

## INTERVENÇÃO CORPORAL, IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL VIA DNA E O PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*<sup>1</sup>

BRENDA SCHIO SABOIA<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente trabalho versa sobre a Lei 12.654/2012 e as suas consequências no ordenamento jurídico brasileiro. Através de uma exposição jurisprudencial e doutrinária, buscar-se-á demonstrar a importância da nova lei para o desenvolvimento do processo penal no território nacional, debatendo-se os eventuais conflitos da Lei de Identificação Genético-Criminal com as garantias fundamentais, em especial com o *nemo tenetur se detegere*. A partir de uma revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, tanto pátria como em direito comparado, o presente trabalho visa averiguar, sem a pretensão de exaurir o assunto, os aspectos jurídicos, inclusive principiológicos, que envolvem a utilização da tipagem genética como meio de prova no processo penal e a extração compulsória de material genético para criação de um banco de dados de perfis de ADN com fins criminais

**Palavras-chave:** Processo Penal. Meio de prova. Tipagem genética. Extração compulsória. Banco de dados genético-criminal. CODIS. *Nemo tenetur se detegere*.

---

<sup>1</sup> Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso elaborado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), e aprovado com grau máximo pela banca examinadora composta pelos professores Dr. Nereu José Giacomolli (orientador), Me. Fabiano Clementel e Me. Fernanda Corrêa Osório.

<sup>2</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Contato: brenDasaboia@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

Muitas são as razões para se desenvolver o tema objeto deste trabalho de conclusão. Talvez, em primeiro lugar, situe-se a recenticidade da questão, pois o banco de dados genético foi introduzido no sistema jurídico brasileiro através da Lei 12.654/2012, suscitando toda a controvérsia espelhada nesta monografia. Mas essa motivação nem de longe é a única e provavelmente não haverá de ser a mais importante. A persecução penal, nos tempos em que vivemos – de desenfreada violência urbana, aliada a absoluta inapetência das instituições em coibi-la – outorga à questão grau de relevância que, em situações menos alarmantes, provavelmente seria menor. Como se verá logo a seguir, os índices de mortalidade criminosa entre nós são superiores aos daqueles países em aberto conflito armado, seja de guerra civil, como também de confronto com outros países.

De outro lado, a questão debatida é sumamente palpitante, despertando argumentos apaixonados até de colorido político. Diz com o Estado Democrático de Direito e com as garantias constitucionais concedidas ao cidadão. Há, no pano de fundo do proscênio jurídico, um confronto entre o direito do indivíduo com os direitos coletivos. Esse embate filosófico, que sustenta a discussão jurídica, talvez jamais encontre solução definitiva, mas é imperioso que a encontre para o tempo em que se vive, à luz dos avanços tecnológicos e da realidade das ruas.

Ainda, acerca da profundidade da questão debatida, percebe-se que não se resolve exclusivamente em torno da mera aplicação dos dispositivos legais atualmente em vigor, exigindo profunda reflexão em torno dos princípios constitucionais que orientam o sistema, dos valores fundamentais à natureza humana, e mesmo das convicções ideológicas predominantes que devem informar a solução a ser adotada.

Para o enfrentamento do tema proposto, não bastou o exame da legislação, a prospecção de toda a doutrina que trata do assunto, a conferência do direito comparado, exigindo a reflexão própria de quem, coerente com o seu tempo e com

os valores em vigor – mas sempre em constante mutação – procura encontrar aquele norte, aquelas orientações que melhor se coadunam com a exigência da evolução civilizatória.

É na segurança pública que o país, atualmente, sofre sua mais grave chaga. E é justificável que assim seja: na situação vivida nas ruas é o direito maior da cidadania que se acha em risco: **a vida**. Ainda que caiba ao Estado prover a saúde e a educação, a vida sempre será o bem maior a merecer atenção. Mas os números teimam contra esse valor insubstituível e absoluto. Em duas décadas, o número relativo de homicídios cresceu 124%<sup>3</sup>; uma mortandade comparável, ou maior, aos países que se encontram em conflitos bélicos, como Síria, Iraque ou Ucrânia. Nos termos das estatísticas apresentadas pelo *Relatório sobre o peso Mundial da Violência Armada*, nos 12 maiores conflitos registrados ao redor do mundo, no período compreendido entre 2004 e 2007, pereceram 169.574 pessoas<sup>4</sup>. Nesse mesmo tempo, mercê da violência urbana, perderam a vida, no país, 192.804 brasileiros e estrangeiros que tiveram a má sorte de estar por aqui<sup>5</sup>.

Esse cenário desalentador dá ao Brasil a desonrosa sexta colocação entre os países com número relativo mais elevado de homicídios (26,4 homicídios por 100.000 habitantes/ano). Não é menor a gravidade quando se estuda os crimes sexuais, como apontam os estudos sobre a matéria. Esses números tão dramáticos como alarmante têm raízes na velha herança socioeconômica, na inapetência dos órgãos de segurança, mas principalmente no que se convencionou chamar de “impunidade”. São constrangedoramente baixos os números relativos à elucidação e responsabilização penal dos delitos. Inacreditáveis dez por cento dos que delinquem são devidamente identificados e condenados. Entre as causas que

---

<sup>3</sup> Percentual obtido a partir dos dados fornecidos do site do Sistema de Informações de Mortalidade do Ministério da Saúde. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar\\_texto.cfm?idtxt=32954](http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=32954)>. acesso em 01 de nov. 2013

<sup>4</sup> **Geneva Declaration Secretariat. Global Burden of Armed Violence.** Suíça, 2008. Disponível em: <[www.genevadeclaration.org](http://www.genevadeclaration.org)>. Acesso em: 15 de out. 2013.

<sup>5</sup> Site de Informações de Mortalidade do Ministério da Saúde. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar\\_texto.cfm?idtxt=32954](http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=32954)>. Acesso em 01 de nov. 2013.

impedem a persecução penal, é na ausência de prova material que reside a razão mais comum para que se descontinuem inquéritos e denúncias, então relegados ao arquivamento<sup>6</sup>.

Ao longo de décadas, buscou-se qualificar profissionais e metodologias forenses para combater a criminalidade. Com o desenvolvimento tecnológico e científico modificam-se os métodos aplicados e os instrumentos disponíveis nas investigações criminais e é neste paradigma que surge a Lei 12.654/2012, responsável por introduzir no ordenamento jurídico pátrio uma nova modalidade de identificação criminal, instituindo, além da datiloscópica e da fotográfica, a identificação genética.

A lei recém-sancionada pela presidente Dilma Rousseff prevê, em síntese, que condenados por crimes graves contra a vida e crimes hediondos (artigo 1º da Lei 8.082/1990) terão o seu material genético obrigatoriamente coletado e armazenado em um banco de dados genético. Oriunda de Projeto de Lei nº 93/2011, de autoria do Senador Ciro Nogueira, esta surge como uma esperança contra a impunidade. Isto porque o banco genético-criminal armazenará o perfil genético de condenados, podendo ser utilizado em cruzamento de dados - entre os perfis armazenados e vestígios encontrados em cenas de crimes, vislumbrando a elucidação destes e a responsabilização dos autores.

Apesar dos benefícios que podem ser obtidos com a criação de um banco de dados genético-criminal, este gera controvérsias entre doutrinadores e juristas. Nesse contexto, o presente trabalho tem por escopo a análise das mudanças geradas com a aprovação da nova lei no âmbito do processo penal, da constitucionalidade da coleta obrigatória de material genético em condenados por determinadas espécies de crimes e a análise de eventuais afrontas ao princípio do *nemo tenetur se detegere*. Ademais, o presente trabalho propõe uma exposição,

---

<sup>6</sup> AGUIAR, S.M. et al. **Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos e a implantação do CODIS no Brasil**. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE GENÉTICA FORENSE, Porto Alegre 2011.

Disponível em:

<[http://web2.sbg.org.br/congresso/CongressosAnteriores/Pdf\\_resumos/IIICBGF/CBGF033.pdf](http://web2.sbg.org.br/congresso/CongressosAnteriores/Pdf_resumos/IIICBGF/CBGF033.pdf)>.

Acesso: 28 de out. 2013.

através do Direito Comparado, do CODIS (*Combined DNA Index System*), sistema de banco de dados genéticos utilizado pelo FBI (*Federal Bureau of Investigation*) nos Estados Unidos e por mais de 30 países, que será utilizado no Brasil para o armazenamento do material genético coletado dos envolvidos em processo penal, verificando-se, ainda, através de análise doutrinária, a viabilidade deste sistema no âmbito do processo penal brasileiro.

À vista disso, o primeiro capítulo deste trabalho abordará a prova no ordenamento jurídico brasileiro, por meio de uma exposição doutrinária, demonstrando as modificações no campo probante, decorrentes do desenvolvimento científico-tecnológico; far-se-á, após, a abordagem do exame de DNA como meio probatório e a sua aceitabilidade no campo da criminalística, por fim, propõe-se, nesta parte inicial, uma comparação entre a utilização da tipagem genética na esfera civil e criminal.

O segundo capítulo exporá, por meio de uma comparação jurisprudencial e doutrinária, brasileira e estrangeira, a aceitabilidade da intervenção corporal para obtenção do DNA. Neste, abordar-se-á, também os conceitos de intervenção corporal e a ausência de risco à saúde do examinado nos procedimentos de coleta do material genético.

Posteriormente, o terceiro capítulo referir-se-á às controvérsias doutrinárias sobre eventual afronta ao princípio do *nemo tenetur se detegere*. Para debater o tema – sem a pretensão de esgotá-lo – utilizar-se-á de revisão histórica, conceitual, legislativa e doutrinária, abordando-se a origem do princípio, o seu caráter (não) absoluto e o seu reconhecimento nos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Finalmente, no quarto capítulo, apresentar-se-á o sistema CODIS, *software* responsável pelo armazenamento dos dados genéticos para fins criminais, salientando-se a confiabilidade da tipagem genética como meio de identificação humana. Por fim, através do Direito Comparado, buscar-se-á demonstrar a importância da criação de um banco de dados genético-criminal nacional.

## 2 A PROVA NO PROCESSO PENAL

### 2.1 A PROVA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Etimologicamente, o vocábulo prova tem a sua origem no latim *probatio* – que significa verificação, averiguação, razão, exame, confirmação, argumento, ou aprovação – e deste deriva o verbo provar (*probare*).

A prova pode ser compreendida como todo e qualquer elemento trazido ao processo pelo juiz, pelas partes e por terceiros que objetivem a comprovação de um fato. O instituto possui previsão legal no âmbito processual criminal, no artigo 156 e seguintes do Código de Processo Penal. Neste ponto, referindo-se à prova no âmbito do processo penal, GIACOMOLLI asseverou:

A palavra *prova*, no processo penal, passou a representar tudo o que ela pertine, ou seja, os meios empregados na demonstração dos fatos ou do *thema probandum*, a atividade utilizada pelas partes para levar ao processo os meios de prova, bem com o próprio resultado do procedimento probatório, ou seja, o convencimento exteriorizado pelo julgador<sup>7</sup>.

A prova, produzida sob os auspícios do devido processo legal, será o principal substrato ou sustento à convicção do magistrado da causa, conferindo-lhe a condição de proferir decisão justa e sólida. Na legislação nacional, conforme proclamado pelo artigo 332 do Código de Processo Civil: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”<sup>8</sup>.

Conforme se depreende do dispositivo da lei civil, os meios de prova previstos na legislação não são *numerus clausus*, admitindo uma grande amplitude de meio probante na busca pela verdade real.

---

<sup>7</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Legal**. São Paulo:Atlas. 2014. p. 159.

<sup>8</sup>BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>. Acesso em: 12 de ago. 2014.

Os meios de prova, por sua própria e elástica condição, não reclamam a exaustiva consignação pela lei, mas sua utilização deverá subordinar-se aos princípios gerais do processo penal e ao Direito em geral. Como bem salientou Vicente Greco Filho “outros meios de prova, porém, são admissíveis, desde que consentâneos com a cultura do processo moderno, ou seja, que respeitem os valores da pessoa humana e a racionalidade”<sup>9</sup>.

