

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

SANURA DAUR CARRIÇO SCALON

**Lei 12.654/12: Identificação Criminal e a Necessidade do Consentimento**

Uberlândia - MG

2019

SANURA DAUR CARRIÇO SCALON

**Lei 12.654/12: Identificação Criminal e a Necessidade do Consentimento**

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<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Simone Silva Prudêncio

Uberlândia – MG

2019

**Lei 12.654/12: Identificação Criminal e a Necessidade do Consentimento**

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<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Simone Silva Prudêncio

**Banca Examinadora:**

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup>. Simone Silva Prudêncio

---

Examinador (a)

---

Examinador (a)

## RESUMO

Em linhas gerais, o presente trabalho de pesquisa monográfica discute a Lei nº 12.654/12 frente ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Para isso, é feito um estudo do referido princípio, com breve análise histórica, além dos principais princípios relacionados ao assunto em tela. Posteriormente, aborda-se a questão das provas, da coleta de material genético e a necessidade do consentimento do acusado ou condenado. Ainda, analisa as principais alterações promovidas pela lei nos institutos da Execução Penal e da Identificação Criminal. Nesse sentido, o trabalho visa analisar a Lei nº 12.654/12 diante aos princípios e garantias assegurados na Constituição Federal de 1988, verificando as possíveis inconstitucionalidades que poderiam ser sanadas pelo simples consentimento ou outra forma já existente de identificação.

**Palavras-chave:** Princípio *Nemo Tenetur se Detegere*. Identificação Criminal. Coleta de material genético. Lei 12.654/12. Consentimento.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>6</b>
<b>1 PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i></b> .....	<b>9</b>
1.1 Conceito .....	9
1.2 Breve análise histórica .....	11
1.3 Garantia à não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro .....	13
<b>2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO</b> .....	<b>16</b>
2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana .....	16
2.2 Princípio da presunção de inocência .....	17
2.3 Princípio da proporcionalidade .....	19
2.4 Princípio do devido processo legal .....	20
2.5 Princípio do contraditório e da ampla defesa .....	22
<b>3 PROVAS QUE DEPENDEM DA COLABORAÇÃO DO ACUSADO E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS</b> .....	<b>24</b>
3.1 Provas não-invasivas e provas invasivas .....	24
3.2 Consentimento do acusado para realização da identificação criminal .....	27
3.3 Consequências da realização da prova sem o consentimento .....	31
<b>4 LEI 12.654/2012 – COLETA DE PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL</b> .....	<b>35</b>
4.1 Identificação criminal do civilmente identificado .....	36
4.2 Alterações na Lei de identificação criminal (12.037/09) .....	38
4.3 Alterações na Lei de Execução Penal (7.210/84) .....	42
4.4 Recurso Extraordinário nº 973.837 .....	44
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>45</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>48</b>

## INTRODUÇÃO

Duas vertentes bastante emblemáticas no processo penal brasileiro são a do direito à produção de provas e a do direito à não autoincriminação. A primeira tem relação com a elucidação dos fatos e busca pela verdade acima de tudo, ou seja, um efficientismo penal. Assim, a violação de direitos do imputado faz-se necessária para conseguir provas e, conseqüentemente, esclarecer o autor do crime. Relativiza-se garantias individuais e fundamentais em face do direito da população à segurança.

Por outro lado, a segunda visa proteger os direitos fundamentais que mantém relação com a proteção do indivíduo que está sendo acusado, como a dignidade da pessoa humana, a integridade física e psicológica, a intimidade, entre outros. Desse lado, busca-se um garantismo penal comprometido com a observância do sistema acusatório e do Estado Democrático de Direito.

Assim, sendo o processo penal embasado nos pilares do garantismo penal, que assegura o direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), o direito de não produzir provas contra si e não permitir que terceiros violem sua intimidade para produção dessas provas, a Lei citada adiante veio na contramão dessas garantias.

Por meio da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, houve alterações na Lei de Identificação Criminal (12.037/2009) e de Execução Penal (7.210/84). No que tange à primeira, incluiu-se a possibilidade de identificação criminal do civilmente identificado mediante o material genético, quando essencial às investigações policiais e determinada pelo juiz.

Já na segunda hipótese, a lei prevê que serão submetidos à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, todos aqueles condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes denominados hediondos.

A identificação tem como objetivo básico individualizar a pessoa, para que o Estado possa punir ou inocentar corretamente.

O art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal de 1988, dispõe que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas

hipóteses previstas em lei. Assim, a Lei nº 12.037/09 em seu art. 2º elenca um rol de documentos para a identificação civil dos indivíduos, e o art. 3º regulamenta as hipóteses em que, mesmo sendo devidamente identificado, faz-se cabível a identificação criminal através dos processos fotográfico e datiloscópico, além da coleta de material biológico para obtenção do perfil genético.

Todavia, questiona-se se tal forma de identificação faz-se realmente necessária, uma vez que há outras formas de singularização das pessoas. Por que determinar um novo tipo de identificação criminal, sujeitando o investigado a um procedimento invasivo como a coleta de DNA, se ele já se encontra suficientemente identificado?

Qual deverá ser o tratamento dispendido se não houver o consentimento do indivíduo para a realização da extração com fim de identificação criminal, sendo ele condenado ou investigado?

Considerando a coerção da coleta de material genético, podendo se referir como coleta de material genético compulsória, a situação chegou ao Supremo Tribunal Federal pelo Recurso Extraordinário nº 973.837, para análise da constitucionalidade do artigo 9-A incluído na LEP. Pois, conforme será explanado, a obrigatoriedade violaria diversos princípios constitucionais norteadores do Processo Penal.

Observa-se que desde a instituição da Lei 12.654 em 2012, a criação de um banco de dados de pessoas condenadas e a coleta de material genético como forma de identificação criminal recebem críticas de grande parte dos juristas e estudiosos do Direito.

Diante das inovações trazidas pelo diploma legal e, confrontando-se as disposições normativas com diversos princípios constitucionais norteadores do Processo Penal, o tema chegou à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário nº 973.837, ainda em trâmite, com sua repercussão geral reconhecida, suspendendo o exame dos casos análogos nas demais instâncias até o final do julgamento do tema.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que, em ambos os casos, o que é chamado de coleta para identificação criminal, na realidade é meio de prova a fim de comprovar a autoria de delitos. Pois, se assim não fossem, utilizaria de outros meios não-invasivos, como o reconhecimento facial.

Ante o exposto, quanto ao desenvolvimento, o trabalho foi dividido em quatro capítulos. O primeiro visa conceituar o princípio *nemo tenetur se detegere* (princípio da não autoincriminação) e fazer uma breve análise histórica, além de verificar como foi sua evolução no direito brasileiro e sua aplicação em diplomas nacionais e internacionais.

Já o segundo capítulo explicita alguns princípios constitucionais que norteiam o Direito Processual Penal e que se entende necessários para o maior embasamento do trabalho, quais sejam: dignidade da pessoa humana; presunção de inocência; proporcionalidade; devido processo legal; contraditório e ampla defesa.

O terceiro capítulo faz uma breve explanação do conceito de provas invasivas e não invasivas, além de introduzir o assunto das intervenções corporais. Aproveita, ainda, para explorar o consentimento do acusado como forma de suprir qualquer inconstitucionalidade que possa vir a existir e quais seriam as consequências se o sujeito não consentir.

Por sua vez, o capítulo derradeiro trata da Lei nº 12.654/12, abordando criticamente as principais alterações realizadas na forma de identificação criminal e na execução penal.

Utilizar-se-á do estudo pesquisas bibliográficas – obras e artigos científicos – pertencentes ao Direito Processual Penal e ao Direito Constitucional para a elaboração da presente monografia, além do exame da legislação que regulamenta a coleta de material genético. A metodologia é a científica-dedutiva, pois parte de um contexto amplo do tema para depois abordar as suas particularidades, de acordo com o raciocínio lógico-dedutivo. Isso a fim de alcançar conclusões específicas sobre o assunto.



## 1 PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

### 1.1 Conceito

A expressão latina *nemo tenetur se detegere* vislumbra-se no princípio da não autoincriminação e significa, literalmente, que ninguém é obrigado a se descobrir<sup>1</sup>, ou seja, qualquer pessoa acusada da prática de um ilícito penal não tem o dever de se autoincriminar; de produzir prova em seu desfavor, tendo como sua manifestação mais tradicional, mas não única, o direito ao silêncio. Pelo direito anglo-americano é conhecido pela expressão *privilege against self-incrimination*.

Toda pessoa acusada de algum delito tem o direito de não depor contra si mesma, nem se confessar culpada, devendo ser respeitado não só direito ao silêncio como também o de não cooperar com a produção de provas, abstendo-se de comportamentos possivelmente autoincriminatórios. Nesse sentido:

O princípio do *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações. Como direito fundamental, o *nemo tenetur se detegere* insere-se entre os direitos de primeira geração, ou seja, entre os direitos da liberdade. O titular de tais direitos é o indivíduo diante do Estado.<sup>2</sup>

O sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório. O fato de a pessoa fazer uso desse direito não gera (ou não deveria gerar) nenhuma presunção de culpabilidade ou prejuízo para o imputado.

Ainda, conforme assevera Nucci, o *nemo tenetur se detegere*:

Trata-se de decorrência natural da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e da ampla defesa (art. 5º, LV) com o direito humano fundamental que permite ao réu manter-se calado (art. 5º, LXIII). Se o indivíduo é inocente, até que seja provada sua culpa, possuindo o direito de produzir

---

<sup>1</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e sua decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 4.

