12.037/09 estabelece que a identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

⁸⁰ MARTINS, Filipe. Lei 12.654/12: a identificação criminal por perfil genético no Brasil. JusBrasil. Disponível em: <<https://lizezmartins.jusbrasil.com.br/artigos/121943801/lei-12654-12-a-identificacao-criminal-por-perfil-genetico-no-brasil>>. Acesso em 01 de novembro de 2018.

4.3 Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal)

A execução penal consiste em um conjunto de normas que visam, nos termos do art. 2º da Lei 7.210/84, “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

No Brasil, a execução penal é disciplinada pela Lei 7.210/84, conhecida como Lei de Execução Penal (LEP), a qual, conforme já mencionado, também veio a sofrer alterações pela Lei nº 12.654/12, que acrescentou em seu texto um novo dispositivo, o art. 9º-A.

4.3.1 Alterações Feitas na Lei 7.210/84

O art. 9º-A da Lei 7.210/84, dispõe sobre a identificação do perfil genético dos condenados, mediante extração compulsória de DNA, para armazenamento das informações em bancos de dados sigilosos. A finalidade da extração compulsória seria a de servir de apuração para crime, de autores desconhecidos, que venham a ser praticados futuramente.

Anteriormente ao acréscimo do art. 9º-A na Lei de Execução Penal, não era desconhecida a possibilidade da coleta de material genético do condenado para a produção de provas de natureza criminal. No entanto, esta deveria ser livre e expressamente consentida pelo réu.⁸¹

Por meio do art. 9º-A da Lei 7.210/84, a lei impõe a coleta de material genético de forma compulsória e automática para armazenamento em banco de dados, como trâmite processual normal aos condenados por crimes considerados graves pelo legislador,⁸² quais sejam: crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou ainda pela prática de qualquer um dos crimes hediondos, previstos em rol taxativo na Lei 8.072/90.

⁸¹ MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal / Renato Marcão – 13. Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47.

⁸² MARTINS, Filipe. Lei 12.654/12: a identificação criminal por perfil genético no Brasil. JusBrasil. Disponível em: <<https://lizezmartins.jusbrasil.com.br/artigos/121943801/lei-12654-12-a-identificacao-criminal-por-perfil-genetico-no-brasil>>. Acesso em 01 de novembro de 2018.

Para melhor compreensão da abrangência do disposto no artigo em questão, faz-se necessário a leitura do rol de crimes hediondos, previsto no art. 1º da Lei 8.072, abaixo transcrito:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

I – **homicídio** (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII);

I-A – **lesão corporal dolosa de natureza gravíssima** (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;

II - **latrocínio** (art. 157, § 3º, in fine);

III - **extorsão qualificada pela morte** (art. 158, § 2º);

IV - **extorsão mediante sequestro e na forma qualificada** (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º);

V - **estupro** (art. 213, caput e §§ 1º e 2º);

VI - **estupro de vulnerável** (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

VII - **epidemia com resultado morte** (art. 267, § 1º).

VII-B - **falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais** (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).

VIII - **favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável** (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º).

Parágrafo único. Consideram-se também hediondos o crime de **genocídio** previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, e o de **posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito**, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, todos tentados ou consumados. **(grifos meus)**

Por falta de disposição legal, não há que se falar em extração compulsória de material genético para os condenados por crimes equiparados aos hediondos, salvo se o delito for cometido com violência de natureza grave contra pessoa.⁸³

O art. 9º-A da Lei 7.210/84, prevê ainda, que extração do material genético deverá ser feita por técnica adequada e indolor e que a identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

Pela leitura do §2º do art. 9º-A da Lei 7.210/84 afere-se que o acesso ao banco de dados somente será possível no caso de inquérito instalado, sendo que a autoridade policial, federal ou estadual, deverá requerê-lo ao juiz competente.