Embora não constitua hipótese de previsão restrita e taxativa, a liberdade probatória não é absoluta. Serão inadmitidas, portanto, as provas produzidas mediante a prática delitiva (de crime ou contravenção) e as que afrontam as normas infraconstitucionais e os princípios constitucionais<sup>10</sup>. Esta vedação encontra-se expressa pelo artigo 157 do Código de Processo Penal, que dispõe: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”<sup>11</sup>.

Na atualidade, *pari passu* com o desenvolvimento da ciência, a prova pericial vem ganhando relevo nos processos criminais. Distingue-se por sua natureza técnica que empresta à informação a segurança necessária ao magistrado para dizer sobre a controvérsia que não poderá se desatar sem o parecer do *expert*. A importância da prova pericial é ressaltada por MARTINS:

A prova pericial reveste-se de relevância, em virtude da evolução tecnológica, vez que atualmente se pode obter a confirmação da presença física do agente no local do fato, ou mesmo da autoria por exame de DNA [...] enfim, existe todo um aparato técnico e tecnológico apto a dirimir dúvidas importantes em um processo<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> FILHO, Vicente Greco. **Manual de processo penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 199.

<sup>10</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.246.

<sup>11</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 14 de ago. 2014.

<sup>12</sup> MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prova criminal: retrospectiva histórica, modalidades, valoração, incluindo comentários sobre a lei 9.296/96**. Curitiba: Juruá, 1996. p. 40-41.

Tratando-se de múnus próprio aos experts, portadores de conhecimento especializado na área de investigação probatória exigida pelo processo, as perícias constituem-se, usualmente, no meio de prova mais seguro e concreto na busca pela verdade real. Neste sentido, manifestou-se Camargo Aranha: “a perícia é a lanterna que ilumina o caminho do juiz que, por não a ter quanto a um determinado fato, está na escuridão. A lente que corrige a visão que está deficiente pela falta de um conhecimento especial”<sup>13</sup>.

## 2.2 O EXAME DE DNA COMO MEIO DE PROVA

Os padrões únicos de sequência de DNA (ácido desoxirribonucléico) descobertos pelo inglês Alex Jeffreys na década de 80 agregaram segurança aos meios de identificação utilizados no âmbito jurídico. Anteriormente, o exame sanguíneo, baseado nos sistemas ABO, MN e Rh, era amplamente utilizado, mas não apresentava segurança suficiente para fins de imputação de autoria. O grau de certeza dessas modalidades investigativas alcançava apenas a inclusão de 13%, sendo utilizado no sentido contrário – para excluir a autoria de um determinado crime<sup>14</sup>.

Ao concluir que inexistiam repetições nos padrões de DNA entre indivíduos sem parentesco, Jeffreys concluiu que cada ser humano exibia um padrão único, denominando este padrão de “DNA fingerprinting”, ou, “impressões digitais do DNA”, em analogia às digitais já conhecidas<sup>15</sup>.

No mundo jurídico, o exame molecular de material genético foi utilizado oficialmente pela primeira vez no ano de 1985, para a resolução de um problema de imigração (JEFRREYS; BROOKFILD; SEMEONOFF; 1985). No âmbito criminal, a técnica foi utilizada um ano depois, em 1986, para identificação do autor do estupro

---

<sup>13</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva 1996. p. 158.

<sup>14</sup> RUMJANEK, Franklin David. **Identidade e Paternidade**. Rio de Janeiro: Espaço Único, 1997. p. 12.

<sup>15</sup> *Ibidem*. p. 13

e assassinato de duas adolescentes em um pequeno vilarejo no Condado de Leicester, na Inglaterra, caso este que ficou conhecido como Enderby (QUEEN V. PITCHFORK; 1986) e inaugurou a utilização da biologia molecular como meio de identificação criminal<sup>16</sup>.

No Brasil, um dos primeiros julgados relativos à produção de prova pelo exame de DNA ocorreu em uma Ação de Investigação de Paternidade julgada pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 1994. Na ocasião, a decisão unânime fundou-se no entendimento de que “a perícia genética é sempre recomendável, porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza”<sup>17</sup>. A confiabilidade do exame, baseada na sua precisão técnica, faz do exame de DNA o meio de prova mais eficaz nas investigações de paternidade – ações que dispensam, inclusive, a produção de outros meios de prova<sup>18</sup>.

Evidentemente, a tipagem molecular de DNA no judiciário brasileiro é mais comumente encontrada em demandas cíveis, especialmente investigatórias de paternidade. A confiabilidade dos resultados autoriza sua utilização em demandas judiciais de colorido mais intenso, para a elucidação de crimes, com a imputação ou exclusão da autoria.

Segundo PENA, a determinação de identidade genética pelo DNA pode ser usada para demonstrar a culpabilidade dos criminosos, exonerar os inocentes, identificar corpos e restos humanos em desastres aéreos e campos de batalha, determinar paternidade com confiabilidade praticamente absoluta, elucidar trocas de

---

<sup>16</sup> LUFTING, M. A., RICHEY, S. **DNA and Forensic Science**. New England: Law Review. v. 5, 2014. p.03.

<sup>17</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 38451. 4. Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 13 de jun. 1994. Disponível em: < [ttp://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21019582/recurso-especial-resp-38451-mg-1993-0024734-4-stj](http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21019582/recurso-especial-resp-38451-mg-1993-0024734-4-stj)>. Acesso em: 23 de fev. 2014.

<sup>18</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. AC nº 2009203840, 1. Câmara Cível do TJSE. **Diário de Justiça**, Aracaju, SE, 18 de mai. 2009. Disponível em: < <http://tje.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7360899/apelacao-civel-ac-2009203840-se>>. Acesso em: 24 de jun. 2014

bebês em berçários e detectar substituições e erros de rotulação em laboratórios de patologia clínica<sup>19</sup>.

Para agregar confiabilidade às provas durante a persecução penal, imprescindível a inserção dos exames de tipagem genética – amplamente utilizados no Direito Civil – para fins criminais. Neste sentido, o Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, ao apreciar o projeto de lei nº 93, de autoria do Senador Ciro Nogueira, que deu origem à Lei nº 12.654/12, destacou a importância da iniciativa para a efetividade na individualização do criminoso em investigações policiais brasileiras<sup>20</sup>.

Inegavelmente, a tecnologia de tipagem do DNA revolucionou as ciências forenses, tornando-se um marco divisório tanto para a criminalística como a medicina legal. O seu surgimento provocou notável mudança nos critérios utilizados para o estabelecimento da certeza jurídica nas relações de filiação, no âmbito do Direito Civil, e na formulação de culpabilidade, no âmbito do Direito Penal<sup>21</sup>.

### **3 INTERVENÇÃO CORPORAL, INTANGIBILIDADE DO CORPO E A (DES)NECESSIDADE DO CONSENTIMENTO DO ACUSADO PARA EXTRAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO**

#### **3.1 A INTERVENÇÃO CORPORAL**

Nas palavras de ASECIO MELLADO, a intervenção corporal pode ser definida como “a utilização do corpo do acusado, mediante atos de intervenção, para

---

<sup>19</sup> PENA, S. D. J. **Segurança Pública: determinação de identidade genética pelo DNA**. In: Seminários Temáticos para a 3ª Conferência Nacional de C, T & Parcerias Estratégicas, v. 20, 2005. p. 447-460.

<sup>20</sup> Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=99463](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99463). Acesso em: 01 de jul. 2013.

<sup>21</sup> BONACCORSO, Norma Sueli. **Alguns Aspectos Jurídicos do Exame de DNA à Luz do Direito Brasileiro**. Revista Iberoamericana de Criminalística, Criminologia, Medicina y Ciencias Forenses. V. I, n. 2, 2002. p. 09-15.

efeitos de investigação e comprovação dos delitos”<sup>22</sup>. Cita-se, ainda, Hernandez, que compreende a intervenção corporal como a realização de atos de investigação ou obtenção de provas no corpo do próprio acusado<sup>23</sup>.

MARIA ELISABETH QUEIJO, importante doutrinadora, propõe uma classificação das intervenções corporais, dividindo-as em dois grupos. O primeiro englobaria os procedimentos invasivos, com intervenções corporais que pressupõem penetração no organismo humano, como exames de sangue ou identificação dentária; o segundo grupo, por sua vez, abarcaria as intervenções não invasivas, como a impressão datiloscópica, os exames de DNA oriundos de fios de cabelo e os exames fecais<sup>24</sup>.

Há, pois, distinção de grande relevância sob o prisma jurídico entre aquelas intervenções que incidem diretamente no corpo do investigado, penetrando-o, e as outras, realizadas apenas com vestígios do corpo humano. As primeiras, e por sua natureza, têm-se por invasivas, enquanto que as demais, e por corolário lógico, não invasivas.

A intervenção corporal, compreendida como um instrumento investigativo e utilizado para fins de comprovação de materialidade ou autoria, pode ser efetuada em testemunhas e vítimas, não sendo restrita aos acusados de delitos.

Não há previsão expressa na legislação penal acerca do dever do acusado de colaborar em intervenções corporais que visem a obtenção de prova, inexistindo, portanto, qualquer sanção prevista no ordenamento jurídico para aquele que se recuse a colaborar.

---

<sup>22</sup> MELLADO, José Maria Assencio. **Prueba prohibida y prueba preconstituida**. Madrid: Trivium, 1989. p. 137.

<sup>23</sup> HERNÁNDEZ, Ángel Gil. **Intervenciones corporales y derechos fundamentales**. Madrid: Colex, 1995. p. 37.

<sup>24</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, 2003. p. 221.

Está majoritariamente assentado, nos planos doutrinário e jurisprudencial, que a extração coercitiva de sangue ou de parte não destacada do corpo humano (um fio de cabelo, por exemplo), para fins de exame do material genético contido em tais amostras, violaria o princípio que veda a autoincriminação forçada, assim delimitado no artigo 8, n. 2, letra g, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

### 3.2 A INTANGIBILIDADE FÍSICA DO CORPO E A (DES)NECESSIDADE DE CONSENTIMENTO DO ACUSADO PARA EXTRAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO

A anuência do acusado à intervenção corporal afastaria quaisquer fatos impeditivos à realização dos procedimentos, consoante ensina AURY LOPES JR.: “Havendo o consentimento do suspeito, poderá ser realizada qualquer espécie de intervenção corporal, pois o conteúdo da autodefesa é disponível e, assim, renunciável”<sup>25</sup>.

A problemática referente à intervenção corporal surge quando inexistente o consentimento do acusado à realização desta. A doutrina diverge sobre a legitimidade do Estado para submeter o acusado a tais procedimentos sem sua concordância.

O Ministro FRANCISCO RESEK, no julgamento do HC 71373-4, posicionou-se favorável ao exame de sangue compulsório em um processo de paternidade. Em seus argumentos, sustentou que a extração de sangue para a realização do referido exame não traria prejuízos à saúde do réu e que não pode ser considerado absoluto e ilimitado o direito do indivíduo sobre o próprio corpo, salientando que existem casos onde a jurisprudência da Suprema Corte resolveu que a incolumidade física deve ceder a interesses preponderantes, como o da saúde pública e a vacinação compulsória<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 322-323.

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 71373. p.409 e 410. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 26 de nov. 1996. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066>>. Acesso em: 23 de jan. 2014.

Acerca de eventual afronta à integridade física do acusado durante o procedimento de intervenção corporal para extração de material genético (DNA), o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC nº. 66.869/PR, posicionou-se no sentido de que “não é coerente levar em consideração pequena ofensa à integridade física resultante da intervenção corporal consistente na extração de sangue ou de outra amostra material biológico”<sup>27</sup>.

No ponto, CARLOS HENRIQUE HADDAD expõe que:

Não se reconhece ofensa à integridade física pela mera submissão à intervenção corporal, pois as lesões no corpo podem ser suportadas sem integrar o sentido material de sua tipicidade, em virtude da facilidade em obter um material orgânico que contenha DNA. Afastando a tipicidade material das ofensas corporais que não traduzam sequelas ou sofrimento físico considerável, que não comprometam anatômica, estética, fisiológica ou mentalmente o acusado é uma exigência das combinações dos critérios de tolerância, dos danos idade social e da proporcionalidade<sup>28</sup>.