<sup>2</sup> Idem, p. 77.

amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo.<sup>3</sup>

Importante destacar que o direito ao silêncio é só uma faceta do direito à não autoincriminação, constituindo-se somente uma parte de uma garantia muito maior que é a da não autoincriminação. O sujeito não pode sofrer nenhum prejuízo pelo não fazer ou por se recusar a falar.<sup>4</sup>

Sobre o direito ao silêncio, a Constituição faz previsão no artigo 5º, LXIII: o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Trata-se, comparativamente, do chamado aviso de Miranda ou “Miranda Rights” de origem norte-americana, com origens no *leading case* Miranda v. Arizona. A partir disso, o policial tem o dever de ler para o sujeito as prerrogativas que ele possui, seu direito de não responder e de ser assistido por um advogado, bem como avisa que tudo o que disser poderá ser usado contra ele, sob pena de não ter validade o que for feito.<sup>5</sup>

Sobre o tema, Alexandre de Moraes leciona:

A garantia ao silêncio do acusado foi consagrada no histórico julgamento norte-americano ‘Miranda v. Arizon’, em 1966, em que a Suprema Corte, por cinco votos contra quatro, afastou a possibilidade de utilização como meio de prova de interrogatório policial quando não precedido da enunciação dos direitos do preso, em especial, ‘você tem o direito de ficar calado’ (you have the right to remain silent...), além de consagrar o direito do acusado em exigir a presença imediata de seu advogado.<sup>6</sup>

Pode-se citar como outras manifestações desse amplo direito, quais são: o direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal; o direito de não declarar contra si mesmo; o direito de não confessar e o direito de não falar a verdade.

---

<sup>3</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 11. Ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 68.

<sup>4</sup> LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 153.

<sup>5</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único – 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 115.

<sup>6</sup> MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 286.

Segundo Ferrajoli<sup>7</sup> o princípio *nemo tenetur se detegere* é a primeira máxima do garantismo processual acusatório e dele seguem-se, como corolários: a proibição da tortura espiritual, como a obrigação de dizer a verdade; o direito de silêncio, assim como a faculdade do imputado de faltar com a verdade nas suas respostas; a proibição, pelo respeito devido à pessoa do imputado e pela inviolabilidade da sua consciência, não só de arrancar a confissão com violência, senão também de obtê-la mediante manipulações psíquicas, com drogas ou práticas hipnóticas; a consequente negação de papel decisivo das confissões; e, por fim, o direito do imputado de ser assistido por defensor no interrogatório, para impedir abusos ou quaisquer violações das garantias processuais.

Em suma, através do princípio *nemo tenetur se detegere*, o sujeito passivo não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa.

## 1.2 Breve análise histórica

“De início, pode-se anotar que a garantia contra a autoincriminação deita suas remotas raízes no *jus commune* medieval, tendo acento no direito canônico através da fórmula *nemo tenetur se ipsum prodere* (ninguém é obrigado a acusar a si mesmo).”<sup>8</sup>

No mesmo sentido, segundo Haddad:

Apregoa-se que algumas formas do direito deitam raízes na Antiguidade, época em que se empregava o aforismo *nemo tenetur prodere seipsum*. Reputa-se à pena de São João Crisóstomo ter proclamado pela primeira vez que nenhuma pessoa poderia ser compelida a descobrir-se em público (407 a.C.).<sup>9</sup>

Apresentou, ainda, as máximas latinas *nemo tenetur punitur sine accusatore* e *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, que consistem, respectivamente, na garantia de que nenhum juiz poderia instaurar, por sua

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão, 1997. In: LOPES Jr, Aury. Direito Processual Penal. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 153.

<sup>8</sup> MARTELETO FILHO, Wagner. O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 5.

<sup>9</sup> HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação. Campinas: Bookseller, 2005, p. 89.

própria iniciativa, um procedimento contra alguém, sendo necessária a existência de uma acusação formal e, por último, ninguém deve ser obrigado a se tornar testemunha contra si mesmo, porque ninguém deve ser obrigado a revelar sua própria vergonha.<sup>10</sup>

Da mesma forma, na Idade Média, conforme afirma Maria Elizabeth Queijo<sup>11</sup>, havia a tendência à utilização processual, no que diz respeito à prova, dos conhecimentos do acusado. Não se utilizava do princípio em comento.

Com o sistema inquisitorial, no início da Idade Moderna, não havia espaço para o silêncio do acusado, e a verdade era extorquida por qualquer meio, como tortura ou violência física e moral, a fim de produzir provas em desfavor do réu. Como nesse sistema a confissão era a prova máxima de culpa - “rainha das provas” -, utilizava-se qualquer procedimento para confirmar a hipótese acusatória.

A partir de 1640, no entanto, a garantia contra a autoincriminação tornou-se um direito reconhecido no *common law*, disseminado a ponto de ser inserido na Constituição norte-americana décadas mais tarde. A mudança essencial foi transformar o interrogatório de meio de prova em meio de defesa – não deve visar à obtenção de confissão, mas sim dar oportunidade ao acusado de ser ouvido.

Avançando, com o surgimento do Iluminismo, no século XVIII, vieram críticas à irracionalidade do sistema e a desumanidade da tortura, sendo debatidas na obra *Dos Delitos e das Penas*, conforme trecho a seguir:

Eis uma proposição bem simples: ou o crime é certo, ou é incerto. Se é certo, só deve ser punido com a pena estabelecida pela lei, e a tortura é inútil, pois já não se tem necessidade das confissões do acusado. Se o delito é incerto, não se deve atormentar o inocente. Com efeito, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não se provou.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> MARTELETO FILHO, Wagner. O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 7.

<sup>11</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo. São Paulo, Saraiva: 2003, p. 7.

<sup>12</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 3ª edição – 3ª Tiragem, CL EDIJUR – Leme/SP – Edição 2015, p. 38.

Ademais, a implantação do sistema acusatório, em que o acusado tem sua dignidade respeitada, possibilitou a efetivação da garantia contra a autoincriminação, nos séculos XIX e XX<sup>13</sup>, tanto na Europa Continental, como na Inglaterra e suas colônias, sob influência da Revolução Francesa e do Iluminismo.

Resume-se, modernamente, que na forma como conhecemos esse princípio, “o nascimento do *nemo tenetur se detegere* está ligado à necessidade de superação das mais variadas formas de absolutismo, estatal ou eclesiástico, que ao longo da história submeteram o homem ao exercício do poder.”<sup>14</sup>

Atualmente, conforme afirma Queijo:

O princípio “*nemo tenetur se detegere*” assumiu um 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.<sup>15</sup>

A partir disso, vários diplomas internacionais surgiram a fim de garantir efetividade à garantia da não autoincriminação.

Nos Estados Unidos, em 1789, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 9º, dispôs sobre a presunção de inocência. No mesmo sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, no artigo 14, inciso III, alínea “g”, inseriu a garantia de que o acusado não é obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado.

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

---

<sup>13</sup> Idem, p. 17.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 207.

<sup>15</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 27.

### 1.3 Garantia à não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro

“A Constituição brasileira de 1988, como um todo, tem antes e acima de tudo um valor histórico. Foi ela o ponto culminante do processo de restauração do Estado Democrático de Direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista de exercício do poder, timbrada na intolerância e na violência.”<sup>16</sup> Assim, a Constituição fundamentalmente explicita direitos e garantias individuais.

Dessa forma, houve a superação de olhar para o réu ou o mero suspeito como objeto de provas, como bem explica Aury Lopes:

Com a superação dessa coisificação do réu e a assunção de seu status de sujeito de direito, funda-se o mais sagrado de todos os direitos: o direito de não produzir prova contra si mesmo (nada a temer por se deter – *nemo tenetur se detegere*). Desse verdadeiro princípio, desdobram-se importantes vertentes, como o direito de silêncio e a autodefesa negativa.<sup>17</sup>

Antes da promulgação da Constituição em 1988, o silêncio do acusado – uma das faces do *nemo tenetur* - gerava consequências negativas à defesa. Nesse sentido, enfatiza Queijo:

Antes da promulgação do citado texto constitucional, admitia-se o silêncio do acusado, mas dele poderiam ser extraídas consequências desfavoráveis para a defesa, com repercussões sobre o convencimento do julgador. Vale dizer, não havia, efetivamente, direito ao silêncio, pois do exercício regular de um direito não pode advir qualquer consequência negativa para o seu titular.<sup>18</sup>

O *status* constitucional do princípio contra a autoincriminação foi insculpido na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º LXIII, ao estabelecer que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, mais precisamente como o direito ao silêncio, uma das facetas do amplo direito de não se auto incriminar. Assim, Queijo afirma:

Importante ressaltar que o texto constitucional refere-se especificamente ao acusado preso não para excluir a tutela ao acusado em liberdade, mas porque é nessa condição que o indivíduo se encontra mais vulnerável.

<sup>16</sup> HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação. Campinas: Bookseller, 2005, p. 53

<sup>17</sup> LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 454.

<sup>18</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o *princípio nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 153.

Igualmente, o direito ao silêncio, assegurado no texto constitucional, não se aplica somente ao interrogatório no inquérito policial, mas também em juízo.

Em face da Constituição de 1988, antes de iniciar o interrogatório, independentemente de previsão em legislação ordinária, o juiz deverá observar ao acusado que tem ele direito ao silêncio.

Em razão do reconhecimento do direito ao silêncio no texto constitucional de 1988, o posicionamento predominante na doutrina processual penal é de que o interrogatório é meio de defesa.<sup>19</sup>

Importante ressaltar que no âmbito dos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil que fazem expressa menção à garantia em tela, encontra-se o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>20</sup> e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>21</sup>, ratificados e acolhidos no ordenamento brasileiro em 1992.