Imperioso destacar, apesar da lei não fazer menção à necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória para que seja exigida a coleta do material genético, a doutrina entende pela necessidade de aguardá-lo para que seja respeitado o art. 5º, LVII da Constituição Federal, transcrito abaixo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (grifo meu).

Importante também mencionar que “é juridicamente possível a apreensão de material genético desprendido do corpo do investigado ou réu, sendo desnecessário o assentimento de quem quer que seja, tal providência decorre do disposto no art. 6º, I, II, III, VII, do Código de Processo Penal”.⁸⁴ Tal conduta ocorre frequentemente quando são encontrados na cena do crime vestígios como sangue, saliva, esperma, tecidos orgânicos e outras amostras contendo material genético, hipótese em que a própria autoridade policial deverá determinar a realização de perícia.

⁸³ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 120.

⁸⁴ MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal / Renato Marcão – 13. Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47.

4.4 Banco de Dados

Os bancos de dados genéticos criminais têm o objetivo de auxiliar na resolução de ações penais, funcionando como instrumento de investigação por propiciar o confronto de perfis genéticos oriundos de diferentes fontes como vestígios não identificados coletados no local do crime e amostras-referência de suspeitos e condenados.

Com isso, pode-se comprovar se uma pessoa investigada, esteja ela indiciada ou condenada, deixou qualquer vestígio biológico na cena do crime ou ainda, no corpo da vítima.

A Lei 12.654/12 estabelece que compete ao Poder Executivo expedir regulamento para disciplinar o funcionamento do banco de dados destinado ao armazenamento das informações obtidas através da coleta de material biológico.

Em 12 de março de 2013 foi emitido o decreto nº 7.950/13 que instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

Enquanto o banco visa “armazenar os dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes”.⁸⁵ A rede “visa permitir o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de perfis genéticos da União, Estados e do Distrito Federal”.⁸⁶

O Decreto nº 7.950/13 estabeleceu que “a adesão dos Estados e do Distrito Federal à Rede Integrada ocorrerá por meio de acordo de cooperação técnica celebrado entre a unidade federada e o Ministério da Justiça” e que “o Banco Nacional de Perfis Genéticos será instituído na unidade de perícia oficial do Ministério da Justiça, e administrado por perito criminal federal habilitado e com experiência comprovada em genética, designado pelo Ministro de Estado da Justiça”.

⁸⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 134.

⁸⁶ Idem.

Além disso, o referido decreto, em seu art. 8º dispõe que o Banco Nacional de Perfis Genéticos poderá ser utilizado para a identificação de pessoas desaparecidas. Nessa situação, poderão ser utilizadas amostras cedidas voluntariamente por parentes consanguíneos dos desaparecidos, sendo que estas não poderão ser utilizadas para finalidade diversa da identificatória.

O Decreto nº 7.950/13 estabelece também que compete ao Ministério da Justiça auditar periodicamente o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos para averiguar se suas atividades estão em conformidade com o referido decreto.

Por fim, o Decreto supracitado, em seu art. 5º, I, confere competência ao Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos para promover a padronização de procedimentos e técnicas de coleta, de análise de material genético, e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Perfis Genéticos.

Diante disso, no uso de suas atribuições, o Comitê Gestor, por meio da Resolução nº 9, de 13 de abril de 2018, estabeleceu que a coleta obrigatória de material biológico deve ser usada com técnica adequada e indolor, sendo que a metodologia a ser utilizada deverá ser a descrita no procedimento operacional padrão, de coleta de células da mucosa oral, não devendo ser utilizada a técnica de coleta de sangue.

Normalmente, os bancos de dados criminais são formados por dois conjuntos de perfis genéticos distintos: um banco de dados dos perfis de indivíduos e um banco de dados de perfis obtidos de vestígios encontrados no local do crime.