Não há dúvidas de que a entidade corporal deve ser respeitada. Entretanto, tal proteção não pode ser confundida com uma proibição à utilização do corpo humano como meio de prova em circunstâncias que não atentem contra o princípio da dignidade da pessoa humana. A coleta de sangue, por exemplo, é um procedimento usual no âmbito da saúde, sendo o meio utilizado por profissionais da área para fins de acompanhamento clínico, não sendo plausível sustentar que o mesmo afronte a cláusula pétrea constitucional da dignidade da pessoa humana, prevista na Constituição Federal da República em seu artigo 1º, inciso III.

Os exames laboratoriais, sejam de coleta sanguínea ou de urina, são socialmente aceitáveis e utilizados com relativa frequência na vida do cidadão médio, não caracterizando exames vexatórios ou degradantes. Ademais, tais

---

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 66869/PR . **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 06 de dez. 1988. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/722059/recurso-em-habeas-corpus-rhc-66869-pr> >. Acesso em: 23 de jan. 2014.

<sup>28</sup> HADDAD, Carlos Henrique B. **A incorporação ao ordenamento jurídico do exame de DNA compulsório em processos criminais**. *Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, ano 23, nº. 87, 2007. p. 87-108.

métodos, quando respeitados os padrões necessários de higiene, não põem em risco a saúde do examinado.

Finalmente, no meio médico – e nem poderia ser de outra forma – são inúmeras as hipóteses em que se extrai material orgânico do paciente para a finalidade de exames, independentemente de seu consentimento ou mesmo de familiares, se a gravidade da situação autorizar o médico em fazê-lo. Há nesse caso, bem maior a ser resguardado: a saúde ou a vida do paciente.

São célebres as disputas judiciárias quando adeptos da seita “Testemunhas de Jeová”, os quais não permitem a transfusão de sangue, ocorrendo casos que resultaram na morte do paciente. No RHC 7785/STJ<sup>29</sup>, o Ministro FERNANDO GONÇALVES improveu *habeas corpus* que postulava o trancamento da ação penal proposta contra os familiares da vítima que desautorizaram a transfusão. No fundo estão em discussão os limites do poder que o ser humano tem sobre seu próprio corpo. Segundo as mais recentes decisões judiciárias a questão resolve-se à luz do Código de Ética Médica, cabendo ao profissional da medicina autonomia na decisão naquele momento crítico<sup>30</sup>, encontrando-se precedentes que autorizam a transfusão mesmo sem a autorização do paciente<sup>31</sup>. Em caso de cirurgia eletiva, o médico não

---

<sup>29</sup> PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. FALTA DE JUSTA CAUSA. 1. A justa causa, apta a impor o trancamento da ação penal, é aquela perceptível "ictu oculi", onde a ilegalidade é patente e evidenciada pela simples enunciação dos fatos a demonstrar ausência de qualquer elemento indiciário que dê base à acusação. 2. Impossível a verificação da existência ou não de crime na via estreita do "habeas corpus" em razão da necessidade de análise aprofundada de provas. 3. RHC improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 7.785/SP, 6. Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 30 de nov. 1998. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19699033/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-10085-sp-2000-0048463-6/voto-19699037> >.

Acesso em: 10 de out. 2014)

<sup>30</sup> SAÚDE. CIRURGIA. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. Distinções, na prestação do serviço público de saúde, para atender às convicções religiosas ferem o direito à igualdade na repartição dos encargos públicos. Daí que a liberdade de religião garantida a todos pela Constituição da República não assegura o direito à pessoa humana de exigir do Estado prestação diferenciada no serviço público para atender às regras e as práticas da fé que professa. Negado seguimento ao recurso. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, AC nº 70061159398, 22. Câmara Cível do TJRS. **Diário de Justiça**, Porto Alegre, RS, 29 de ago. 2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/137157526/apelacao-civel-ac-70061159398-rs>>. Acesso em: 10 de out. 2014)

<sup>31</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE TRANSFUÇÃO DE SANGUE EM PACIENTE TESTEMUNHA DE JEOVÁ. LIMINAR DEFERIDA NA ORIGEM. INDEFERIDO EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO. QUESTÃO PREJUDICIAL SUPERVENIENTE. ALTA HOSPITALAR. PERDA DO OBJETO. PREJUDICADA A ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA EM COMENTO. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, POR PREJUDICADO.

estará obrigado a fazê-la e o plano de saúde em financiá-la, se o paciente insistir que o procedimento seja feita sem a transfusão quando esta é necessária<sup>32</sup>.

No exemplo da prova de alcoolemia do condutor de veículo, é conhecida a alteração legislativa que abandonou o sistema anterior, em que era indispensável a prova pericial, para a qual o acusado poderia apresentar sua recusa, permitindo-se o uso de outros meios de prova. Isso tudo aliado ao peso que o julgador poderá dar à recusa do acusado. As alterações legislativas na matéria vieram ao encontro do justo clamor social que exigia maior rigor na apuração das infrações de trânsito, tal é a mortandade que o uso irresponsável da condução veicular tem no país.

Essas considerações todas foram desenvolvidas para deixar claro que, na medida em que as instituições avançam na sua credibilidade e independência e surgem as demandas sociais por mais segurança como consequência do crescimento populacional, vetores de ordem econômica e a própria complexidade da vida em sociedade, não é possível subtrair das primeiras, em nome de difusos direitos de cidadania, o poder de investigar a verdade dos fatos, cujo esclarecimento estará sempre a serviço da cidadania concretamente considerada.

A coleta compulsória – e independente do consentimento – de material genético, entretanto, é controversa na jurisprudência brasileira. No julgamento do

---

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, AI nº 70037121639, 15. Câmara Cível do TJRS, **Diário de Justiça**, Porto Alegre, RS, 18 de out. 2010. Disponível em: < <http://tst.vlex.com.br/vid/-39441562>>. Acesso em: 10 de out. 2014)

<sup>32</sup> APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. PROCEDIMENTO REALIZADO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO. NEGATIVA DE COBERTURA PARA CIRURGIA DE HISTERECTOMIA TOTAL, SEM A POSSIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DE TRANSFUÇÃO DE SANGUE, SE NECESSÁRIO, DURANTE O PROCEDIMENTO. CRÊNÇA RELIGIOSA. DEVER DE INDENIZAR NÃO EVIDENCIADO. Inexiste abusividade na negativa de cobertura para realização de procedimento "sem sangue", realizado por médico particular, não credenciado ao plano de saúde. Caso em que a paciente, por motivo de crença religiosa (Testemunha de Jeová), se nega a receber transfusão de sangue, mesmo caso necessário, contrariando a técnica tradicional. Os médicos conveniados não podem ser compelidos a atuar com técnica diversa, que não caracteriza especialização e com significativo aumento de risco à vida e integridade física do paciente. Ademais, não verificada situação de urgência ou emergência. Sentença mantida. Precedentes. RECURSO DESPROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, AC nº 70050497692, 5. Câmara Cível do TJRS, **Diário de Justiça**, Porto Alegre, RS, 31 de out. 2012. Disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/127806425/apelacao-civel-ac-70060051729-rs/inteiro-teor-127806429>>. Acesso em: 10 de out. 2014)

emblemático HC 71.373-4, no ano de 1994, o Supremo Tribunal Federal, em decisão por maioria, concedeu a ordem de *habeas corpus* ao impetrante, suposto pai em Ação Investigatória de DNA, cassando a decisão da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que confirmou a decisão do primeiro grau de que o suposto pai deveria ser conduzido “debaixo de vara” à coleta sanguínea para análise hematológica de DNA. A decisão proferida pela mais alta Corte do judiciário foi marcada pela formação de duas vertentes antagônicas sobre o tema.

A primeira vertente, defendida pelos Ministros Marco Aurélio, Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches e Celso de Mello considerou a decisão que determinou a condução “debaixo de vara” do suposto pai uma afronta às garantias constitucionais, especialmente à dignidade da pessoa humana, ao direito da intangibilidade do corpo e da intimidade<sup>33</sup>.

Os Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence votaram vencidos. Antagônica à corrente acima exposta é a corrente defendida no voto do relator – Ministro Francisco Rezek – e acompanhada pelos demais Ministros:

[...] o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante [...] Na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. [...] a visão individuocêntrica, preocupada com as prerrogativas do investigado, deve ceder espaço ao direito elementar que tem a pessoa de conhecer a sua origem genética [...] O princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público [...] o sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigador, bem assim com a certeza que a prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado<sup>34</sup>.

No julgamento do Agravo de Instrumento 1708, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu por manter a decisão agravada que

---

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 71373-4. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 22 de nov. 1996. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747033/habeas-corpus-hc-71373-rs>>. Acesso em: 11 de mai 2014.

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 71373-4. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 22 de nov. 1996. Disponível em: < [http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca\\_igualdade\\_10\\_4\\_1\\_1.php](http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_10_4_1_1.php)>. Acesso em: 11 de mai 2014.

determinada a condução coercitiva para submissão ao exame de DNA em Ação Investigatória de Paternidade, sustentando o acórdão que “não constitui constrangimento ilegal a perícia que exige a colaboração da parte e é feita pela retirada, por médico, do seu sangue para exame. Perícia admitida no saneador há de ser feita antes da audiência da ação ordinária”<sup>35</sup>.

No plano civil, admitida a insubmissão ao exame corporal, convencionou-se que o ato deverá ser interpretado contra aquele que recusou. A súmula 301/STJ estabeleceu: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade (SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 425). Ademais, nas inovações produzidas pelo CÓDIGO CIVIL de 2002, constou, no art. 231: Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa. Finalmente, é disposição do Código de Processo Civil em seu art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

No âmbito do processo penal, presente as garantias legais ao acusado, em se tratando de risco à liberdade individual, – bem, em tese, de maior relevância àqueles que são objeto do processo civil –, não somente é garantido ao réu direito de se manter em silêncio, desobrigado à autoincriminação, como seu silêncio não poderá ser interpretado contra ele. Assim nos artigos 186<sup>36</sup>, Parágrafo único, e 198 do CPP. Tal é a envergadura da garantia, que no art. 158 do CPC, está disposto que “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado” (grifou-se). Contudo, examinando-se a disposição do art. 198 do mesmo CPP – redação original do Decreto-Lei 3.689/41, enquanto que o artigo 186, antes referido, foi modificado pela Lei nº 10.792/03 – tem-se que o silêncio do réu, ainda que não signifique

---

<sup>35</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ag. nº 1708/92. 1. Câmara Criminal. **Diário de Justiça**, Rio de Janeiro, RJ, 22 de Nov 1996. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747033/habeas-apelacao-civ-71373-rj>>. Acesso em: 11 de mai 2014)

<sup>36</sup> Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas a que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, 1941, digital)

confissão, poderá ser interpretado pelo juiz da causa para formação de seu convencimento, fazendo crer que o direito à passividade do acusado, ou do réu, não significa uma posição absoluta, merecendo temperamentos

Além, atualmente vigora no sistema penal o mecanismo da delação premiada, originalmente instituída pela Lei 8.072/90. Posteriormente, foi introduzida no Código Penal (arts. 159, §4º, e 288, p.u.), Lei do Crime Organizado – nº 9.034/05 (art. 6º), Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – nº 7.492/86 (art. 25, §2º), Lei dos Crimes de Lavagem de Capitais – nº 9.613/88 (art. 1º, §5º), Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica – nº 8.137/90 (art. 16, p.u.), Lei de Proteção a vítimas e testemunhas – nº 9.807/99 (art. 14), Nova Lei de Drogas – nº 11.343/06 (art. 41), e, mais recentemente, na Lei que trata do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – nº 12.529/2011 (art. 86). Esse instituto nada mais é do que o estímulo à autoincriminação e principalmente dos parceiros na atividade delitiva, obviamente mediante a contrapartida na diminuição da pena, demonstrando a relativização que o sistema nacional – este introduzindo práticas há muito consagradas no estrangeiro – admite e estimula ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Mediante a delação premiada o acusado é levado a autoincriminar-se, a reconhecer a prática do delito, a confessá-lo, sob pena de responder pela pena integralmente, espécie de coação, ainda que legítima e plenamente justificável, tudo em nome da eficiência na persecução criminal, e por ela a paz social.