Além dos dispositivos citados, também há previsão do *nemo tenetur* – mais precisamente sua vertente do direito ao silêncio - no Código de Processo Penal. O artigo 186 preceitua que “depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”. O parágrafo único prevê que “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

---

<sup>19</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o *princípio nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131.

<sup>20</sup> (...) 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

<sup>21</sup> (...) 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

## 2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

### 2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado basilar de todos os Estados Democráticos de Direito, servindo como premissa para os outros direitos fundamentais. No Brasil, esse princípio é considerado como um dos objetivos da República Federativa, conforme dispõe o art. 1º, III, da Constituição Federal:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.

Segundo Sarlet, a dignidade da pessoa humana é um:

Valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual para muitos se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa.<sup>22</sup>

Ainda, conforme aponta Maria Elizabeth Queijo:

A dignidade é da essência da natureza humana. É considerado um conceito a priori preexistente. Assinala-se que a dignidade assegura um mínimo de respeito ao homem pelo só fato de ser homem. Por isso, não resulta de criação normativa. A dignidade humana não abrange apenas a liberdade, mas a garantia de condições mínimas de existência.<sup>23</sup>

Assim, pode-se afirmar que os direitos fundamentais decorrem da dignidade da pessoa humana e são limitados por ela. Ou seja, ela atua como uma barreira contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais.<sup>24</sup>

Ademais, segundo Marteleto Filho, a dignidade da pessoa humana limita o agir investigatório do Estado<sup>25</sup>, visto que há de se respeitar à integridade física e à liberdade individual do acusado.

---

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, 2. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002. p. 74.

<sup>23</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102.

<sup>24</sup> Idem, p. 123.



Em suma, o princípio em comento é um direito básico e essencial para a vida e a existência digna da pessoa. Diante disso, abarca várias outras garantias conexas como a presunção de inocência, o devido processo legal, o direito de não produzir provas contra si mesmo, a proporcionalidade, o contraditório, entre outros.

## 2.2 Princípio da presunção de inocência

Esse princípio foi consagrado pela primeira vez em 1789, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que estabelece em seu artigo 9 que “todo homem é inocente até que seja declarado culpado”.

Já em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamou o princípio da presunção de inocência no seu artigo 11, §1º:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Por sua vez, o artigo 5º, LVII, da CF dispõe que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Isso, segundo Ferrajoli<sup>26</sup>, ocorre para resguardar a imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha que se pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois o maior interesse é que todos os inocentes sejam protegidos.

Assim sendo, afirma Suannes:

Nada justifica que alguém, simplesmente pela hediondez do fato que se lhe imputa, deixe de merecer o tratamento que sua dignidade de pessoa humana exige. Nem mesmo sua condenação definitiva o excluirá do rol dos seres humanos, ainda que em termos práticos isso nem sempre se mostre assim. Qualquer distinção, portanto, que se pretenda fazer em razão da natureza do crime imputado a alguém inocente contraria o princípio da isonomia, pois a Constituição Federal não distingue entre mais-inocente e menos-inocente. O que deve contar não é o interesse da sociedade, que tem na Constituição Federal, que prioriza o ser humano, o devido tratamento, mas o

---

<sup>25</sup> MARTELETO FILHO, Wagner. O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 44.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão, 1997. In: LOPES Jr, Aury. Direito Processual Penal. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 143.

respeito à dignidade do ser humano, qualquer seja o crime que lhe é imputado.<sup>27</sup>

A presunção de inocência tem por finalidade evitar juízos condenatórios precipitados, protegendo pessoas potencialmente culpáveis contra eventuais excessos das autoridades públicas.

Segundo Aury Lopes, esse princípio impõe um dever de tratamento, atuando em duas dimensões em relação ao processo: uma interna e outra externa.<sup>28</sup> Na primeira, o dever é imposto ao juiz da causa e determina que o ônus da prova é do acusador. Já a segunda proíbe a publicidade abusiva e a estigmatização precoce do réu, ou seja, o espetáculo que a mídia faz em torno da situação deve ser coibido para preservar a presunção de inocência.

Dessa forma, em virtude da dimensão interna, extrai-se que não é possível obrigar o acusado a cooperar na investigação do fato ou que ele faça provas contra si mesmo, estando esse princípio intimamente ligado com o *nemo tenetur se detegere*.

Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza judicial, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória do acusador e reforça a regra de julgamento - não condenar o réu em que a sua culpabilidade não tenha sido suficientemente demonstrada.<sup>29</sup>

Em suma, a presunção de inocência impõe um dever de tratamento, uma vez que exige que o réu seja tratado como inocente durante todo o procedimento. De tal sorte, não poderá ser submetido a qualquer medida que possa implicar em sua incriminação.

---

<sup>27</sup> SUANNES, Adauto. Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal. São Paulo, RT, 1999. p. 232.

<sup>28</sup> LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 145.

<sup>29</sup> LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 520.

## 2.3 Princípio da Proporcionalidade

Historicamente, o princípio da proporcionalidade encontra suas remotas origens nas teorias jusnaturalistas, no bojo do ideário de se garantir a liberdade do cidadão em face dos interesses da administração.<sup>30</sup>

Na Constituição Federal de 1988, é um princípio implícito e tem como finalidade principal a preservação dos direitos fundamentais contidos na Magna Carta, de modo que eles não sejam desprezados senão para garantir a proteção de outros direitos igualmente relevantes, somente se essa medida for necessária e adequada. Segundo Humberto Ávila:

A proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável.<sup>31</sup>

A proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: a idoneidade ou adequação, a necessidade ou intervenção mínima e a proporcionalidade em sentido estrito.

Em linhas gerais, a adequação diz respeito à proibição do excesso, ou seja, analisa a causalidade entre o meio utilizado e o fim almejado. É necessário, então, ponderar se a medida aplicada é apta para alcançar o que se pretende.

Já o subprincípio da necessidade exige um juízo de valor para aplicação da medida já tida como apta à luz da idoneidade para alcance da finalidade.<sup>32</sup> Assim, entre as alternativas igualmente possíveis, deve-se buscar a que menos restrinja o direito individual afetado, ou seja, exige a intervenção mínima possível na esfera do outro direito. No mesmo sentido, leciona Maria Elizabeth Queijo:

A respeito do princípio da necessidade, Suzana de Toledo Barros preleciona que a medida restritiva imposta deverá ser 'indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental' e,

---

<sup>30</sup> BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle constitucional das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 33.

<sup>31</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 113.

<sup>32</sup> MARTELO FILHO, Wagner. O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 96.

além disso, 'não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa'. Ou seja, da necessidade decorrem a indispensabilidade da restrição ao direito fundamental e o menos gravame possível para ele.<sup>33</sup>

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito consiste em, após a constatação da adequação e necessidade da medida, comparar a importância da realização do fim e a intensidade da restrição dos direitos fundamentais envolvidos. Assim, se o sacrifício for excessivo, não poderá considerar a medida, ainda que os demais pressupostos tenham sido preenchidos. Tem que haver razoabilidade da restrição imposta a um direito fundamental sobre o outro.

Em igual direção, assevera Canotilho:

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito (= princípio da justa medida) significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adopte cargas coactivas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionais em relação aos resultados obtidos.<sup>34</sup>

Em suma, é a necessidade de compatibilizar os fins públicos pretendidos com os meios utilizados, uma vez que deve observar as garantias individuais de cada cidadão. 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.

## 2.4 Princípio do devido processo legal

Conforme dispõe o art. 5º, LIV, da CF: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Esse princípio foi incorporado a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que garante:

Artigo XI – 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha

---

<sup>33</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 344.

<sup>34</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª edição, Lisboa: Ed. Almedina, 1998, p. 417.

... sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Assim, verifica-se que há duas vertentes desse princípio: formal (ou processual) e material (ou substancial).<sup>35</sup>

De um lado, formalmente, quer dizer que é indispensável, antes de qualquer medida restritiva de direitos, ter um processo em conformidade com as regras procedimentais previamente estabelecidas. De outro, materialmente, o processo deve ser adequado e substancialmente devido, resguardando todos os princípios e direitos garantidos ao acusado.

O devido processo legal formal dirige-se, principalmente, ao juiz. Enquanto o substancial, em um primeiro momento, ao legislador, constituindo-se como limite à sua atuação.

Segundo Marcelo Novelino:

O princípio do devido processo legal é o núcleo material comum de todas as garantias relacionadas à efetividade e à justiça, não apenas dos processos judiciais, mas também dos administrativos. É exatamente a aplicação das garantias constitucionais processuais ao processo administrativo que faz dele um verdadeiro processo e não um mero procedimento.<sup>36</sup>

Por fim, ressalta-se que o princípio em comento é de suma importância ao Direito, pois dele decorrem vários outros postulados, quais sejam: 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, da proporcionalidade.

Em suma, o processo deve atender às finalidades consubstanciadas em direitos e garantias e dar a máxima efetividade ao direito penal, além de requerer um juiz imparcial e estrita observância ao curso legal do processo.

---

<sup>35</sup> NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 545.

<sup>36</sup> Idem, p. 546.

## 2.5 Princípio do contraditório e da ampla defesa

Tanto o contraditório quanto a ampla defesa estão dispostos no art. 5º, LV, da CF:

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:

LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

De acordo com Ada Pellegrini:

Defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.<sup>37</sup>

Assim, verifica-se que o direito de defesa pode ser exercido sem que tenha instaurado o contraditório, sendo possível a violação de só um deles. Segundo Aury Lopes, é possível cercear o direito de defesa pela limitação no uso de instrumentos processuais, sem que necessariamente também ocorra violação do contraditório. A situação inversa é, teoricamente, possível, mas pouco comum, pois em geral a ausência de comunicação gera a impossibilidade de defesa.<sup>38</sup>

O contraditório pode ser definido como um método para confrontar as provas trazidas por partes contrárias ao processo e consubstancia-se na parêmia *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida.<sup>39</sup>

É o direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos realizados durante o processo, ou seja, é o direito de ser informado e de participar. Nesse sentido, Aury Lopes<sup>40</sup> explica que os dois polos da garantia do contraditório são: informação e reação. A efetividade do contraditório está amparada no direito de informação

<sup>37</sup> PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCA FERNANDES, Antônio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. 2. Ed. São Paulo, Malheiros, 1992, p. 63.