Ao chegarem ao laboratório forense de DNA, as amostras, tanto as de referência, como as colhidas no local do crime ou ainda, no corpo da vítima, são analisadas e são obtidos os seus perfis genéticos. Após a obtenção destes, é feita uma comparação dos novos perfis genéticos com aqueles que já estavam inseridos no banco de dados, sejam eles perfis dos criminosos ou perfis anônimos dos vestígios encontrados que não foram identificados. O

objetivo aqui é estabelecer coincidência de pessoas com vestígios ou vestígios com vestígios.⁸⁷

A coincidência vestígio-vestígio pode sugerir que uma mesma pessoa esteve presente em diferentes locais de crimes. Já a coincidência vestígio-indivíduo pode sugerir que aquele sujeito esteve presente no local de crime em que o vestígio foi colhido.

Importante lembrar que para que o sigilo seja mantido, são utilizados os dados dissociados do indivíduo, ou seja, os dados não são associados a uma pessoa identificável. Nesse sentido, aduz Lorente Acosta:

todos os dados informatizados gerados, em respeito ao princípio da dissociação de dados, deverão sempre isolar o perfil genético dos dados que possam levar a identificação da pessoa, utilizando-se, para isso, os códigos de barra ou alfanuméricos.⁸⁸

A Lei 12.654/12, ao conferir caráter sigiloso ao banco de dados, determinando ainda que, com exceção da determinação genética do gênero, as informações obtidas por meio da coleta de material genético, não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, visou “evitar que análises inconclusivas acerca do temperamento, do caráter e da personalidade do identificado, sejam utilizadas para se criar um infundado estereótipo do homem delinquente a que se referia Cesare Lombroso”.⁸⁹

É indiscutível o potencial dos bancos de dados de perfis genéticos no auxílio a investigações criminais, no entanto, não se deve olvidar a problemática subjacente a eles, consistente na obtenção do material biológico sem o consentimento do sujeito.

4.5 Dados da Implantação da Lei 12.654/12 no Brasil

CODIS (*Combinated DNA Index System*) é o software do banco de dados nacional dos Estados Unidos (EUA), o qual foi criado, financiado e é

⁸⁷ GARCÍA, O.; Alonso, A. Las bases de datos de perfiles de ADN como instrumento de la investigación policial. In: CASABONA, C. M. R. (Ed.). Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidade. Bilbao-Granada: Comares, 2002, p. 35.

⁸⁸ LORENTE ACOSTA, José Antonio. Identificación genética criminal: importancia medico legal de las bases de datos de ADN. In: Casabona, C. M. R. (Ed.). Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidade. Bilbao-Granada: Comares, 2002, p. 30.

⁸⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 132.

administrado pelo FBI (*Federal Bureau of Investigation*). Esse software foi cedido ao Brasil e é empregado atualmente.

O convênio foi firmado entre o Departamento de Polícia Federal (DPF) e o FBI em 2008. No entanto, a implementação do CODIS no Brasil iniciou-se em 2010 e persiste até hoje.

Duas vezes ao ano, o Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos emite um relatório com dados estatísticos e resultados da utilização do Banco Nacional de Perfis Genéticos e da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. O último relatório divulgado corresponde aos resultados obtidos até maio de 2018 e será analisado a seguir.

Até maio de 2018 participavam da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos 18 laboratórios estaduais, 1 laboratório distrital e 1 laboratório da Polícia Federal, os quais estão distribuídos em 19 estados brasileiros, quais sejam: Amazonas, Amapá, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo. Além desses 19 estados, na época da divulgação do relatório, 3 outros estados estavam em fase de ingresso, são eles: Acre, Alagoas e Rondônia.⁹⁰

Na época da divulgação do primeiro relatório (novembro de 2014), o número total de perfis genéticos cadastrado no Banco Nacional de Perfis Genéticos era de 2.584. No entanto, hoje existem 13.197 perfis genéticos cadastrados no referido banco, o que demonstra uma evolução significativa.

Desses 13.197 perfis genéticos cadastrados, 10.439 amostras são relacionadas a casos criminais, sendo que 6.805 correspondem a vestígios, 3.269 amostras genéticas obtidas de condenados, 355 amostras genéticas coletadas para identificação criminal e 10 em decorrência de decisão judicial.