Ao posicionarem-se sobre o tema, doutrinadores e juristas baseiam-se, em sua maioria, em processos e situações fáticas que versam sobre investigações de paternidade. Entretanto, na análise da matéria, percebe-se que os princípios fundamentais envolvidos – especialmente a intangibilidade do corpo – aproveitam-se no âmbito penal, onde a criação da Lei 12.654/2012 trouxe à baila o debate em matéria criminal.

São muitos os posicionamentos que merecem destaque na matéria invocada, entre eles o de CARBONE, que defende que a extração de sangue, cabelos e/ou pelos pubianos, as amostras epiteliais, são legítimas contra a vontade do acusado,

desde que cumpram os requisitos indispensáveis da racionalidade, proporcionalidade, necessidade, utilidade e relevância, e não violem o direito à privacidade, à dignidade física e tampouco o direito à dignidade humana, uma vez que somente afetam de forma leve o corpo humano e não ofendem a proibição de tratamento desumano e degradante, quando realizados por pessoas habilitadas e com o limite de não colocar em perigo a vida ou a saúde. Tampouco o seu consentimento prévio é necessário para a realização da diligência da extração de amostra de sangue<sup>37</sup>.

Sobre o tema, HADDAD manifestou-se brilhantemente:

A admissão do exame de DNA compulsório no processo penal brasileiro, posto que seja uma novidade em relação ao tipo de prova que disponibilizará, não representará nenhuma inovação acerca das restrições e bens jurídicos que já suporta o acusado. A pena privativa de liberdade, a prisão provisória de finalidade instrutória indireta, o monitoramento ininterrupto de diálogos, a sanção capital e a medida de segurança de caráter indeterminado são superlativamente mais lesivos do que a colheita do material orgânico, mormente em relação àquela que não possui o caráter de invasividade. É preciso apenas voltar os olhos para as provas e sanções atualmente existentes no processo penal e lembrar-se da existência de medidas de caráter restritivo para superar a cultura de intangibilidade absoluta do acusado<sup>38</sup>.

A entidade corporal é valor inestimável e por isso merece a proteção constitucional. Contudo, trata-se de valor que deve ser considerado na sua intersecção com os demais. Embora grave, a intervenção poderá encontrar justificção ética e, por consequência jurídica, nos casos em que a investigação gira em torno de fato grave imputado ao acusado, podendo confirmar a culpa ou exculpá-lo.

---

<sup>37</sup> CARBONI, Carlos A. **La prueba penal ante la coerción del imputado**. Tradução da autora. Rosario: Nova Tesis, 2007, p. 107-108. *“La extracción de sangre, de cabellos y/o vello pubiano, muestras epiteliales, es legítima en contra de la voluntad del sindicado si cumple los requisitos indispensables de razonabilidad, proporcionalidad, necesidad, utilidad y pertinencia y no viola su derecho a la intimidad, la integridad física ni tampoco su dignidad humana, ya que solo afecta en forma leve la integridad corporal y no si viola la prohibición de tratos inhumanos y degradantes cuando son realizados por personas habilitadas y con el límite de no poner en peligro la vida o la salud. Tampoco es necesario su previo consentimiento para llevar a cabo la diligencia de extracción de muestra sanguínea.”*

<sup>38</sup> HADDAD Carlos Henrique Borlido. **Da coleta do perfil genético como forma de identificação criminal**. JusBrasil. Disponível em: <<http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/100040500/da-coleta-do-perfil-genetico-como-forma-de-identificacao-criminal>> Acesso em: 04 out. 2013

Desde que não viole a dignidade humana, não há um direito absoluto de negar-se a se submeter ao exame de pareamento cromossômico (DNA), à extração de sangue ou ao recolhimento de cabelos para a realização de perícia. Isso porque, a vida de relação encara como absolutamente normal a extração de sangue para exames laboratoriais de saúde, assim como não se pode atribuir nenhum risco à extração de um fio de cabelo<sup>39</sup>.

Tendo em vista o procedimento seguro e praticamente indolor de extração de material genético, não é crível sustentar que a realização de um exame desta natureza afrontaria o direito à inviolabilidade do corpo, tampouco que consistiria em métodos degradantes que afrontem o princípio da dignidade da pessoa humana.

### 3.3 A SUBMISSÃO COMPULSÓRIA DE ANÁLISE GENÉTICA NO DIREITO COMPARADO

Nos Estados Unidos e em praticamente todos os países europeus é permitida a realização de intervenção corporal sem o consentimento do acusado, variando-se entre os ordenamentos jurídicos apenas a necessidade de ordem judiciária<sup>40</sup>.

Na Alemanha, o artigo 81 do StPO autoriza expressamente a extração de sangue para o teste alcoolemia, dispensando ordem judicial, e exigindo a presença de um médico<sup>41</sup>. No sistema processual penal alemão, o acusado não tem o direito de se recusar a colaborar com a investigação, devendo cooperar para isso, sob pena de execução forçada. No ponto, Claus Roxin, afirma que o interesse de investigar a verdade prevalece sobre o interesse do acusado em conservar qualquer informação sobre seu corpo em segredo e impedir seu uso como prova. A

---

<sup>39</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Gradinetti Castanho. **A Constituição e as Intervenções Corporais no Processo Penal: Existirá algo além do corpo?**. Revista Eletrônica de Direito Processual. Disponível em: <[www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/a-constituicao-e-as-intervencoes-corporais-no-processo-penal-existira-algo-alem-do-corpo](http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/a-constituicao-e-as-intervencoes-corporais-no-processo-penal-existira-algo-alem-do-corpo)>. Acesso em: 01 de set 2014.

<sup>40</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte; Del Rey, 2004. p. 216.

<sup>41</sup> *Ibidem*. p. 217.

justificativa para o consentimento da intervenção forçada é o entendimento alemão pacificado de que os direitos fundamentais não são absolutos, e que, em certos casos, podem ser limitados no processo penal, tomando-se por base a ponderação dos bens jurídicos e o princípio da proporcionalidade<sup>42</sup>.

Na Espanha, prevalece a política criminal denominada "La Regla de la Proporcionalidad de los Sacrificios", na qual aceita-se a realização de procedimentos contra a vontade do indivíduo em resguardo de um maior. A doutrina majoritária posiciona-se contrária a esta política, sustentando que as provas obtidas a partir de exames realizados sem o consentimento do acusados são ilícitas. Por outro lado, a jurisprudência dos tribunais espanhóis – inclusive do Tribunal Constitucional Espanhol – entende pela licitude das aludidas provas.

A legislação portuguesa não admite a recusa do acusado de cooperar, inclusive no que toca aos exames periciais, prevendo que o consentimento do indivíduo será suprido por determinação judicial, quando houver negativa por parte do acusado. Neste sentido, o artigo 172.1 do Código Penal Português prevê que “se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”<sup>43</sup>. Além da norma geral contida no artigo 172.1, a Lei nº 45/2004, que regulamenta e estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses, estabelece, em seu artigo 6.1, que "ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este se mostrar necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei”<sup>44</sup>.

Os Estados Unidos da América, conhecidos como um dos berços históricos do Direito ao Silêncio – consagrado pela 5ª Emenda – consideram que a coleta de

---

<sup>42</sup> ROXIN, Claus. **Passado, Presente y Futuro Del Derecho Processual Penal**. 1. Ed. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007. p. 100.

<sup>43</sup> CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS, artigo 172.1. Disponível em: < <http://www.pgdlisboa.pt/lei/>>. Acesso em: 07 de jun.2014.

<sup>44</sup> RESOLUÇÃO PORTUGUESA 45/04, artigo 6.1. Disponível em [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=1&idsc=20018&ida=22785](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=20018&ida=22785)>. Acesso em: 07 de jun.2014.

material genético sem o assentimento do investigado não constitui violação aos direitos do indivíduo. No julgamento do caso FISHER vs. USA, em 1976, a Suprema Corte norte-americana decidiu que a Quinta Emenda não vedava a produção compulsória de prova incriminatória e que o direito ao silêncio resguardado na Constituição seria aplicável a eventual obrigação de comunicação de cunho testemunhal. No julgamento SCHMERBER vs. CALIFORNIA, a Suprema Corte reafirmou o seu entendimento, ao considerar válida a coleta compulsória de amostrar de sangue do acusado no processo penal<sup>45</sup>.

Não se restringe aos ordenamentos jurídicos norte-americanos e europeus a aceitação da coleta obrigatória de material genético. Acerca da admissão das provas periciais de tipagem genética, a Argentina, através da Lei 26.549/09, disciplinou a obtenção do DNA do acusado para fins de viabilizar a persecução criminal. Conforme estabelecido pela norma, caberá ao juiz ordenar a extração sanguínea para obtenção do DNA do imputado ou de qualquer outra pessoa, quando esta for necessária para a sua identificação ou para averiguações contundentes da investigação, devendo a medida ser devidamente fundamentada pelo juiz.<sup>46</sup>

#### **4 O PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* E A SUA NATUREZA**

##### **4.1 A ORIGEM, O CONCEITO E A PREVISÃO LEGAL DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE***

O princípio supracitado significa, em tradução livre, que ninguém é obrigado a se mostrar, sendo conhecido como o direito de não produzir provas contra si, ou, ainda, o princípio da não autoincriminação.

---

<sup>45</sup> STF - HABEAS CORPUS 115.767 – PR. Relatora: Ministra Rosa Weber, julgado em 16 de novembro de 2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 3188949.HC 115.767 / PR. Acesso em 14/05/2014.

<sup>46</sup> RUIZ, **Thiago.Escorço sobre a colheita compulsória de dna do acusado**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 14-15, jan., 2011.

Não há consenso na doutrina sobre o momento exato em que surgiu o princípio da não autoincriminação, havendo quem diga ser inviável a identificação concreta de suas raízes.<sup>47</sup> Enquanto parte da doutrina defende que o *nemo tenetur se detegere* surgiu no Reino Unido, no século XVII como resposta às práticas inquisitoriais perpetradas pelos Tribunais Eclesiásticos, a doutrina majoritária entende que a origem do princípio encontra-se no iluminismo<sup>48</sup>, momento no qual o acusado deixou de ser considerado exclusivamente como meio de prova.

Uníssono o entendimento, porém, de que o direito da não autoincriminação surgiu para afastar as violações à integridade física, psíquica e moral dos acusados, praticadas pelos Estados Absolutistas, que se utilizavam, inclusive, de tortura para obtenção de uma confissão forçada de culpa. Antes disso, na Inquisição, o mecanismo de autoincriminação pela tortura, mais do que meio probatório, até pela natureza dos tribunais eclesiásticos, converteu-se em forma única de apuração de culpa. Tomaz de Torquemada, o mais célebre dos inquisidores espanhóis, nitidamente para evitar os “excessos” que via cometidos, resolveu escrever o manual para a prática da extração de confissões e outros procedimentos. Na França, os abusos, quer dos tribunais seculares como dos eclesiásticos, influenciou vivamente o iluminismo na sua valorização da condição humana. Neste sentido, conclui ABULQUERQUE que: “é de automática conclusão que a consagração do *nemo tenetur se detegere* decorreu da necessidade política de se verem superados os abusos perpetrados pelo regime absolutista no campo do Processo Penal”<sup>49</sup>.

Em síntese, tem-se que o *nemo tenetur se detegere* surgiu, fundamentalmente, para coibir os excessos praticados pelo Estado durante o interrogatório e para resguardar o indivíduo das coações físicas e morais praticadas pelo sistema inquisitorial.

---

<sup>47</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de não produzir prova contra si**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 09.

<sup>48</sup> *Ibidem*. p. 08.

<sup>49</sup> ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **Garantia de Não Autoincriminação – Extensão e Limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 48.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* pode ser considerado um princípio amplo, abrangendo outros princípios, alguns, inclusive, salvaguardados pela Constituição Federal e pelo Pacto San José da Costa Rica, como o direito do acusado ao silêncio, ou o direito de não depor contra si ou declarar-se culpado.

Para AURY LOPES JÚNIOR, este princípio garante que “o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação”<sup>50</sup>. O doutrinador sustenta, ainda, que:

Através do princípio do *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. 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 prejuízo ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência<sup>51</sup>.