<sup>38</sup> LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. – 14. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 147.

<sup>39</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, volume 1. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 73.

<sup>40</sup> LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 194-195.

e participação – que se realiza por meio da reação - dos indivíduos na administração de Justiça. Para participar, é imprescindível ter a informação.

Já a ampla defesa divide-se em técnica e pessoal.

A defesa técnica pressupõe a assistência de uma pessoa com conhecimentos do Direito, qual seja um advogado ou defensor. Ela é indisponível e imprescindível, uma vez que não é só interesse do próprio acusado, é também uma exigência da sociedade e do Estado. Trata-se, portanto, de um instrumento imperativo de ordem pública.<sup>41</sup>

Nesse sentido, a Constituição Federal garante no art. 5º, LXXIV, que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. A necessidade da defesa técnica também está expressa no art. 261 do CPP, dispondo que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Já a defesa pessoal - ou autodefesa - consiste na prática de atos dirigidos a resistir ao poder investigativo do Estado, fazendo valer seu direito de liberdade. Ela pode ser dividida em defesa pessoal positiva e negativa.

A defesa pessoal positiva traduz-se no direito do acusado de praticar atos, declarar, constituir defensor, submeter-se a intervenções corporais, fornecimento de material para exames periciais ou genéticos, participar de acareações, reconhecimentos, reconstituição, etc.

Compreende-se que a negativa, conforme Aury Lopes<sup>42</sup> defende, possibilita uma completa omissão, um direito de não fazer e não colaborar com diligências.

Segundo Aury Lopes, há várias manifestações da defesa pessoal, mas a maior relevância de debate encontra-se no interrogatório.<sup>43</sup> Nesse ato, o sujeito tem a possibilidade de contar a sua história, mas também de ficar em silêncio, sem que isso seja levado de forma a prejudicar sua situação. Assim, conclui-se que, ao contrário da defesa técnica, a autodefesa é renunciável.

---

<sup>41</sup> LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 546.

<sup>42</sup> LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 150.

<sup>43</sup> Idem, p. 150.

### 3. PROVAS QUE DEPENDEM DA COLABORAÇÃO DO ACUSADO E INTERVENÇÕES CORPORAIS

As intervenções corporais *strictu sensu* são aquelas medidas de ingerência corporal que resultam em lesão, ainda que de pequena monta, à integridade física, porquanto demandam a extração, do corpo do sujeito passivo, de determinados elementos externos ou internos para que sejam submetidos a exame pericial.<sup>44</sup>

Dessa forma, por via das intervenções corporais, restringe-se o âmbito de proteção da garantia contra a autoincriminação, uma vez que convertem o sujeito em mero objeto de prova.

Os exames decorrentes das intervenções corporais invadem a esfera mais íntima do indivíduo, que é seu próprio corpo. Assim, podem vir a restringir direitos fundamentais previstos na Magna Carta, como à intimidade, à dignidade da pessoa humana, à integridade física e moral, à liberdade e à não autoincriminação.

Importante ressaltar que não se discute as provas obtidas em busca e apreensão de objetos do imputado ou aquelas obtidas com o consentimento da pessoa, uma vez que o conteúdo da autodefesa é disponível e renunciável.<sup>45</sup>

#### 3.1 Provas não-invasivas e provas invasivas

No direito pátrio, as provas que dependem da cooperação do indivíduo são divididas nas que implicam em intervenção corporal e que não implicam em intervenção corporal. De seu modo, as primeiras ainda são subdivididas em provas invasivas e não invasivas, dependendo do grau de interferência e lesão ao corpo humano, à integridade física e psicológica do indivíduo, bem como, enquanto medidas que dependam de um comportamento ativo ou meramente passivo do sujeito. Nesse sentido, Queijo assevera:

---

<sup>44</sup> MARTELETO FILHO, Wagner. O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 108.

<sup>45</sup> LOPES Jr, Aury. Direito processual penal. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 455.



As provas que implicam intervenção corporal no acusado podem ser invasivas ou não invasivas. Consideram-se invasivas as intervenções corporais que pressupõem penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não. Entre as provas invasivas podem ser enumeradas diversas perícias, como os exames de sangue em geral, o exame ginecológico e a identificação dentária, e, ainda, a endoscopia e o exame do reto, que são frequentemente empregados em buscas pessoais. A busca pessoal, também denominada revista, pode ser realizada por meio de intervenções corporais invasivas ou não invasivas. As provas não invasivas compreendem outras tantas perícias, como o exame de matérias fecais, os exames de DNA realizados a partir dos fios de cabelo e pelos; as identificações dactiloscópicas, de impressões de pés, unhas e palmar e também a radiografia, empregada em buscas pessoais.<sup>46</sup>

As provas não-invasivas são aquelas que, para sua obtenção, não é necessária a contribuição do acusado; limita-se, assim, a uma sujeição passiva, tolerância ou fornecimento de objetos. Como não há invasão no corpo do indivíduo, conclui Maria Elizabeth Queijo que, com relações a provas que não se produzam mediante intervenções corporais, a colaboração meramente passiva do acusado pode ser sempre exigida.<sup>47</sup>

Ressalta-se que essas provas, no máximo, tangenciam direitos fundamentais, mas nunca os atingem de forma direta.<sup>48</sup> Uma vez que o sujeito participa de um processo judicial ou uma investigação, ele atrai para si ônus e deveres e deve acatar determinadas solicitações de provas feitas pelo Estado, desde que este aja em consonância com a lei e aos direitos fundamentais.

Portanto, como os direitos não são violados, não há que se falar na incidência do princípio *nemo tenetur se detegere*. No mesmo sentido, dissertou Eugênio Pacelli:

Não há razão alguma para o não fornecimento de padrões gráficos para a realização de um exame pericial grafotécnico. Em primeiro lugar porque a diligência, em nenhum momento, poderia atingir qualquer direito fundamental do acusado; no particular, não se pode argumentar que ele estaria sendo tratado como culpado, pois, fosse assim, sequer poderia haver instauração de ação penal. Essa, por si só, já atinge o estado da dignidade da pessoa. Não obstante, a persecução penal é perfeitamente justificada e por diversos fundamentos. Em segundo lugar, é de se notar que o material fornecido, além de não causar qualquer dano ao acusado, deverá se

---

<sup>46</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e sua decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 290.

<sup>47</sup> Idem, p. 431.

<sup>48</sup> ALBURQUERQUE, Marcelo Schirmer. A garantia da não auto-incriminação: extensão e limites. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 99.

submeter ainda à prova judiciária, podendo o acusado sobre ela exercer o direito ao contraditório e à ampla defesa.<sup>49</sup>

São exemplos de provas não-invasivas: reconhecimento de pessoas e coisas, prova documental e algumas perícias, tal como o exame grafotécnico.

Ressalta-se, ainda, conforme aduz Queijo, se a intervenção corporal demandar comportamento ativo do sujeito, seja ela invasiva ou não invasiva, o consentimento deverá ser prévio, expresso, livre e consciente. A autorização judicial, nessas hipóteses, não supre a dita anuência.<sup>50</sup>

Por outro lado, as provas invasivas são aquelas que necessitam de maior ingerência na esfera privada do indivíduo. Trata-se de exames médicos realizados por intervenções corporais, busca e apreensões em domicílio e interceptação das comunicações.

Assim, em se tratando de intervenções corporais *strictu sensu*, como aquelas que invadem a intimidade e a integridade física ou moral do sujeito, a discussão ganha relevos mais interessantes quanto ao *nemo tenetur*. Nesse sentido, dispõe Marteleto Filho:

No que se referem aos reconhecimentos pessoais, buscas, inspeções e registros, não há, salvo em situações limítrofes (como as investigações de orifícios naturais do corpo – boca, ânus e vagina), maiores questionamentos quanto à legitimidade das medidas, as quais se encontram regulamentadas em todos os ordenamentos pesquisados, inclusive no brasileiro.

Já as intervenções corporais, realizadas no escopo de se obter material genético, notadamente para a confecção de exames de DNA e testes de alcoolemia, consistem em um meio de prova controvertido, pois implicam na extração de elementos do próprio corpo do sujeito passivo para fins de investigação e comprovação do delito. Tendo em mira o amplo suporte fático do *nemo tenetur* – que confere um direito genérico à não cooperação -, é forçoso reconhecer que tais medidas restringem o direito fundamental, porquanto reduzem a margem de liberdade e autonomia do arguido, que se vê obrigado a cooperar passivamente para a produção da prova potencialmente incriminatória.<sup>51</sup>

Em suma, sendo a intervenção corporal invasiva ou demandar um comportamento ativo, o indivíduo não é obrigado a colaborar, podendo,

---

<sup>49</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 213.

<sup>50</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e sua decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 411.

<sup>51</sup> MARTELETO FILHO, Wagner. O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 103.

validamente, recusar-se a confeccionar a prova, não podendo ter qualquer prejuízo para si em razão dessa negação.

No presente trabalho haverá enfoque nas intervenções corporais e a extração compulsória do material genético, uma vez que implicam na retirada de elementos do próprio corpo do sujeito passivo.