⁹⁰ VIII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: <<https://aspecgo.com.br/wp-content/uploads/2018/09/VIII-RELATÓRIO-DA-REDE-INTEGRADA-DE-BANCOS-DE-PERFIS-GENÉTICOS-RIBPG-final.pdf>>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

Dados importantes trazidos no VIII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos correspondem ao número de coincidências confirmadas e investigações auxiliadas. Até maio de 2018, foram obtidas, nos casos criminais, 511 coincidências confirmadas, sendo 427 entre vestígios e 84 entre vestígio e indivíduo identificado criminalmente.⁹¹

Os 2.703 perfis genéticos faltantes para completar os 13.197 perfis genéticos cadastrados, são oriundos de amostras relacionadas a pessoas desaparecidas, sendo que 1.164 são da familiares de pessoas desaparecidas, 1.506 são restos mortais não identificados, 13 constituem referência direta à pessoa desaparecida e 20 de pessoas vivas de identidade desconhecida.

Até maio de 2018 a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos apresentou, nos casos de pessoas desaparecidas, 8 identificações confirmadas e estabeleceu 21 vínculos genéticos.

4.6 Críticas à Lei 12.654/12

Apesar da identificação criminal pela coleta de material genético refletir a evolução da ciência, que aplicada ao direito penal e processual penal pode vir a trazer benefícios às referidas áreas do direito, tais como: maior grau de certeza e análise mais ampla. Há que se contrapor as alterações trazidas pela Lei 12.654/12 ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.

No entanto, a contraposição da Lei 12.654/12 ao princípio do *nemo tenetur se detegere* deve ser feita em dois momentos distintos. Isso porque, a referida lei “promove a inserção da identificação criminal por meio de extração de material biológico em duas fases do processo penal completamente equidistantes entre si, sendo a primeira na investigação e a segunda na execução”.⁹²

⁹¹ VIII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: <<https://aspecgo.com.br/wp-content/uploads/2018/09/VIII-RELATÓRIO-DA-REDE-INTEGRADA-DE-BANCOS-DE-PERFIS-GENÉTICOS-RIBPG-final.pdf>>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

⁹² BASSO, Miguel Ângelo. A identificação criminal por meio da coleta do material genético: benefícios e constitucionalidade da Lei nº 12.654/12. Disponível em:

Importante ressaltar que a finalidade da coleta do material biológico será diferenciada: para o investigado, destina-se a servir de prova para um caso concreto e determinado, ou seja, para um crime já ocorrido; já em relação ao apenado, a coleta se destina ao futuro, a alimentar o banco de dados de perfis genéticos e servir de apuração para crimes que venham a ser praticados e cuja autoria seja desconhecida.⁹³

Em relação às alterações trazidas à Lei 12.037/09 pode-se criticar a possibilidade, prevista no texto legal, do juiz agir de ofício na fase do inquérito, uma vez que vigora em nosso ordenamento brasileiro o sistema acusatório, no qual prevalece o entendimento de o magistrado ficar equidistante da fase pré processual.

Além disso, a nova redação da Lei 12.037/09 prevê que só ocorrerá a exclusão dos perfis genéticos quando extinta a punibilidade do delito pela prescrição, o que não é adequado, uma vez que o arquivamento do inquérito ou ainda, a absolvição deveria autorizar a exclusão.

É evidente que caso a defesa solicite a medida de identificação, “com o objetivo de, eventualmente, excluir sua responsabilidade”,⁹⁴ não haverá que se falar em violação ao *nemo tenetur se detegere*, sendo o resultado obtido totalmente legal. Em decorrência disso, “o cerne da questão diz respeito às hipóteses em que pessoa certa e determinada se negar a fornecer material biológico para obtenção de seu perfil genético”,⁹⁵ hipótese não foi disciplinada pela Lei 12.654/12.