Para GUILHERME DE SOUZA NUCCI, o princípio decorre da união dos princípios da presunção de inocência e da ampla defesa, onde se afirma que o indivíduo é inocente até que se prove sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente provas em seu favor, bem como possui o direito de permanecer em silêncio sem que isso lhe traga prejuízo<sup>52</sup>.

Apesar do princípio não possuir previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina majoritária e a jurisprudência, em uma interpretação extensiva, consideram-no amparado pelo inciso LXIII, artigo 5º da Constituição Federal, que prevê o direito do acusado permanecer em silêncio. Da interpretação extensiva do artigo, surge o entendimento de que a previsão constitucional refere-se ao direito do acusado de não produzir provas contra si.

---

<sup>50</sup> JUNIOR, Aury Lopes. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 343.

<sup>51</sup> JUNIOR, Aury Lopes. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 344.

<sup>52</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 143.

O princípio possui amparo internacional no Pacto San José da Costa Rica – do qual o Brasil é signatário – através do seu artigo 8º, §2º, alínea “g” que assegura o direito de toda e qualquer pessoa de “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.<sup>53</sup> A proteção legal que reveste o princípio do *nemo tenetur se detegere*, encontra amparo no quanto dispõe a CF, art. 5º, LXXVIII, Parágrafos 2º e 3º, que equipara os tratados internacionais assinados pelo país à norma constitucional: § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Por sua vez dispõe o Parágrafo 3º: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

#### 4.2 O CARÁTER (NÃO) ABSOLUTO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

O princípio da não autoincriminação é amplamente utilizado nos Tribunais brasileiros e defendido ferreamente por renomados doutrinadores. Sobre a sua aplicação no sistema penal, MARIA ELIZABETH QUEIJO sustenta que:

O princípio *nemo tenetur se degere* 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>54</sup>

Na visão de ALBUQUERQUE, a maneira como o princípio é afirmado e interpretado pela doutrina e pela jurisprudência atribuem *status* de intocável ao acusado, conferindo-lhe totais poderes sobre o andamento do processo, e impedindo a produção de provas necessárias à persecução penal<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> SPITZCOVSKY, Celso. **O direito constitucional ao silêncio e suas implicações**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, nov. 2005. Disponível em: <[www.damasio.com.br/novo/html/frame\\_artigos.htm](http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm)>. Acesso em 06 de mar. 2014.

<sup>54</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de não produzir prova contra si**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 27

<sup>55</sup> ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **Garantia de Não Autoincriminação – Extensão e Limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 47.

Em que pese alguns julgados em sentido contrário, a jurisprudência interpreta de forma extensiva o princípio do *nemo tenetur se detegere*, suscitando-o em diversos momentos do processo – como a sujeição do acusado a participar da restituição de um crime. Considerando-se que o direito da não autoincriminação surgiu para impedir a obtenção de uma confissão forçada – fato comum nos Estados Absolutistas e na Inquisição – a ampliação do princípio para toda a matéria probatória desvirtua o princípio em sua origem. No ponto, ABULQUERQUE salientou que:

[...] quanto aos demais meios de prova que porventura dependam de alguma contribuição do acusado, parece-nos que a garantia de não autoincriminação não poderá ser invocada, porque não cumpre, nesses casos, as finalidades para as quais foi instituída<sup>56</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, o Tribunal Europeu dos Direitos dos Homens, no julgamento do caso JALLOH vs ALEMANHA, manifestou-se:

O direito de não se autoincriminar impõe que se respeite a vontade do arguido de não falar e manter o silêncio, no entanto, este direito não contempla a impossibilidade de utilização no processo de meios de prova que sejam obtidos através do arguido independentemente de sua vontade (ou mesmo, contra a sua vontade) por poderes de autoridade tais como [...] recolha de amostras e exames de sangue, urina, saliva, cabelo, voz, ou recolha de outros tecidos orgânicos para a realização de testes de DNA<sup>57</sup>.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* não pode imperar de forma absoluta sobre toda a matéria probatória, sob pena de inviabilizar a persecução penal, e afrontar o princípio maior que ela defende: a paz social, a ordem pública e a integridade do patrimônio pessoal e jurídico do cidadão contra a prática de delitos. Neste sentido, BARROS e PISCINO defendem que o direito de não produzir provas contra si não é absoluto, devendo ser analisada sua aplicação no caso concreto, à luz da proporcionalidade, resguardando os direitos individuais, mas viabilizando ao

---

<sup>56</sup> ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **Garantia de Não Autoincriminação – Extensão e Limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 81.

<sup>57</sup> STEDH, caso Jalloh c. Alemanha, j. 11.06.2006, §XVIII e seguintes *apud* VAY, Giancarlo Silkunas; SILVA;

Estado o cumprimento do dever da busca pela verdade e a realização da Justiça.<sup>58</sup> No ponto, GIACOMOLLI sustenta que “o *nemo tenetur* e o direito ao silêncio não são absolutos”<sup>59</sup>, acrescentando que qualquer restrição a estes princípios “há de estar prevista em uma lei adequada à convencionalidade e à constitucionalidade”<sup>60</sup>.

Na visão de Maria Elisabeth Queijo:

A inexistência do dever de colaborar, em todos os casos, redundaria em uma concepção do *nemo tenetur se detegere* como direito absoluto, aniquilando, em determinadas situações, por completo, a possibilidade de desencadeamento da persecução penal ou de dar seguimento a ela. Em outras palavras: equivaleria, em diversos casos, à consagração da impunidade<sup>61</sup>.

CARVALHO defende que não haveria um direito absoluto para que a negativa de utilizar-se o corpo humano como prova, salvo se violasse a dignidade humana.<sup>62</sup> Neste contexto, o Estado poderia compelir o acusado ao fornecimento de urina, de amostra sanguínea, de amostra de impressões digitais ou de recolhimento de fios de cabelo. Tratando-se de fatos socialmente aceitáveis e rotineiros no mundo contemporâneo, não seriam considerados afronta à dignidade humana, razão pela qual tornar-se-iam procedimentos aceitáveis.

Além dos Direitos individuais protegidos, o Estado deve zelar pelos seus “valores institucionais indispensáveis à sua própria subsistência. Mormente a viabilização de uma eficaz administração da Justiça”<sup>63</sup>. O equilíbrio entre os direitos

<sup>58</sup> BARROS, Marco Antônio; PISCINO, Marcos Rafael. **DNA e a sua utilização como prova no Processo Penal**. Artigos Mackenzie. Disponível em: <[www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos\\_20008/Marco\\_Antonio\\_de\\_Barros\\_2.pfd](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos_20008/Marco_Antonio_de_Barros_2.pfd)>. Acesso em: 23 de out. 2013.

<sup>59</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Legal**. São Paulo: Atlas. 2014. p. 194.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> QUEIJO, Maria Elisabeth. **O Direito de não produzir prova contra si**. São Paulo: Saraiva, 2003, pág. 27

<sup>62</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **A constituição e as intervenções corporais no processo penal: existirá algo além do corpo?**, *In*: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas e MALAN, Diogo. *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da constituição da república de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 359.

<sup>63</sup> FONSECA, José Calos, **Reforma do Processo Penal e Criminalidade Organizada**. *In*: PALMA,

individuais e coletivos é a razão pela qual não se pode atribuir a nenhum valor a característica de princípio absoluto, sob pena de afronta a outros igualmente fundamentais.

Na jurisprudência brasileira, porém, a relativização do princípio da não auto-incriminação e a sua interpretação como princípio não absoluto possui maior aceitação no âmbito civil. A Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça<sup>64</sup>, que dispõe acerca da recusa do sujeito de submeter-se ao exame de DNA para verificação de paternidade, como foi visto, prevê que a negativa do suposto pai ao exame induz à presunção *juris tantum* de paternidade. Em que pese não haver a determinação de exame via coercitiva, a negativa do sujeito por si é considerada prova apta a legitimar o reconhecimento da paternidade.

Evidentemente, sob pena de retroagir ao sistema inquisitorial dos Estados Absolutistas, os direitos individuais, inclusive o princípio do *nemo tenetur se detegere* devem ser protegidos, tanto no âmbito civil quanto criminal. Entretanto, a aplicação deste princípio deve sujeitar-se à proporcionalidade. No ponto, cita-se NÉRI DA SILVEIRA:

[...] os direitos fundamentais são direitos *prima facie*, ou melhor, potenciais, não absolutos, somente assumindo contornos definitivos após aplicados a um problema concreto. Dessa forma é possível restringir o âmbito de proteção de um direito fundamental no momento da elaboração da norma de decisão do caso, mediante ponderação<sup>65</sup>.

Eventual proteção absoluta do princípio do *nemo tenetur se detegere* colocaria em risco o dever do Estado de proteção à sociedade e à vítima do delito, estimulando a criminalidade, ante a inviolabilização, em muitos casos, da persecução

---

Jornada de direito processual penal e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2004. p, 418.

<sup>64</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 301 - 18/10/2004 - DJ 22.11.2004 - Ação Investigatória - Recusa do Suposto Pai - Exame de DNA - Presunção *Juris Tantum* de Paternidade - *Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.*

<sup>65</sup> STF – Pleno, Rcl – QO 2.040/DF. Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ 27/06/2003 – trecho do voto do Min. Néri da Silveira (Relator).

penal. No ponto, novamente, recorre-se à doutrinadora MARIA ELIZABETH QUEIJO:

Admitir que o *nemo tenetur se detegere* pudesse afastar a punibilidade de infrações penais subseqüentes, praticadas para o encobrimento de delito anterior, sem que houvesse procedimento instaurado de natureza extrapenal, investigação criminal ou processo penal, gerando risco concreto de auto-incriminação e sem que o interessado fosse chamado a colaborar, fornecendo elementos probatórios, seria atribuir-lhe a condição de direito absoluto, que não encontraria qualquer limite no ordenamento jurídico, conduzindo a distorções e, não raro, servindo mesmo de estímulo para a perpetuação de crimes [...] Não é esta a sua essência, nem a sua *ratio*. Reconhecer ao *nemo tenetur se detegere* tal amplitude subverteria o sistema e o próprio princípio, incentivando a violação de bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico<sup>66</sup>.

#### 4.3 O PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NO DIREITO COMPARADO

O princípio da não autoincriminação é conhecido, nos Estados Unidos da América, como *privilege against self-incrimination*. Oriundo da década de 60, o princípio surgiu nas decisões do então presidente da Suprema Corte Americana dos Estados Unidos, Dr. Earl Warren. Defensor dos direitos e garantias individuais, o jurista americano foi precursor na salvaguarda do silêncio e a não autoincriminação<sup>67</sup>.

Entretanto, no âmbito jurídico americano, o entendimento é de que inexistente afronta ao *privilege against self-incrimination* na produção, mesmo que compulsória e coercitiva, de provas que dependem da cooperação do acusado. Isto porque a submissão a exames corporais não obriga o sujeito a admitir sua culpa, sendo

---

<sup>66</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de não produzir prova contra si**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 28-89.

<sup>67</sup> COOKE, Michael. **Privilege against self-incrimination**. Disponível em: <[http://www.essortment.com/all/mirandavsarizo\\_roui.htm](http://www.essortment.com/all/mirandavsarizo_roui.htm)>. Acesso em 03 de out. 2013.

consideradas, à rigor, “*meras perícias de resultado incerto*”<sup>68</sup>, que podem, inclusive, serem favoráveis ao acusado, demonstrando sua inocência.

A Suprema Corte norte-americana, no caso famoso caso SCHMERBER VS. CALIFORNIA adotou a clássica distinção entre os procedimentos coativos que requerem a participação ativa do acusado daqueles em que o acusado trata-se apenas de uma simples fonte passiva de elementos de prova contra si próprio. Nessa segunda situação, entendeu não haver violação ao *nemo tenetur se detegere*, que abrangeria apenas atos que conquistam na expressão de ideias. Tomando como base o conhecido julgado, JENNIFER GRADY analisou a inexistência de afronta do *privilege against self-incrimination*:

D. Compelled DNA Testing Does Not Violate a Criminal Defendant's Constitutional Right Against Self-Incrimination Requiring sex offenders to submit to DNA testing poses the question of whether compelled testing violates a criminal defendant's constitutional right against self-incrimination. In *Schmerber v. California*, the United States Supreme Court held that a defendant's constitutional right had not been violated by a compulsory blood alcohol test and its admission into evidence. The *Schmerber* Court ruled that, while the Fifth Amendment prohibits the state from compelling a suspect to give evidence of a testimonial or communicative nature, it does not prohibit the state from requiring a suspect to provide “real or physical evidence.” In *Schmerber*, the Court held that a compelled extraction of a blood sample and its chemical analysis for blood alcohol content did not amount to “testimonial or communicative” evidence and, therefore, was not prohibited by the Fifth Amendment<sup>69</sup>.