### **3.2 Consentimento do acusado para a realização da Identificação Criminal**

No processo penal contemporâneo, o indivíduo ocupa a posição de sujeito de direitos, em patamar de igualdade e equilíbrio com a acusação, sobre a qual recai o ônus probatório. O investigado ou condenado não é mais tratado como objeto de prova, mas adquire autonomia, sendo-lhe assegurados os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, dentre outros.

Por outro lado, a abstenção do indivíduo na produção de provas e o direito de recusa não possuem caráter absoluto, sob pena de frustrar por completo o interesse público de persecução penal.<sup>52</sup>

Portanto, na maioria das vezes, a restrição ao *nemo tenetur se detegere* deverá obedecer, necessariamente, o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, para que não haja inconstitucionalidade. Além disso, deve atender à legalidade e anterioridade, para maior proteção da segurança jurídica e da liberdade. Por fim, a dignidade da pessoa humana é um limite intransponível que deverá ser igualmente observado nas restrições ao *nemo tenetur se detegere*.

Assim, nem o direito à produção de provas, nem os direitos e garantias individuais são absolutos num Estado Democrático de Direito. Se assim fossem, seria criada uma zona de impunidade aos crimes cometidos ou uma busca desenfreada pela verdade a todo custo. Este, típico do sistema inquisitorial.

Haddad traz um posicionamento a esse respeito:

---

<sup>52</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 283.

O preço pago pela procura da verdade nem sempre compra os direitos e garantias impostos como limites ao esclarecimento dos fatos. Não há justiça sem garantias, porque o respeito a elas é essencial para assegurar a regularidade e correção no exercício da função jurisdicional. Mas é igualmente óbvio consistirem as garantias no meio de desenvolvimento do processo, sem, contudo, equivaler à sua finalidade.<sup>53</sup>

De modo geral, do princípio *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.<sup>54</sup>

Por outro lado, no âmbito da intervenção corporal e coleta de material genético não é possível que seja determinada sem o consentimento livre e consciente do sujeito, uma vez que é uma prova invasiva. A autorização judicial não supre tal consentimento.

Ainda, com relação as provas produzidas mediante intervenção corporal invasiva, deverão ter prévio controle jurisdicional sobre a proporcionalidade da medida.

No sentido de uma intervenção corporal que invade o âmbito mais íntimo da pessoa – seu próprio corpo – é necessário atentar ainda mais para os direitos e garantias fundamentais, pois são as bases de um processo penal garantista, pautado no sistema acusatório.

Do mesmo modo, assevera Fernandes:

Em virtude do grande desenvolvimento da tecnologia, a vida privada, a intimidade, a honra da pessoa humana tornou-se mais facilmente vulnerável. Isso impõe ao legislador cuidado para, na outorga de mecanismos hábeis a eficiente repressão à criminalidade, não autorizar invasões desnecessárias ou desmedidas na vida da pessoa.

Não é fácil, contudo, atingir o ponto de equilíbrio. De um lado, é necessário armar o Estado de poderes suficientes para enfrentar a criminalidade, crescente, violenta, organizada; por outro, deve o cidadão ter garantida a sua tranquilidade, a sua intimidade, a sua imagem, e, principalmente, ser dotado de remédios eficazes para se contrapor aos excessos e abusos dos órgãos oficiais.

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa,

---

<sup>53</sup> HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação. Campinas: Bookseller, 2005, p. 299.

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

sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos.<sup>55</sup>

O consentimento é a manifestação de vontade, mediante a qual quem é capaz de atuar renuncia a seu interesse juridicamente protegido, do qual pode validamente dispor.<sup>56</sup>

Para que o consentimento seja válido há alguns requisitos que serão explicitados. O direito a ser abdicado deve ser disponível, e no caso das intervenções corporais que possam vir a trazer riscos para a saúde do acusado, ele será descartado. O sujeito passivo deve ter capacidade jurídica para dispor do direito, referente à idade e estado mental. O consentimento deve ser anterior ou contemporâneo à medida, expresso e não deixar dúvidas quanto de que o titular do direito tenha consentido. Deve, ainda, ser dado para uma situação em concreto e não genericamente.

Agrega a esse entendimento Renato Brasileiro:

O acusado não é obrigado a praticar nenhum comportamento ativo capaz de incriminá-lo, nem tampouco a se submeter a provas invasivas sem o seu consentimento, de modo algum pode ser obrigado a fornecer material biológico. Porém, se este material for descartado de forma voluntária ou não na cena do crime ou em outro local, não há óbice para a sua coleta.<sup>57</sup>

Importa salientar que, diante da coleta de provas não invasivas, como amostras de sangue, urina, cabelo, ou de outros tecidos orgânicos, descartadas pelo investigado, ainda que involuntariamente, seja na cena do crime ou em outro local, não há qualquer óbice a sua coleta, que poderão ser realizadas mesmo sem o consentimento do sujeito, desde que não necessite de uma postura ativa de sua parte. Nesse caso, não há a garantia de não produção de provas contra si mesmo.

Dessa forma, é possível concluir que:

---

<sup>55</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. Processo penal constitucional. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 89.

<sup>56</sup> QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 370.

<sup>57</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 3. Ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2015, p. 142.

Em se tratando de prova invasiva ou que exija um comportamento ativo, não é possível a produção forçada da prova contra a vontade do agente. Porém, se essa mesma prova tiver sido produzida, voluntária ou involuntariamente pelo acusado, nada impede que tais elementos sejam apreendidos pela autoridade policial. Em outras palavras, quando se trata de material descartado pela pessoa investigada, é impertinente invocar o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Nesse caso, é plenamente possível apreender o material descartado, seja orgânico (produzido pelo próprio corpo, como saliva, suor, fios de cabelo), seja ele inorgânico (decorrentes do contato de objetos com o corpo, tais como copos ou garrafas sujas de saliva etc.). Exemplificando, se não é possível retirar à força um fio de cabelo de um suspeito para realizar um exame de DNA, nada impede que um fio de cabelo desse indivíduo seja apreendido em um salão de beleza.<sup>58</sup>

Inclusive, há casos de coleta não invasiva de material para averiguação genética que são frequentemente discutidos: o caso Glória Trevi e o caso Pedrinho. Nos dois, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela legalidade e utilização de provas obtidas por meios alternativos.

No primeiro, a cantora Glória Trevi alegou ter sido vítima de estupro por policiais federais dentro da cadeia. Foi recolhido material biológico da placenta para averiguar a paternidade e comprovar os fatos, mesmo sem o consentimento da gestante. O Supremo Tribunal Federal entendeu válida a coleta e admitiu a prova.

No segundo, Pedrinho foi retirado do berçário da maternidade por uma mulher que passou a se assumir como sua mãe. Para constatar a alegação, foi requerido que a investigada se submetesse à extração de material genético. No entanto, diante da recusa da suposta genitora, os policiais coletaram um cigarro descartado por ela que continha saliva. Possibilitou, então, a análise do DNA e concluiu-se que ela não era a mãe da criança.

Nesses casos não há mitigação da norma constitucional em análise, uma vez que a o investigado não se sujeitou, seja de forma física ou psicológica, em nenhum momento. O que houve foi a coleta de material que se encontrava no mundo exterior.

Constata-se que, em nos dois casos, “o objeto descartado deixou de fazer parte do corpo do acusado, passando a se tornar objeto público por

---

<sup>58</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal. Niterói, RJ: Editora. Impetus, 2013, p. 47.

opção da pessoa, não existindo mais um direito ou garantia que possa ser atingido pela produção de tal prova”<sup>59</sup>.

Ademais, mesmo com o não consentimento para realização da coleta do material genético, restam medidas e tecnologias não-invasivas que levam ao mesmo fim. Portanto, há outros meios para a obtenção da identificação criminal.

Atualmente, 197 unidades prisionais em Minas Gerais utilizam o sistema de reconhecimento facial dos detentos. Há um projeto de Lei nº 9.736/18, em análise na Câmara dos Deputados, para alterar a Lei de Execução Penal e tornar obrigatória a identificação por reconhecimento facial de todo preso que ingressar em estabelecimento penal.

Em suma, verifica-se que o problema reside na obrigatoriedade da medida, compelindo o sujeito a fornecer material genético contra sua vontade que, eventualmente, possa lhe ser desfavorável, atuando de forma ativa na produção de provas contra si mesmo. Havendo consentimento ou sendo o material objeto da análise descartado o ato é lícito.

### **3.3 Consequências da realização da prova sem o consentimento**

O direito à produção de provas no sistema acusatório, pautado no Estado Democrático de Direito, prima pela liberdade dos meios de prova e não taxatividade probatória, em que são inadmitidas as provas consideradas ilícitas ou ilegítimas.

Assim como qualquer outro direito existente do ordenamento jurídico brasileiro, o direito à prova é limitado. É necessário fazer ponderações com outros direitos e princípios que norteiam o processo penal-constitucional, tais como a dignidade da pessoa humana, a integridade física, a intimidade, a não autoincriminação, dentre outros. Ainda mais especial é quando a prova deriva de medidas que incidem no corpo humano.

---

<sup>59</sup> SILVA, Rodrigo Vaz. Da utilização do exame de DNA no Direito Penal Brasileiro. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8468](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8468)>. Acesso em 04 de junho de 2018.