Já em relação às alterações trazidas à Lei 7.210/84, o legislador, ao estabelecer a coleta obrigatória de material biológico como efeito da condenação pelos crimes ali descritos, constrange o sujeito a produzir prova contra si mesmo.

<<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/112107/000954095.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

⁹³ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 14. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 435.

⁹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 131.

⁹⁵ Idem.

Nessa hipótese, o conflito surge entre o exercício de um direito fundamental, no caso, o direito a não autoincriminação, e a necessidade de preservação de um bem protegido constitucionalmente. Identifica-se, no caso, colisão entre o interesse individual, representado por direito fundamental, e o interesse da coletividade, representado por outros valores agasalhados na Constituição Federal, como a saúde pública, segurança pública, dentre outros.

Além disso, merece crítica o fato de o art. 9º- A da Lei 7.210/84 não fazer menção expressa à necessidade de aguardar o trânsito em julgado para que seja exigida a coleta do material genético do acusado, o que viola a presunção de inocência, prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Outro ponto que merece crítica, é que o dispositivo em questão, de modo diverso à Lei 12.037/09, não previu a hipótese de exclusão dos dados do banco genético. Dessa forma, não se sabe se vigora a mesma regra da Lei 12.037/09, os dados são retirados após o decurso do prazo prescricional do delito cometido ou se os dados não serão retirados do banco de dados.

CONCLUSÃO

À luz das informações expostas, constata-se que a obrigatoriedade da coleta de material biológico nas hipóteses previstas na Lei 12.654/12, não coaduna-se com os princípios constitucionais, principalmente com o princípio do *nemo tenetur se detegere*, que garante ao réu o direito de não produzir provas contra si mesmo.

Importante mencionar que enquanto mera medida identificadora, a coleta de material genético não viola o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Isso porque, nos termos do art. 187 do Código de Processo Penal, a identificação é obrigatória ao acusado, não podendo ele, mentir sobre sua qualificação, sob pena de ser responsabilizado penalmente.

Apesar do silêncio da Lei 12.037/09 em relação à recusa do sujeito em fornecer material biológico, não deve aqui, sequer ser discutida a possibilidade de violação ao *nemo tenetur se detegere*, uma vez que a questão é disciplinada pelo art. 187 do Código de Processo Penal, acima exposto, e também pelo art. 68 da Lei de Contravenções Penais que dispõe que aquele que “recusar à autoridade, quando por esta, justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência” cometerá contravenção penal e estará sujeito a multa.

Com base no exposto, a obrigatoriedade do fornecimento do material biológico na hipótese disciplinada pela Lei 12.037/09, se justifica com base no princípio da intranscendência, previsto no art. 5º, XLV da Constituição Federal, que estabelece que a pena não pode passar da pessoa do condenado, sendo, para tanto, fundamental a identificação do acusado. Dessa forma, não há que se falar aqui, na inconstitucionalidade dos dispositivos acrescentados à Lei 12.037/09, pela Lei 12.654/12.

Havendo lei restritiva ao *nemo tenetur se detegere*, como é o caso da Lei 12.654/12 ao trazer novo dispositivo à Lei 7.210/84, necessário se faz o exame desta, de modo a verificar se esta respeita o princípio da proporcionalidade, uma vez que, por meio dos requisitos da adequação,

necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, pode-se aferir a constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Através da análise da lei, se ficar demonstrada sua inadequação, desnecessidade ou desproporção entre o objetivo perseguido e o sacrifício imposto ao direito restringido, será possível declarar a sua inconstitucionalidade.

Em se tratando da coleta compulsória de material biológico como efeito automático da condenação por crime praticado com grave violência ou ainda por crimes hediondos, prevista no art. 9º-A da Lei 7.210/84, não fica demonstrado o requisito da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que a violação ao *nemo tenetur se detegere*, decorrente da obrigação imposta ao condenado, não é proporcional ao produto almejado, dado que, conforme já demonstrado no presente trabalho, os resultados relacionados à taxa de coincidências dos perfis genéticos inseridos no Banco de Dados de Perfis Genéticos brasileiro são mínimos.