No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional Europeu não vislumbra ofensa ao *nemo tenetur se detegere* na submissão do acusado à exames corporais, como o

<sup>68</sup> COOKE, Michael. **Privilege against self-incrimination**. Disponível em: <[http://www.essortment.com/all/mirandavsarizo\\_roui.htm](http://www.essortment.com/all/mirandavsarizo_roui.htm)>. Acesso em 03 de out. 2013.

<sup>69</sup> GRADY, Jennifer. **The Ethical Protocol for Collecting DNA Samples in the Criminal Justice System**. Disponível em: <<http://oldsite.mobar.org/9a8264de-6139-4fc3-b5a0-fe8698b58d0b.aspx>>. Acesso em: 01 de nov.2013. (Tradução livre: teste obrigatório de DNA não viola um réu criminal do seu direito constitucional perante a auto-incriminação. Exigir de criminosos sexuais a se submeter a testes de DNA coloca a questão de saber se o teste obrigado acaba violando o direito constitucional do réu contra a auto-incriminação. Em *Schmerber*, Califórnia, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que o direito constitucional do réu não havia sido violada por um teste obrigatório de álcool no sangue e a sua admissão como prova. O Tribunal de *Schmerber* decidiu que, enquanto a Quinta Emenda proíbe o Estado de obrigar um suspeito a dar indícios de um depoimento ou natureza comunicativa, ela não proíbe o Estado de exigir um suspeito de fornecer "provas reais ou física." Em *Schmerber*, o Tribunal considerou que a extração compelida de uma amostra de sangue e sua análise química, sobre o teor de álcool no sangue não constitui uma prova "testemunhal ou comunicativa" e, portanto, não foi proibida pela Quinta Emenda.)

bafômetro ou a extração de DNA. O posicionamento é baseado na visão de que tais exames, por si só, não caracterizam uma incriminação ou admissão de culpa por parte do indiciado, sendo apenas uma produção de prova comum, que poderá servir, inclusive, em benefício do acusado.

A Espanha possui o princípio do *nemo tenetur se detegere* expresso em sua Constituição, mas não lhe atribuí interpretação extensiva e absoluta. A jurisprudência dominante, em verdade, restringe a aplicabilidade do princípio à produção de prova de admissão de culpa realizada de forma oral ou escrita. A doutrina entende que estender o princípio aos outros meios de prova inviabilizaria o processo penal e aponta que a coerção do indivíduo para a prática dos exames de análise genética não afronta o aludido princípio, pois não constitui prova de confissão de culpa.

Na Inglaterra, a doutrina majoritária ensina que somente restaria caracterizada afronta ao *privile against self-incrimination* se o investigado ou o acusado fosse compelido a confessar a prática de um crime.

França, Itália, Portugal, Dinamarca, Suíça, Noruega e Canadá também são exemplos onde o Judiciário possui legitimidade para determinar a intervenção corporal evasiva (coleta de impressões dactiloscópicas, registro fotográfico dos acusados) e invasivas (coleta de material genético para exame de DNA), considerando que tais procedimentos não afrontam o direito de não autoincriminação do acusado<sup>70</sup>, uma vez que não caracterizariam uma *confissão de culpa*.

Da análise do ordenamento jurídico e da doutrina estrangeira, especialmente dos países citados no presente capítulo, tem-se que a maioria dos ordenamentos sequer reconhece a incidência do princípio *nemo tenetur se detegere* na produção de provas periciais, restringindo a sua aplicação ao momento do interrogatório do

---

<sup>70</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Breves notas sobre a não autoincriminação**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, nº 41, abril de 2011. Disponível em: <[WWW.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/eugenio\\_oliveira.html](http://WWW.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/eugenio_oliveira.html)>. Acesso em: 01 de out. 2013.

acusado. A interpretação restrita do princípio é atribuída pela doutrina estrangeira à origem do mesmo, que surgiu para afastar os métodos de coerção para obtenção de confissões.

Percebe-se, ainda, que a lei e a jurisprudência de países considerados de primeiro mundo, como Estados Unidos e Alemanha, admitem a execução coercitiva nas intervenções corporais no acusado, não considerando a prática afronta ao direito da não autoincriminação.

## **5 A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL VIA DNA E OS BANCOS DE DADOS GENÉTICOS PARA FINS CRIMINAIS**

### **5.1 A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL VIA DNA**

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 para que possam demonstrar que não são as verdadeiras autoras das infrações penais, quando houver equívoco de identidade<sup>71</sup>.

Antes da Constituição de 1988, era pacífico o entendimento – inclusive com Sumula editada pelo Supremo Tribunal Federal – de que não constituía constrangimento ilegal a submissão do indiciado à identificação criminal, mesmo quando civilmente identificado. Com a promulgação da Constituição Federal, a identificação criminal tornou-se exceção, como se depreende do artigo 5º, LVIII: “o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> SOBRINHO, Mário Sérgio. **A identificação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2003, p. 23.

<sup>72</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 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: 03 de out. 2014.

Após a promulgação da Magna Carta, a primeira lei a abordar a identificação criminal e a excepcionar a norma geral contida no artigo 5º, LVIII, do diploma legal foi a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que previa, em seu artigo 109, que “o adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada”<sup>73</sup>. Pouco tempo depois, a Lei das Organizações Criminosas estabeleceu que os indivíduos envolvidos com ações praticadas por organizações criminosas seriam submetidos à identificação criminal, independentemente de identificação civil.

Entretanto, somente no ano de 2002 houve a criação de norma específica para regular o artigo 5º LVIII da Constituição Federal – a Lei 10.054/00 – trazendo um rol taxativo de situações que permitiriam a identificação criminal. Em 2009, a Lei 10.054/00 foi revogada pela Lei 12.037/09, que não apresentava um rol exaustivo de causas justificantes para a identificação criminal.

A Lei 12.037/09 previa dois procedimentos de identificação criminal (o datiloscópico e o fotográfico), e com o advento da Lei 12.654/12 normatizou, também, a identificação por meio de análise do material genético (DNA).

A lei de regulamentação da coleta de perfil genético como meio de identificação criminal – Lei 12.037/09 – prevê o armazenamento de dados de perfil genético por entidades oficiais de perícia criminal, ressaltando a inviolabilidade dos dados. No que toca à obrigatoriedade da coleta do material genético, o artigo 9º-A da nova lei dispõe:

Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no artigo 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos,

---

<sup>73</sup> BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 16 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm)>. Acesso em: 03 de out 2014.

obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucléico, por técnica adequada e indolor.<sup>74</sup>

GUILHERME NUCCI pronunciou-se, em seu perfil pessoal na rede social *facebook*, acerca da nova lei. Segue, *in verbis*, sua declaração:

NOVA LEI 12.654/2012, que entra em vigor em 180 dias. Teremos nova modalidade de identificação criminal, feita por coleta de material biológico, dando ensejo ao certo exame de DNA. Não vislumbro inconstitucionalidade alguma. Ao contrário, todos deveríamos ser identificados civilmente não somente pela foto e impressão digital, como ocorre hoje, mas tb com dados genéticos. Na área criminal, com maior razão, evitando-se o erro judiciário de troca de identidades nos processos criminais, deve-se incentivar essa moderna técnica. Um dos artigos da nova lei prevê a identificação por DNA de condenados por delitos violentos e hediondos. Deveria ser mais ampla a identificação. E não ofende o princípio contra a auto-incriminação, pois identificação se faz ANTES do crime e não se obriga, DEPOIS do delito que o suspeito forneça material genético comparativo. Pode a polícia coletar, no local do delito, material ali constante e submetê-lo à prova genética. Aliás, exatamente o que se pode fazer, quando se acha impressão digital no lugar do crime e se faz a comparação, para fins de identificar o autor<sup>75</sup>.

A capacidade de identificação dos testes do DNA é precisa e individual. A probabilidade da repetição do mesmo padrão de DNA num segundo indivíduo é da ordem de um para dez trilhões aproximadamente. A técnica baseia-se na identificação dos chamados minissatélites, ou seja, regiões do DNA feitas da repetição de pequenas sequências dispersas em grande número por entre o genoma humano<sup>76</sup>.

A identificação via DNA mostra-se uma evolução no âmbito processual-criminal, pois representa meio de individualização do ser humano a partir de sua

<sup>74</sup> BRASIL. **Lei nº 12.037**, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF. 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: 03 de out. 2014.

<sup>75</sup> NUCCI, GUILHERME. **A Nova Lei 12.654/12**. Disponível em: <<https://pt-br.facebook.com/guilherme.nucci/posts/3634800503024>> . Acesso em: 07 de nov 2013.

<sup>76</sup> ZAGANELLI, Margareth Vetis; LACERDA; Maria Francisca dos Santos. **Livre apreciação da prova, ciência e raciocínio judicial: considerações sobre a “cientificação” da prova no processo**. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). *Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 24.

estrutura biológica própria e única. No ponto, transcreve-se, *in verbis*, trecho de um artigo publicado pelo Instituto de Criminalística do Estado do Paraná:

Apontada como a maior revolução científica na esfera forense desde o reconhecimento das impressões digitais como uma característica pessoal, as técnicas de identificação fundamentadas na análise direta do ácido desoxirribonucléico ostenta pelo menos duas vantagens sobre os métodos convencionais de identificação: a estabilidade química do DNA, mesmo após longo período de tempo, e a sua ocorrência em todas as células nucleadas do organismo humano, o que permite condenar ou absolver um suspeito com uma única gota de sangue ou através de um único fio de cabelo encontrado na cena do crime<sup>77</sup>.

Conforme o entendimento de Elizeu Fagundes, coordenador do Laboratório de Diagnóstico por DNA da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a identificação humana por DNA se constituiu como o mais eficiente dentre aqueles aplicados à identificação individual. O especialista afirma que a metodologia é capaz de identificar qualquer indivíduo a partir de um conjunto de marcadores presentes em seu DNA, os quais caracterizam o seu perfil genético único, independentemente de a amostra biológica usada para a preparação do DNA ter sido coletada em vida, ou não<sup>78</sup>.

## 5.2 A CRIAÇÃO DE UM BANCO DE DADOS GENÉTICOS PARA FINS CRIMINAIS NO BRASIL

Os bancos de dados genéticos podem ser conceituados como um conjunto estruturado de perfis genéticos (resultados de testes de DNA), armazenados em base de dados informatizada<sup>79</sup>.

No Brasil, a implantação do uso forense do DNA ocorreu no ano de 1994, ano em que foi criada a Divisão de Pesquisa Forense (DPDNA), vinculada à Polícia Civil

---

<sup>77</sup> Secretaria da Segurança Pública – Instituto de Criminalística do Paraná. **A Genética na Investigação Criminal**. Disponível em: <[www.ic.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=7](http://www.ic.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=7)> Acesso em: 21 de out. 2013.

<sup>78</sup> Informações obtidas na entrevista concedida pelo especialista Elizeu Fagundes ao jornal O Globo. Disponível em: <<http://redeglobo.globo.com/noticia/2013/04/ha-60-anos-revista-inglesa-divulgava-descoberta-da-estrutura-do-dna.html>>. Acesso em 19 de jan. 2014.

<sup>79</sup> MONIZ, Helena. **Os Problemas Jurídico-Penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais**. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, n. 02, Coimbra, 2002, p. 02.

do Distrito Federal. Primeiramente, a atuação da DPDNA versava sobre análises de homicídios, investigação de paternidade e a busca de parentes desaparecidos no regime militar.

Com a expansão do método de análise genética, houve a proposição do projeto de lei nº 417/2003, alterando o artigo 1º da Lei n. 10.054/00 e incluindo o uso de DNA como uma das formas de identificação criminal.