Dessa forma, a produção de provas deve obedecer às regras processuais, construída nos limites do contraditório e do devido processo legal, de modo que não haja nenhum cometimento de ilegalidades e injustiças, sempre visando assegurar o *in dubio pro reo*. Sobre a limitação do direito às provas, Queijo assevera que:

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.<sup>60</sup>

Portanto, o direito à produção de provas não é irrestrito, ainda mais quando houver possibilidade de afronta à direitos e garantias individuais do sujeito passivo. Segue o mesmo posicionamento Haddad:

Não é princípio inserto na Constituição que tenha a verdade de ser investigada custe o que custar, tampouco represente o esclarecimento e punição dos crimes, incondicionalmente, o interesse preponderante do Estado. Reconhecendo a existência de limites na elucidação da verdade, correspondentes a direitos e garantias a serem respeitados, é possível verificar em que medida o recurso às intervenções corporais é admissível, sem lesar bens juridicamente protegidos, e até que ponto se entrelaça com o princípio contra a auto-incriminação.<sup>61</sup>

Nesse sentido, há a problemática das provas ilícitas e ilegítimas. A Constituição prevê no seu art. 5º, LVI, que são “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. No mesmo sentido, o art. 157 do Código Penal estabelece que as provas ilícitas são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo.

Segundo a doutrina amplamente majoritária, a prova ilegítima é aquela que viola as normas de direito processual, mais especificamente, de direito processual penal. Quanto as provas ilícitas são aquelas que violam regras de direito material – normas penais - ou garantias asseguradas na Carta Magna no momento da sua obtenção.

Ainda, o art. 157, §1º do Código de Processo Penal traz a teoria dos frutos da árvore envenenada, ao estabelecer que as provas derivadas das

---

<sup>60</sup> QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. – 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 425.

<sup>61</sup> HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação. Campinas: Bookseller, 2005, p. 301.



ilícitas também são inadmissíveis. No entanto, o próprio dispositivo traz exceções à regra por ele posta, isso porque, 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 exceções 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.

O desejo pela obtenção de provas no processo penal é o mesmo que o anseio em descobrir a verdade e a autoria do delito investigado. No entanto, deve-se ter cuidado no modo utilizado para chegar à verdade, pois em nome dela fundamentam-se atividades e práticas probatórias abusivas.

Nesse sentido, dispõe Aury Lopes:

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz ato (inquisidor). [...] Noutra dimensão, devemos sublinhar - na esteira de FERRAJOLI - que a verdade substancial, ao ser perseguida fora das regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera o juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como um cognocitivismo ético sobre o qual se embasa o substancialismo penal, e resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista de processo penal.<sup>62</sup>

Dessa forma, a utilização do DNA para identificação e investigação criminal pode representar um novo desejo pela “verdade real” e pôr em risco as garantias individuais do acusado/condenado asseguradas constitucionalmente.

Segundo Sónia Figaldo:

Uma das finalidades do processo penal é a realização da justiça e a descoberta da verdade material. Todavia, não podemos esquecer outra finalidade do processo penal, a proteção dos direitos fundamentais do cidadão perante o Estado, que impõe que a verdade que se procura seja uma verdade processualmente válida.<sup>63</sup>

A obtenção de material genético do próprio corpo do sujeito passivo sem o seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão

---

<sup>62</sup> LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 521-522.

<sup>63</sup> FIDALGO, Sónia. Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 16. Nº. 1. Jan./Mar. 2006. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 120.

no interrogatório quando se utiliza do direito ao silêncio, ou seja, um inequívoco retrocesso.<sup>64</sup>

Assim, deve-se ter cautela para não haver um retrocesso ao Direito Penal do autor, com a consciência de que o exame de DNA seria apenas mais uma prova dentre as várias que instruem o processo penal, não podendo por si só levar a uma condenação.

Nesse sentido, Aury Lopes<sup>65</sup> assevera que o exame de DNA é muito importante, e com certeza terá uma grande influência na formação da convicção do julgador, mas é apenas mais uma prova, sem qualquer supremacia jurídica sobre as demais.

Assim, além de ser considerada uma prova ilícita quando não há o consentimento do indivíduo, não pode ser considerado crime de desobediência, uma vez que ele tem o direito de não fazer prova contra si mesmo e de não colaborar. “É que o exercício regular de um direito não pode caracterizar crime, nem acarretar consequências prejudiciais ao acusado. A recusa é legítima.”<sup>66</sup>

Ademais, Aury Lopes assegura:

Dessarte, o imputado não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita etc.) etc. Por elementar, sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízos ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência.<sup>67</sup>

O sujeito tem o direito de não ser compelido a fazer prova contra si mesmo, para fim de não auto incriminar. Ainda, mesmo que o perfil genético já esteja em um banco de dados, o objetivo é a persecução criminal, atentando contra à presunção de inocência.

---

<sup>64</sup> LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 455.

<sup>65</sup> LOPES Jr., Aury. Lei 12654/2012: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo (*Nemo tenetur se detegere*)? Boletim IBCCRIM, ano 20, n 236, Julho/2012.

<sup>66</sup> 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. 420.

<sup>67</sup> LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 154.

#### **4 LEI 12.654/2012 – COLETA DE PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL**

A Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012<sup>68</sup>, alterou a Lei nº 12.037/09 - que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado -, e também a Lei nº 7.210 – Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dar outras providências.

Diante de tal cenário, inseriu-se novos dispositivos em dois textos legais já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Para tratar da utilização de exames de DNA na investigação de delitos, foi alterada a Lei nº 12.037/09, que regula a identificação criminal de suspeitos; por outro lado, com o fim de criar um banco de dados genéticos de condenados, foi inserido novo artigo na Lei de Execuções Penais.

A possibilidade de coleta compulsória de material genético é empregada em duas situações diferentes. A primeira é no curso das investigações, quando a identificação criminal for essencial às investigações policiais e existir decisão judicial nesse sentido, independentemente do delito. Enquanto a segunda é utilizada na execução da pena, de forma automática, quando for condenado por crimes dolosos com grave violência contra a pessoa ou por hediondos.

Determinou também, que esses dados coletados seriam armazenados em um banco de dados de perfis genéticos gerenciado por unidade oficial de perícia criminal, regulado pelo Decreto nº 7.950/2013 (instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos).

A lei em questão mudou a situação jurídica do sujeito passivo no processo penal e mitigou o direito de não produzir este tipo de prova contra si

---

<sup>68</sup> BRASIL. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nos 12.037, de 1o de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 mai. 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm)> Acesso em: 07 abril de 2019.

mesmo, uma vez que o sujeito passivo é obrigado a submeter-se à intervenção corporal.<sup>69</sup>

Ademais, Marteleto Filho entende que o diploma ofende o princípio da legalidade:

No aspecto formal, a nova Lei também não pode ser classificada como uma norma processual penal, que confere disciplina a um meio de prova da complexidade, intensidade e alcance das intervenções corporais coercitivas, as quais afetam inúmeros direitos fundamentais (integridade física, liberdade ambulatoria, intimidade, etc), demandando regulamentação legal específica e detalhada.<sup>70</sup>

Assim, o princípio da legalidade, consoante artigo 5º, II, da Carta Magna, consiste em um óbice intransponível para a realização das intervenções corporais coercitivas.<sup>71</sup> E, como é sabido, a lei em comento não disciplinou as intervenções corporais coercitivas, deixando espaço para inúmeros questionamentos.

#### **4.1 Identificação criminal do civilmente identificado**

A identificação criminal é o processo usado para estabelecer a identidade e está prevista no artigo 5º, LVIII, da Constituição Federal, dispondo que o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.

Observa-se no inciso citado a vinculação com o princípio da proporcionalidade, na dimensão de proibir os excessos. O que não for estritamente necessário para a identificação do indiciado não deve ser imposto a ele.<sup>72</sup>

Foi regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro no art. 5º da Lei 12.037/12 e se dá a partir de três formas: a identificação por meio do processo datiloscópico; identificação pelo processo fotográfico e identificação através da

---

<sup>69</sup> LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 154.

<sup>70</sup> MARTELETO FILHO, Wagner. O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 162.

<sup>71</sup> HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação, 2005, p. 329.

<sup>72</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal. 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 175.

coleta do material biológico para fins de obtenção do perfil genético, sendo a última incluída no ano de 2012 pela Lei 12.654.

Conforme preceitua Mário Sérgio Sobrinho:

A identificação criminal auxilia a aplicação do Direito Processual Penal, pois, por meio dela, é feito o registro dos dados identificadores da pessoa que supostamente praticou o crime em apuração, possibilitando o conhecimento ou a confirmação de sua identidade, permitindo que seja imposto àquele sujeito, e a mais ninguém além dele, as sanções decorrentes do crime praticado. Ao mesmo tempo, a identificação servirá como meio de prova colocado à disposição das pessoas inocentes que possam demonstrar que não são as verdadeiras autoras das infrações penais, quando houver equívoco de identidade.<sup>73</sup>

A regra é que o civilmente identificado por qualquer documento – carteira de identidade, carteira de trabalho, carteira profissional, passaporte, carteira de identificação funcional ou outro documento que permita a identificação – não seja submetido à identificação criminal.

No entanto, o art. 3º da mencionada lei estabelece algumas exceções, quais são:

Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

I - o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II - o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III - o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; IV - a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; V - constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI - o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Analisando o inciso IV, percebe-se a vagueza dos critérios de análise, uma vez que basta ser “essencial às investigações policiais” para se proceder à identificação. De acordo com Aury Lopes<sup>74</sup>, coloca em xeque a eficácia ao direito de não produzir provas contra si mesmo, quando o acusado se recusa a fornecer suas digitais, por exemplo. Diante da recusa, o juiz determina a

---

<sup>73</sup> SOBRINHO, Mário Sérgio. A identificação criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2003, p. 23.

<sup>74</sup> LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 215.

extração compulsória de ofício, burlando a garantia do *nemo tenetur se detegere*.

Ademais, a identificação criminal deverá ser feita da forma menos constrangedora possível e deverá ser juntada aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação, não podendo ser mencionada em atestados de antecedentes ou em informações não destinadas ao juízo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Na identificação fotográfica, em caso de rejeição, absolvição ou não oferecimento da denúncia facultar-se ao sujeito requerer a retirada dos autos do processo ou inquérito, desde que apresente provas de sua identificação civil.