Já em relação ao requisito da necessidade, apesar das estatísticas para reincidência de crimes graves contra a pessoa e hediondos ser superior a 50% e o índice de homicídios esclarecidos no Brasil não ultrapassar 5% dos casos, demonstrando a necessidade da adoção de novas medidas pelo Estado, constranger o sujeito a produzir provas contra si mesmo não constitui a solução menos restritiva a direitos individuais. Por tal medida violar diversos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, direito de não produzir provas contra si mesmo, presunção de inocência, dentre outros, resta demonstrada a não incidência do requisito da necessidade à hipótese disciplinada pelo art. 9º-A da Lei 7.210/84.

Por fim, em relação ao requisito da adequação, pode-se afirmar que este também não está caracterizado, já que o processo da coleta do material genético nem sempre possibilitará que sejam atingidos os resultados pretendidos. Longe disso, conforme demonstrado anteriormente no presente trabalho, as estatísticas publicadas pelo próprio Comitê Gestor, mostram que poucas são as hipóteses de coincidência entre perfis genéticos constantes do banco de dados.

Com base no exposto, constata-se que o art. 9º-A da Lei 7.210/84 viola não só o princípio do *nemo tenetur se detegere*, como também outras garantias constitucionais, devendo, por esse motivo, ser declarado inconstitucional.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.
- BARROS, Antonio Milton de. *Da prova no processo penal: apontamentos gerais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 35.
- BASSO, Miguel Ângelo. *A identificação criminal por meio da coleta do material genético: benefícios e constitucionalidade da Lei nº 12.654/12*. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/112107/000954095.pdf?sequencia=1>>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 01 de novembro de 2018.
- _____. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2018.
- _____. Lei nº 12.654, de 28 de Maio de 2012. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2018.
- _____. Lei nº 8.072, de 25 de Julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 12 de novembro de 2018.
- _____. Lei nº 12.037, de 1º de Outubro de 2009. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2018.

- CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Clarendon, s. d., p. 259.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 12^a ed. Saraiva, 2005.
- CARRIO, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*. 3. Ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1997
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Positivo*. / Kildare Gonçalves Carvalho. 21. Ed. Belho Horizonte: Del Rey, 2015.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos*. 2. Ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2000.
- GARCÍA, O.; Alonso, A. *Las bases de datos de perfiles de ADN como instrumento de la investigación policial*. In: CASABONA, C. M. R. (Ed.). *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidade*. Bilbao-Granada: Comares, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 13 de outubro de 2018.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal / Rogério Greco*. – 17. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada: volume único* / Renato Brasileiro de Lima – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2016.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal / Aury Lopes Jr.* – 14. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal / Renato Marcão* – 13. Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

LORENTE ACOSTA, José Antônio. *Identificación genética criminal: importância medico legal de las bases de datos de ADN*. In: Casabona, C. M. R. (Ed.). *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidade*. Bilbao-Granada: Comares, 2002.

MARTINS, Filipe. *Lei 12.654/12: a identificação criminal por perfil genético no brasil*. JusBrasil. Disponível em: <<https://lipezmartins.jusbrasil.com.br/artigos/121943801/lei-12654-12-a-identificacao-criminal-por-perfil-genetico-no-brasil>>. Acesso em 01 de novembro de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

PELLEGRINE GRINOVER, Ada; SCARANCE FERNANDES, Antônio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 2. Ed. São Paulo, Malheiros, 1992.

QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. / Maria Elisabeth Queijo. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

VIII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: <<https://aspecgo.com.br/wp-content/uploads/2018/09/VIII-RELATÓRIO-DA-REDE-INTEGRADA-DE-BANCOS-DE-PERFIS-GENÉTICOS-RIBPG-final.pdf>>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de Inocencia y Prueba em el Proceso Penal*. Editorial La Ley, Madrid (España) 1993, p. 32.