Em 2010, foi instalado o CODIS 5.7.4, com finalidade criminal, e o CODIS 6.1, para identificação de pessoas desaparecidas e vítimas de desastres, nos servidores. Foram capacitados 20 peritos criminais para a utilização do CODIS e foi criado o GT-RIBPG. No ano de 2011, os bancos de perfis genéticos estaduais começaram a operar. Com a realização da I Conferência Anual da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos foi aprovado o PLS 93/2011 no Senado<sup>80</sup>.

A Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos no Brasil conta, atualmente, com dezoito laboratórios, localizados nos Estados do Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo e Distrito Federal; além de um laboratório da Polícia Federal. Esses laboratórios armazenam os materiais genéticos coletados nas cenas de crimes, com o objetivo de serem comparados com o perfil genético de um indivíduo, suspeito ou condenado pela prática do crime<sup>81</sup>.

O Banco Nacional de Perfis Genéticos foi regulamentado pelo Decreto nº 7.950 e publicado no Diário Oficial da União em março de 2013. Ele será responsável pelo armazenamento dos dados de perfis genéticos que poderão servir de subsídio na apuração de crimes. A Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, criada pelo decreto, vai permitir o compartilhamento e a comparação de

---

<sup>80</sup> SCHIOCCHET. Taysa et alli. **Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal**. Série Pensando o Direito. v. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. Disponível em < [http://www.academia.edu/7818692/Bancos\\_de\\_Perfis\\_Geneticos\\_para\\_fins\\_de\\_persecucao\\_criminal\\_Serie\\_Pensando\\_o\\_Direito\\_2012](http://www.academia.edu/7818692/Bancos_de_Perfis_Geneticos_para_fins_de_persecucao_criminal_Serie_Pensando_o_Direito_2012)> Acesso: 13 de nov. 2013

<sup>81</sup> *Ibidem*.

perfis genéticos constantes nos bancos da União com os Estados e o Distrito Federal. Atualmente, quinze estados (RS, SC, PR, SP, MG, RJ, ES, CE, BA, PB, AM, AP, PA, MT e MS) têm estrutura para alimentar a Rede Integrada<sup>82</sup>.

A criação de uma rede nacional de registro viabilizará que a genética forense auxilie na elucidação de diversas situações relevantes para o mundo jurídico, como a identificação de suspeitos em crimes de qualquer natureza, identificação de cadáveres, identificação de órgãos e partes de cadáveres, estabelecimento de relação entre instrumento lesivo e vítima, estudo de vínculo genético entre a vítima e supostos aparentados, dentre outros. E ainda, nos casos em que não há suspeito, o banco de dados poderá ser utilizado para fins de comparação com amostras biológicas extraídas dos vestígios de um crime<sup>83</sup>.

Em encontro promovido no Estado do Pará, a perita Criminal Terezinha Brabo Palha defendeu a implantação de um banco de dados genéticos para fins criminais, de abrangência nacional, com a utilização do software americano. A perita explicou que o referido sistema passou a ser utilizado pelo FBI nos anos 90, quando os Estados Unidos apresentavam altíssimas taxas de criminalidade e baixas taxas de elucidação dos crimes. Nas palavras da mesma “ocorria em solo americano o que atualmente ocorre no Brasil: muitos crimes sem suspeitos para comparação e muitos casos não resolvidos”<sup>84</sup>.

Na visão da especialista, a implementação de banco de dados deverá contribuir bastante para a redução dos índices de criminalidade no Brasil, consoante ocorreu os Estados Unidos. No ponto, transcrevem-se, *in verbis*, seus dizeres: “o trabalho com perfis genéticos representa um grande avanço, auxiliando nas investigações policiais”<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> FILHO, Aluisio Trindade. **Genética Forense**. In: Leme CELP. Medicina Legal Prática Compreensível. 1. Ed. Barra do Garças (MT). 2010.

<sup>84</sup> Conclusões e citação retiradas a partir da palestra ministrada pela perita criminal Terezinha Brabo Palha, no “I Ciclo de Palestras em DNA Forense do Pará”. Para mais informações, acessar: <[http://www.agenciapara.com.br/noticia.asp?id\\_ver=114266](http://www.agenciapara.com.br/noticia.asp?id_ver=114266)>. Acesso em 27 de out. 2013.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

### 5.3 OS BANCOS DE DADOS GENÉTICOS PARA FINS CRIMINAIS NO DIREITO COMPARADO

O banco de dados genético apresenta-se como uma ferramenta importante de auxílio à persecução criminal, sendo utilizada em mais de 40 países ao redor do mundo, como no Canadá, nos Estados Unidos, no Reino Unido, na França, na Finlândia, na Áustria, em Israel, nos Emirados Árabes, na China, no Japão, na Malásia, em Singapura, na Áustria, na Nova Zelândia, na Bélgica, na República Checa, na Dinamarca, na Estônia, na Finlândia, na França, na Alemanha, na Grécia, na Hungria, na Irlanda, na Itália, na Letônia, em Luxemburgo, nos Países Baixos, na Noruega, na Polônia, na Espanha, na Suécia e na Suíça<sup>86</sup>.

Pioneiro na implantação da tecnologia, o FBI introduziu o CODIS – Combined DNA Index System – em solo americano na década de 90, tornando o sistema operacional em 1998. O *software* norte-americano combina a biologia molecular com a tecnologia eletrônica, formando um banco de dados de perfis genéticos de DNA extraído de evidências biológicas coletadas na cena do crime e DNA de criminosos condenados por vários tipos de violência física, possibilitando averiguar se o mesmo cometeu anteriormente outra infração<sup>87</sup>.

Atualmente, os Estados Unidos possuem um banco de dados com 10 milhões de perfis genéticos de indivíduos condenados e, em 26 dos 50 estados, além de coletarem amostras de condenados, também coletam amostras de DNA de detidos e/ou suspeitos. De acordo com informações do próprio FBI (*Federal Bureau of Investigation*), o CODIS auxiliou as autoridades competentes em mais de 200 mil investigações<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> NOGUEIRA, Ciro. **A base de dados de DNA em todo o mundo** [25 de jun.2012]. Disponível em: <<http://www.senadorciro.com.br/noticia/312/a-base-de-dados-de-dna-em-todo-o-mundo.html>>. Acesso em 08 de nov. 2013.

<sup>87</sup> CODIS – NDIS. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/ndis>> Acesso em: 18 de out. 2013.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

Em 1991, o Conselho da Europa, com a finalidade de orientar seus membros acerca do uso do DNA no âmbito da justiça criminal, editou a Recomendação nº 01, estabelecendo orientações aos países da União Europeia sobre a coleta das amostras, o credenciamento de laboratórios, o armazenamento do material genético, dos dados obtidos e sua respectiva proteção. Em 1997, o Conselho da Europa aprovou a Recomendação nº 5, que autorizou os seus Estados a criarem os seus bancos de dados nacionais<sup>89</sup>.

No Reino Unido, em 1995, foi criado o primeiro banco de dados de perfis genéticos de criminosos, denominado Base Nacional de Dados de DNA do Reino Unido (United Kingdom National DNA Database/NDNAD). Em 2001, foi aprovada a *Criminal Justice and Police Act*, lei que permite coletar material genético de qualquer detido. No final do ano de 2011, a base de dados já albergava perfis de DNA de cerca de 5 milhões de pessoas. Esta base, que aumenta em cerca de 30.000 amostras todos os meses, é elaborada a partir de amostras recolhidas de locais de crime ou coletadas de suspeitos de crime. No sistema inglês, existem dois arquivos diferentes de perfis genéticos cujos objetivos se completam, que são o Forensic Index (Índice forense) que contém perfis genéticos obtidos a partir de cenas de crime e o Offender Index (Índice de Criminosos)<sup>90</sup>.

Na França, o banco de dados surgiu em 1994, mas somente em 1998 tomou forma para a esfera penal, pois antes não havia uma definição legislativa a respeito. As “digitais genéticas” (“empreintes génétiques”) são utilizadas em solo francês em matéria de polícia criminal, por meio do “Arquivo Nacional Automatizado de Digitais Genéticas” (FNAEG, em francês “Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques”), o qual foi criado pela Lei nº 468 (1998), também denominada Loi Guigou, referente à prevenção e à repressão das infrações sexuais, bem como à

---

<sup>89</sup> EUROPA. Conselho da Europa. **Concensão para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina: concensão sobre os direitos do homem e a biomedicina**. 1997. Disponível em: <[www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionaisdh/tidhregionais/cpmvbiologiaNOVO.html](http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionaisdh/tidhregionais/cpmvbiologiaNOVO.html)>. Acesso em: 27 de set. 2013.

<sup>90</sup> REINO UNIDO. **Crime and Security Act 2010**. Chapter 17, de 8 de abril de 2010. Disponível em: <[http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/pdf/ukpga\\_20100017\\_en.pdf](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/pdf/ukpga_20100017_en.pdf)>. Acesso em: 27 set. 2013.

proteção das crianças e adolescentes e cujo campo de aplicação foi estendido para outros delitos em virtude de leis posteriores.

Na Espanha, em 2007, criou-se a Lei n° 10 para regular o uso forense do DNA, especialmente no âmbito criminal. A referida Lei, no seu artigo 3°, determina seja registrado no banco os dados extraídos de DNA obtidos a partir da análise de amostras biológicas do suspeito, preso ou acusado, em caso de crimes graves e, em qualquer caso, quando afetar a vida, a liberdade sexual, a integridade da pessoa, o patrimônio, por meio de violência ou intimidação contra pessoas e em casos de crime organizado. A norma espanhola prevê ainda a possibilidade de intercâmbio internacional de perfis genéticos (artigo 7°), bem como o direito de modificação, cancelamento e acesso aos dados pessoais armazenados<sup>91</sup>.

No ano de 2005, Espanha, Bélgica, Alemanha, França, Luxemburgo, Holanda e Áustria firmaram o Tratado de Prüm (Schengen III), prevendo a criação de um banco internacional de dados genéticos que visa combater o terrorismo e a imigração ilegal. Diante de sua inexorável importância, mais tarde, outros oito países firmaram o acordo (Finlândia, Itália, Portugal, Eslovênia, Suécia, Romênia, Bulgária e Grécia)<sup>92</sup>.

Todos esses elementos indicam que a utilização dos dados genéticos deixou de ser mera e auspiciosa novidade científica para se tornar realidade fundamental na apuração de crimes e consecução do processo penal. Em todos os países mencionados, tal é a relevância dos métodos desenvolvidos, que foi promulgada e está em vigor legislação respectiva à sua utilização.

---

<sup>91</sup> HENRIQUES, F.; SEQUEIROS, J. (2007), **Relatório — Regime Jurídico da Base de Dados de Perfis de ADN**, Lisboa, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Disponível em: <[http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054082\\_Parecer\\_052\\_CNECV\\_2007\\_BasedadosADN.pdf](http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054082_Parecer_052_CNECV_2007_BasedadosADN.pdf)>. Acesso em 30 de set 2014.

<sup>92</sup> EUROPA. Parlamento Europeu. **Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos**. Disponível em: <[www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004\\_2009/documents/dt/660/660824/660824pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dt/660/660824/660824pt.pdf)>. Acesso em: 30 de set. 2014.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A divergência que envolve a Lei 12.654/2012 enraíza-se entre as posições ideológico-jurídicas que disputam a predominância dos direitos individuais sobre os coletivos ou destes sobre os primeiros. Desse entrelaço é que surge a melhor interpretação que se pode conceder ao princípio concentrado pela parêntese *nemo tenetur se detegere*. Haveria uma disputa ideológica nessa discussão? Estariam mais à esquerda aqueles que entendem deva a coletividade sobrepor-se ao indivíduo e mais à direita aqueles que advogam ser para este último que se deve dirigir toda a proteção jurídica?

A indagação acima, no meu sentir, desloca a discussão para a simplificação polarizada que ela não admite. O princípio foi edificado por razões políticas, no tempo em que era necessário afirmar a cidadania ante os excessos do estado e mesmo dos tribunais eclesiásticos. Hoje, a omissão do estado e seu apequenamento naquelas atividades em que é realmente necessário – entre as quais a segurança pública – afronta o cidadão vítima da criminalidade. É no sentido da proteção deste último que a interpretação deve se dirigir.