O art. 6º estabelece que não se admite 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.

Ressalta-se, ainda, que os dados pertinentes ao perfil genético serão armazenados em um banco de dados sigiloso. O Banco Nacional de Perfis Genéticos foi regulamentado pelo Decreto nº 7.950 de 12 de março de 2013, visando criar uma Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, capaz de permitir o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

#### **4.2 Alterações na Lei de Identificação Criminal (12.037/09)**

Inicialmente, foi a partir da alteração da lei em questão que surgiu a possibilidade de identificação genética na investigação criminal. A finalidade do armazenamento do perfil genético do investigado é para servir de prova para um caso concreto e determinado. Neste caso, o crime já ocorreu.

O artigo 1º da Lei 12.037/12 fez alterações e acréscimos substanciais no diploma discutido. Em um primeiro momento, acrescentou a possibilidade de identificação criminal através da coleta de material biológico para obtenção do perfil genético, passando o art. 5º a ter a seguinte redação:

Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

A partir disso, poderá haver a identificação criminal através do material genético do civilmente identificado, desde que seja essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa.

Assim, a identificação genética do civilmente identificado é medida investigatória, destinada a coleta de provas para apuração da autoria do delito. Nesse sentido:

A identificação criminal do civilmente identificado só deve ocorrer em face das exceções abertas pela Lei 12.037, ou seja, para afastar incertezas diante dos documentos. Pode-se então, recorrer também ao processo datiloscópico e ao fotográfico, conforme a mesma lei e, atualmente, à coleta de ADN. Ocorre, todavia que o suspeito ou o indiciado já estariam, por ocasião do recurso à nova técnica, suficientemente identificados, como pessoas, com os dados colhidos uma vez que a impressão digital é única e mantém-se inalterada durante toda a vida. Sua capacidade de singularizar uma pessoa é tão precisa que, mesmo nos gêmeos, tem características diversas. A coleta de ADN tem, portanto, outra inequívoca finalidade, a de servir de meio de prova, que se dissimula, fazendo-se crer que se trata de mais uma informação para a identificação.<sup>75</sup>

Verifica-se, ainda, que a lei prevê a possibilidade do Magistrado decidir de ofício, sendo para Aury Lopes “censurável é a possibilidade de que tal ato seja determinado de ofício pelo juiz, em censurável ativismo probatório/investigatório”<sup>76</sup>, pois afronta os preceitos do sistema acusatório.

Assim, mesmo que o acusado seja identificado civilmente, a identificação genética poderá ser realizada se houver necessidade para as investigações e autorização judicial. Sobre o primeiro requisito, Aury Lopes preceitua:

Não se pode tolerar uma banalização da intervenção corporal, visto que representa uma grave violação da privacidade, integridade física

---

<sup>75</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. Lei 12654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova? Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838>>.

<sup>76</sup> LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 215.

e dignidade da pessoa humana, além de ferir de morte o direito de silêncio negativo (direito de não produzir prova contra si mesmo). Vários problemas brotam desta disciplina. Inicia por recorrer a fórmula genérica e indeterminada de “essencial às investigações policiais”, sem sequer definir em que tipos de crimes isso seria possível (situação diversa daquela disciplinada para o apenado, em que há um rol de crimes). Dessarte, basta uma boa retórica policial e uma dose de decisionismo judicial para que os abusos ocorram. Como se não bastasse, poderá o juiz atuar de ofício, rasgando tudo o que se sabe acerca de sistema acusatório e imparcialidade.<sup>77</sup>

Portanto, durante as investigações, dois requisitos são necessários: essencialidade e autorização judicial. André Nicolitt<sup>78</sup> defende a existência de um terceiro requisito, para assegurar a constitucionalidade da medida: o consentimento informado do indiciado.<sup>79</sup>

No mesmo sentido, Queijo assevera que:

É inegável que sobre ela incide o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, inexistindo, pois, dever de colaboração. Daí a consequência de que a recusa em cooperar não pode levar à configuração do crime de desobediência, nem se pode admitir execução coercitiva tendente à produção da prova. De igual modo, da recusa não se poderá extrair qualquer consequência negativa ao investigado ou acusado.<sup>80</sup>

Além disso, também foi incluído na Lei de Identificação Criminal os artigos 5º-A, 7º-A e 7º-B, que regulam o armazenamento e gerenciamento dos dados obtidos com a coleta do material biológico.

O art. 5º-A dispõe que o armazenamento será em um banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. Ainda, que as informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas. Os dados terão caráter sigiloso, de modo que aquele que promover ou permitir sua utilização para outros fins poderá responder nas esferas cível, penal e administrativa; por fim, a análise dos perfis genéticos deve constar de laudo pericial, firmado por perito oficial devidamente habilitado.

<sup>77</sup> LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 217.

<sup>78</sup> NICOLITT, André. Banco de dados de perfis genéticos (DNA): As inconstitucionalidades da Lei 12.654/2012. Boletim IBCCRIM, v. 245, p. 15, 2013.

<sup>79</sup> NICOLITT, André. Banco de dados..., op. cit.: “(...) parece-nos que seria inconstitucional qualquer interpretação do art. 1.º da Lei 12.654/2012 no sentido de que a extração de amostras possa ser efetuada sem o consentimento do indiciado e contra a vontade deste, por violar os princípios da dignidade humana e da vedação da autoincriminação coercitiva, (...)”

<sup>80</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? Boletim IBCCRIM, ano 21, n 250, Setembro/2013.



Importa destacar que o artigo 7º-A do mesmo diploma legal prevê:

Art. 7º-A O perfil genético do identificado criminalmente será excluído do banco de dados no término do prazo estabelecido em lei para prescrição do delito, ou em data anterior definida em decisão judicial.

Portanto, a data fixada para a sua exclusão é a da prescrição, levando em consideração a pena em abstrato do delito; ou em data anterior à da prescrição, caso assim esteja previsto em decisão judicial. Verifica-se que não foi regulamentada a exclusão do perfil diante de possível arquivamento do inquérito policial ou sentença absolutória.

Como visto, vários estudiosos já se manifestarem acerca da inconstitucionalidade da legislação em análise. Maria Elizabeth Queijo relata que não há como compatibilizar a coleta do material genético na fase pré-processual com a dignidade humana e com o *nemo tenetur se detegere*, entre outros aspectos. Nesse sentido:

O Projeto em questão merece severas críticas. A coleta de material genético para compor banco de dados, especialmente para aqueles que não foram definitivamente condenados, viola a dignidade humana. Além disso, o Projeto confere censurável amplitude à coleta de material genético na identificação criminal. Em acréscimo, a exclusão de perfis genéticos só ocorrerá quando extinta a punibilidade do delito pela prescrição, o que não se mostra adequado, já que o arquivamento do inquérito ou mesmo a absolvição deveriam autorizar tal exclusão. Ademais, o Projeto não define o que seja crime praticado 'com violência de natureza grave contra a pessoa', para autorizar, em caso de condenação, a coleta de material genético para inclusão no banco de dados. Igualmente, não esclarece se somente as condenações transitadas em julgado por crimes praticados 'com violência de natureza grave contra a pessoa' e por delitos hediondos poderão ensejar tal coleta. E, por fim, não foi prevista hipótese de exclusão de dados do banco genético para os condenados por tais delitos. No entanto, é importante frisar que o Projeto não prevê a recusa do investigado e do condenado no fornecimento de material genético, tampouco cuidou das consequências dessa recusa.<sup>81</sup>

Nesse caso, o imputado ou réu torna-se um mero objeto de provas e mitiga o seu status de sujeito de direitos no processo penal, contrariando o direito de não produzir provas contra si mesmo.

Em suma, é inaceitável a obtenção de células corporais diretamente do corpo do sujeito passivo que se recusa a fornecê-las. E, por fim, não é válida a argumentação em torno da "mínima lesividade física" da extração de material

---

<sup>81</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, nota de rodapé 840, p. 321.

genético (como a coleta de saliva, corte de fio de cabelo, etc.), porque, o que está em jogo não é o aspecto físico da tutela constitucional, mas, sim, o direito fundamental de não autoincriminação.<sup>82</sup>

### 4.3 Alterações na Lei de Execução Penal (7.210/84)

Um cenário diferente acontece em relação à coleta de material biológico com o objetivo de alimentar banco de dados de condenados. Tal modificação se deu com a introdução de um novo artigo na Lei de Execução Penal ocasionada pela Lei 12.654/12.

Apesar da disposição da lei ser no sentido da identificação criminal, é possível constatar que o objetivo é a comprovação de autoria ou participação no delito.

Então, a finalidade do armazenamento do perfil genético do apenado destina-se ao futuro – de forma aberta e indeterminada -, para servir de apuração para crimes que ainda não forem cometidos e cuja autoria seja desconhecida. Não deixa dúvidas sobre o seu caráter probatório.

O artigo introduzido foi o seguinte:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

Assim, a única restrição à coleta de DNA do condenado em definitivo se dá em razão da natureza do crime pelo que foi condenado, pois, conforme o artigo, limita-se aos condenados por crime praticado, dolosamente, com

---

<sup>82</sup> LOPES Jr, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 596.

violência de natureza grave contra pessoa ou por qualquer dos crimes previstos no artigo 1º da Lei de Crimes Hediondos.

Ressalta-se, então, que os “assemelhados a hediondos”, como tráfico de drogas ou tortura e terrorismo, quando praticados sem violência grave contra pessoa, não são aptos a ensejar à identificação do perfil genético.

Tal disposição sofre diversas críticas, pois a criação de um banco para armazenamento desses dados que poderão ser utilizados para instruir novas investigações criminais geraria um novo “direito penal do autor”, inadmissível num Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Mahmoud e Assis de Moura asseveram que “a modificação da Lei de Execução Penal assenta-se num ideal político-criminal de direito penal máximo, que não pode ser chancelado pela ordem constitucional vigente”,<sup>83</sup> pois mitiga vários direitos constitucionalmente consagrados.

Além disso, a possibilidade de extração compulsória de material genético dos condenados gera uma abstrata presunção de periculosidade e de possível reiteração de delitos, o que se traduz em uma clara estigmatização. Desse modo, aduz Aury Lopes:

Neste caso o material genético irá para o banco de dados visando ser usado como prova em relação a fatos futuros. Aqui a intervenção corporal é obrigatória e não exige autorização judicial para obtenção (apenas para o posterior acesso ao banco de dados). A única restrição legal diz respeito a natureza do crime objeto da condenação. Infelizmente, parece que o legislador partiu de uma absurda presunção de “periculosidade” de todos os autores de determinados tipos penais abstratos. Trata-se de inequívoca discriminação e estigmatização desses condenados. Optou o legislador por (re)estigmatizar os crimes hediondos e o chamado agora “crime doloso cometido com violência de natureza grave contra pessoa.”<sup>84</sup>

Outro ponto a ser observado é que não há previsão na lei de eliminação desses perfis genéticos dos bancos de dados; diferentemente do que acontece na identificação criminal do civilmente identificado, cuja exclusão ocorrerá no término do prazo estabelecido para prescrição do delito. Essa disposição não

---

<sup>83</sup> MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os Direitos Humanos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, no 98, p. 339- 360, set. 2012.

<sup>84</sup> LOPES Jr, Aury. Direito processual penal. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 459.

se compatibiliza com o artigo 5º, inciso LXVII, alínea “b”, da Constituição Federal.

#### **4.4 Recurso Extraordinário nº 973.837**

Em 2016 o Supremo Tribunal Federal foi provado a se manifestar sobre o recurso extraordinário impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça que determinou a coleta de material genético do condenado. No caso, decidiu-se que não havia conflito entre o artigo 9º-A da Lei de Execução Penal introduzido pela Lei 12.654/12 e o princípio da não autoincriminação, previsto no artigo 5º, LXIII da Constituição Federal.

O presente recurso, então, destina-se a examinar a constitucionalidade do artigo 9º-A, da Lei de Execução Penal, incluído pela Lei nº 12.654/12, que instituiu o banco de perfil genético para a identificação pessoal de condenados a crimes de alto potencial ofensivo, mediante coleta obrigatória de material genético. O debate gira em torno da eventual violação pela lei em questão aos artigos 1º, III e o artigo 5º, III, XLIX, LVI, LVII, LVIII, LXIII da CF/88, bem como o princípio constitucional da não autoincriminação.

A defesa reitera os argumentos concernentes à violação do princípio constitucional da não autoincriminação, bem como ao art. 5º, II, da CF. Em síntese, assevera que a obrigatoriedade de fornecimento de material genético a quem já foi processado, condenado definitivamente e está cumprindo pena não deixa dúvida quanto à sua identificação criminal.

O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Ao tempo de elaboração deste estudo, a mais recente movimentação foi um parecer do Instituto Nacional de Perícias e a consequente abertura para manifestação dos outros indivíduos sobre o que foi dito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A identificação criminal está expressamente prevista na Carta Magna (art. 5º, inciso LVIII). Depreende-se da leitura que o indiciado não pode se omitir ou se recusar a cooperar para a sua singularização e individualização, caso a hipótese esteja prevista em lei, consoante o princípio da legalidade.

A Lei nº 12.654/12 possibilitou a identificação criminal através da coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, sempre que se tratar de medida essencial às investigações policiais, podendo ser imposta ao investigado, inclusive coercitivamente.

Ocorre que, ponderando com outras garantias previstas constitucionalmente, a execução forçada seria inconstitucional, uma vez que através de outros processos, como o datiloscópico, e atualmente, o reconhecimento facial, o investigado já estaria suficientemente individualizado, não existindo razão para se recorrer a um procedimento invasivo como a coleta de material biológico.

Destarte, entende-se que tal dispositivo não visa a simples identificação pessoal do investigado, mas sim, trata-se de medida investigatória dedicada à apuração do autor do delito.

Não se admite, num Processo Penal constitucionalizado, a violação das garantias individuais do investigado ou condenado em busca da verdade e provas à todo custo.

Conforme o exposto, verifica-se que a obrigatoriedade da coleta de material genético nas hipóteses previstas na Lei 12.654/12 vão de encontro aos princípios constitucionais, principalmente com o *nemo tenetur se detegere*, que garante ao réu o direito de não produzir provas contra si mesmo.

Assim, infere-se que o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo por optar não colaborar com a extração de material genético do seu corpo. A partir disso, a compulsoriedade da medida é inconstitucional por ferir inúmeros princípios constitucionais abordados no presente trabalho, como a dignidade da pessoa humana e o *nemo tenetur se detegere*.

Ainda, de acordo com a classificação entre provas invasivas e não invasivas, conclui-se que as intervenções corporais aqui tratadas - a extração de DNA -, classificam-se no segundo tipo.

Assim, como essas intervenções corporais restringem o âmbito de proteção da garantia contra a autoincriminação, uma vez que convertem o sujeito em mero objeto de prova, não é lícita a realização sem o consentimento livre e consciente do sujeito, não sendo com a autorização judicial, sob pena de se produzir prova ilícita.

Em suma, a imposição para que investigado forneça material biológico a fim de que se obtenha seu perfil genético, constrange-o a produzir prova contra si mesmo, em afronta direta ao princípio em tela.

Diferentemente da previsão contida na Lei de Identificação Criminal, o art. 9º-A da Lei de Execução Penal, igualmente adicionado pela Lei 12.654/12, que estabelece a obrigatoriedade de submissão à identificação do perfil genético dos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos chamados crimes hediondos não condiz com um processo penal democrático e respeita uma execução criminal baseada na dignidade da pessoa humana.

Obrigar o condenado a autorizar a extração de material genético não é adequado com a finalidade a qual se destina: identificação criminal; posto que se o réu foi condenado, ele já foi identificado. Assim, a identificação do perfil genético somente servirá para abastecer banco de dados para servir de prova e desvendar a autoria de possíveis crimes futuros.

No mesmo sentido do que foi exposto anteriormente, também não pode o agente ser forçado a colaborar para a produção deste exame de DNA, sob pena de se infringir o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Ademais, como a lei obriga que seja armazenado o DNA dos condenados sem a necessidade de nova investigação em curso, promove uma grande estigmatização e etiquetamento do sujeito.

O condenado perde a sua dignidade humana e condição como pessoa, passando a ter sempre no seu histórico uma marca, um estigma. Assim, parece

que o Estado não o considera capaz de ressocializar e viver novamente em sociedade.

Essa situação afeta o princípio da presunção de inocência, uma vez que seria presumida a culpabilidade ao extrair dados genéticos para alimentar um banco de dados que poderá ser usado em novas investigações. E, mesmo já estando condenado há violação da garantia de não autoincriminação, uma vez que os perfis genéticos poderão ser utilizados para instruir eventuais investigações criminais.

Nos dois casos – identificação criminal do investigado/acusado ou do condenado – o consentimento supriria qualquer necessidade e discussão acerca da licitude da medida, uma vez que a autodefesa é disponível e renunciável.

Em suma, verifica-se que o problema está na obrigatoriedade da medida, compelindo o sujeito a fornecer material genético contra sua vontade que, eventualmente, possa lhe ser desfavorável, atuando de forma ativa na produção de provas contra si mesmo. Havendo consentimento ou sendo o material objeto da análise descartado o ato é lícito.

## Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirme. **A garantia de não autoincriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle constitucional das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

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

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/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 16 de maio de 2019.

\_\_\_\_\_. **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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 16 de maio de 2019.

\_\_\_\_\_. **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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm)> . Acesso em: 16 de maio de 2019.

\_\_\_\_\_. **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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm)> . Acesso em: 16 de maio de 2019.

\_\_\_\_\_. **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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm)> . Acesso em: 16 de maio de 2019.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 973837**. Wilson Carmindo da Silva e Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4991018&numeroProcesso=973837&classeProcesso=RE&numeroTema=905>> . Acesso em: 16 de maio de 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª edição, Lisboa: Ed. Almedina, 1998.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em: 16 de maio de 2019.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

FIDALGO, Sónia. **Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 16. Nº. 1. Jan./Mar. 2006. Coimbra: Coimbra Editora, 2006

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

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Editora. Impetus, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único – 4. ed. rev., ampl. e atual**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

LOPES Jr, Aury. **Direito processual penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES Jr, **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen JurisAury. 2007.

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

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

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A Lei 12.654/2012 e os Direitos Humanos.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, no 98, p. 339- 360, set. 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais.** 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2000,

NICOLITT, André. **Banco de dados de perfis genéticos (DNA): As inconstitucionalidades da Lei 12.654/2012.** Boletim IBCCRIM , v. 245, p. 15, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional.** 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal.** 11. Ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

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

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e sua decorrências no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2012.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. Ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Rodrigo Vaz. **Da utilização do exame de DNA no Direito Penal Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8468](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8468)>. Acesso em 04 de junho de 2018.

SOBRINHO, Mário Sérgio. **A identificação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2003.

SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal**. São Paulo, RT, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Dados Genéticos no Processo Penal: tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/12**. In: IV Congresso Internacional de Ciências Criminais, 2014, Porto Alegre. Anais do IV Congresso Internacional de Ciências Criminais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014. v. 1.