Não há o conflito aparentemente proposto, entre o indivíduo e o coletivo, pois em um dos polos do ato delinquental está o indivíduo ofendido em sua integridade corporal, moral ou patrimonial. Como conceder ao acusado de crime violento, cujo ato se eleva a essa gravidade por violar, com frequência mortalmente, à vítima de seu desatino, o direito à inviolabilidade corporal, ainda mais se esta realmente não será invadida pelos métodos investigativos, cuja coleta de material é indolor e inconsequente? Conceder ao princípio *nemo tenetur se detegere* caráter absoluto significaria a inversão na ordem e hierarquia dos valores cidadãos e civilizados onde aquele vicejou.

Ademais, há imperativo de ordem lógica a autorizar o abrandamento do princípio ante o direito da vítima – ou sua família em caso de crime de homicídio ou latrocínio – e da sociedade em ver o autor do delito punido nos termos da lei: não

haverá maior interessado no desvendamento da autoria do ato criminoso senão aquele que recebeu a injusta acusação. Deve ser deste a iniciativa probatória, por lógico que é.

Então, é importante sublinhar, não há – embora aparente – o conflito entre garantias individuais e coletivas. Não há risco de o estado sobrepor-se ao cidadão; não há violação a valores individuais. O princípio *nemo tenetur se detegere* tem raízes históricas na obtenção da confissão mediante métodos violentos, normalmente sob tortura do acusado, invariavelmente para apuração de crimes assim admitidos por estados absolutistas ou tribunais eclesiásticos, estes regidos pelo vetusto Direito Canônico. A admissão daqueles crimes não encontraria hoje qualquer penalidade. A liberdade de expressão e religiosa são, atualmente, cânones, mas do direito constitucional moderno. A garantia que assegura ao réu pôr-se a salvo da autoincriminação diz com a confissão, ato personalíssimo do réu (CPP, art. 190), e não com relação aos demais meios de prova, para os quais se reconhece a soberania do Poder Judiciário, e do Ministério Público em requerê-los, nos limites estabelecidos pela lei.

Desde que a decisão judicial deferitória da prova seja temperada pela sensibilidade, proferida com ponderação, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não haverá razão política, ideológica, filosófica ou jurídica para a insubmissão do réu.

Ainda mais, não serão poucos os casos em que a vítima também poderá ser chamada a ceder seu material genético, e contra ela não se poderia arguir o princípio que veda a autoincriminação, embora possa acontecer a inversão de papéis: a vítima transforme-se em réu. A vivência dos dramas humanos autoriza essa cogitação.

O tema, no quanto vem provocando debate acerbo, produz falso dilema, que não se sustenta na bipolaridade das posições aparentemente antagônicas. O sistema jurídico, por sua própria natureza, deve ser interpretado com inteligência e

adequação. O intérprete não deve estar adstrito aos fetiches ou exclusivamente ao sentido gramatical das palavras interpretadas. Além da visão sistêmica, para o caso, aplica-se a interpretação histórica e finalística.

Por tudo isso, a elevação do princípio que veda a autoincriminação ao patamar de direito absoluto, “irrelativizável”, levaria ao paradoxo de violação aos princípios que o informam: da proteção do cidadão, seja lá em que lado do processo ou situação social se encontre.

Como foi visto, influenciado pelas experiências no exterior e mesmo pelo clamor que exige medidas efetivas no combate à criminalidade, o Congresso Nacional aprovou legislação específica, acerca da criação de banco de dados genéticos para amostragem do material daqueles envolvidos no processo penal, enquanto que, no campo da doutrina e da jurisprudência, ainda se discute virtual direito do acusado na insubordinação à prova pericial. Esse dilema a nação não deve enfrentar.

O progresso científico e tecnológico representa caminho sem volta no processo civilizatório. Desdenhar a verdade que pode ser extraída pelos precisos métodos desenvolvidos pela ciência significaria corromper a própria natureza humana. É tempo de neutralizar os fetiches que tanto mal vem causando à aldeia planetária onde vivemos. O mapeamento genético representa mecanismo seguro, internacionalmente aceito, largamente utilizado com êxito, inclusive, na revisão criminal, na apuração daqueles casos em que o acusado foi injustamente condenado. Por tudo isso, garantir àquele que realmente delinuiu o direito de se omitir a prova pericial seria, antes de tudo, uma atitude retrograda, e por isso inaceitável.

Não é possível, em solo brasileiro, quando o parlamento já se ocupou de legislar sobre questão, com o advento da Lei 12.564/12 – em um país onde a criminalidade há muito ultrapassou qualquer limite que possa admitir a paz social – se deixe de utilizar tão importante e esclarecedor mecanismo probatório. Pensar de

forma diversa significaria a desmoralização do instituto do processo penal, a consagração da impunidade, e o estímulo à criminalidade.

E, não se pense, que a permissão ao uso pelos agentes do Estado de métodos invasivos para fins de prospecção probatória em processos penal, possa significar qualquer forma de retroação aos tempos inquisitoriais. No Estado Democrático de Direito, os agentes públicos, o Poder Judiciário, o Ministério Público e os agentes que detém o poder de polícia, têm sua atividade limitada pela lei, e esta controlada pelo crivo popular, através do poder de voto, exercício fundamental e singular do que conhecemos como cidadania. Em qualquer hipótese, a obtenção da prova deverá ser antecedida por indícios muito fortes de autoria e controlada por agentes públicos treinados e preparados para determina-la, tudo sob o controle da lei que as instituições democráticas permitem.

Não haverá qualquer violação ao direito individual naquele que é submetido a esse tipo de averiguação, pois nenhum cidadão é uma ilha distante separada da coletividade. Sempre o agente público, sendo magistrado, membro do Ministério Público ou agente de polícia, haverá de avaliar a situação no caso concreto e determinar a medida sob as responsabilidades que lhe são próprias.

Desfeito o falso dilema, não resta alternativa, senão aplaudir e com ênfase a novidade legislativa, auspiciando que as medidas disponíveis pela ciência possam ser rapidamente implementadas e que o bem maior desejado por qualquer sociedade moderna, liberal e civilizada, possa ser alcançada, representado pela paz social, a ordem pública, a integridade moral e física dos cidadãos, e, finalmente, o desfrute da plenitude existencial nos limites que a vida permite.

## 7 REFERÊNCIAS

AGUIAR, S.M. et al. **Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos e a implantação do CODIS no Brasil**. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE GENÉTICA FORENSE, Porto Alegre 2011. Disponível em:

<[http://web2.sbg.org.br/congress/CongressosAnteriores/Pdf\\_resumos/IIICBGF/CBG F033.pdf](http://web2.sbg.org.br/congress/CongressosAnteriores/Pdf_resumos/IIICBGF/CBG F033.pdf)>. Acesso: 28 de out. 2013.

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **Garantia de Não Autoincriminação – Extensão e Limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ARANHA, Adalberto José de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 1996.  
BARROS, Marco Antônio; PISCINO, Marcos Rafael. **DNA e a sua utilização como prova no Processo Penal**. Artigos Mackenzie. Disponível em:  
<[www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos\\_20008/Marco\\_Antonio\\_de\\_Barros\\_2.pfd](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos_20008/Marco_Antonio_de_Barros_2.pfd)>. Acesso em: 23 de out. 2013.

BONACCORSO, Norma Sueli. **Alguns Aspectos Jurídicos do Exame de DNA à Luz do Direito Brasileiro**. Revista Iberoamericana de Criminalística, Criminologia, Medicina y Ciencias Forenses. V. I, n. 2, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 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: 03 de out. 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 14 de ago. 2014

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>. Acesso em: 12 de ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 16 de julho de 1990. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm)>. Acesso em: 03 de out 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.037**, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF. 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: 03 de out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 301 - 18/10/2004 - DJ 22.11.2004 - Ação Investigatória - Recusa do Suposto Pai - Exame de DNA - Presunção Juris Tantum de Paternidade - *Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade*

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Resp 38451. 4. Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 13 de jun. 1994. Disponível em: <[ttp://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21019582/recurso-especial-resp-38451-mg-1993-0024734-4-stj](http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21019582/recurso-especial-resp-38451-mg-1993-0024734-4-stj)>. Acesso em: 23 de fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Sergipe. AC nº 2009203840, 1. Câmara Cível do TJSE. **Diário de Justiça**, Aracaju, SE, 18 de mai. 2009. Disponível em: <<http://tje.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7360899/apelacao-civel-ac-2009203840-se>>. Acesso em: 24 de jun. 2014

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARBONI, Carlos A. **La prueba penal ante la coerción del imputado**. Tradução da autora. Rosario: Nova Tesis, 2007.

CARVALHO, Luis Gustavo Gradinetti Castanho. **A Constituição e as Intervenções Corporais no Processo Penal: Existirá algo além do corpo?**. Revista Eletrônica de Direito Processual. Disponível em: <[www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/a-constituicao-e-as-intervencoes-corporais-no-processo-penal-existira-algo-alem-do-corpo](http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/a-constituicao-e-as-intervencoes-corporais-no-processo-penal-existira-algo-alem-do-corpo)>. Acesso em: 01 de set 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. III, 3. Ed., Campinas: Bookseller, 2002.

CODIS – NDIS. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/ndis>> Acesso em: 18 de out. 2013.

COOKE, Michael. **Privilege against self-incrimination**. Disponível em: <[http://www.essortment.com/all/mirandavsarizo\\_roui.htm](http://www.essortment.com/all/mirandavsarizo_roui.htm)>. Acesso em 03 de out. 2013.

EUROPA. Parlamento Europeu. Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos. Disponível em: <[www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004\\_2009/documents/dt/660/660824/660824pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dt/660/660824/660824pt.pdf)>. Acesso em: 30 de set. 2014

EUROPA. Conselho da Europa. **Convenção para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina: convenção sobre os direitos do homem e a biomedicina**. 1997. Disponível em: <[www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionaisdh/tidhregionais/cpmvbiologiaNOVO.html](http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionaisdh/tidhregionais/cpmvbiologiaNOVO.html)>. Acesso em: 27 de set. 2013.

FILHO, Aluisio. Trindade. **Genética Forense**. In: Leme CELP. Medicina Legal Prática Compreensível. 1. Ed. Barra do Garças (MT). 2010.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de processo penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 199.

FONSECA, José Carlos, **Reforma do Processo Penal e Criminalidade Organizada**. In: PALMA,

Jornada de direito processual penal e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2004.

**Geneva Declaration Secretariat. Global Burden of Armed Violence**. Suíça, 2008. Disponível em: <[www.genevadeclaration.org](http://www.genevadeclaration.org)>. Acesso em: 15 de out 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Legal**. São Paulo: Atlas. 2014.

GRADY, Jennifer. **The Ethical Protocol for Collecting DNA Samples in the Criminal Justice System**. Disponível em: <<http://oldsite.mobar.org/9a8264de-6139-4fc3-b5a0-fe8698b58d0b.aspx>>. Acesso em: 01 de nov.2013.

HADDAD, Carlos Henrique B. **A incorporação ao ordenamento jurídico do exame de DNA compulsório em processos criminais**. Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, ano 23, nº. 87, 2007.

HERNÁNDEZ, Ángel Gil. **Intervenciones corporales y derechos fundamentales**. Madrid: Colex, 1995.

HENRIQUES, F.; SEQUEIROS, J. (2007), **Relatório — Regime Jurídico da Base de Dados de Perfis de ADN**, Lisboa, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Disponível em: <[http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273054082\\_Parecer\\_052\\_CNECV\\_2007\\_BasesdadosADN.pdf](http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273054082_Parecer_052_CNECV_2007_BasesdadosADN.pdf)>. Acesso em 30 de set 2014.

JUNIOR, Aury Lopes. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001

LUFTING, M. A., RICHEY, S. **DNA and Forensic Science**. New England: Law Review. v. 5, 2014. p.03.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARQUES, José. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prova criminal: retrospectiva histórica, modalidades, valoração, incluindo comentários sobre a lei 9.296/96**. Curitiba: Juruá, 1996.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 252

MONIZ, Helena. **Os Problemas Jurídico-Penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais**. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, n. 02, Coimbra, 2002.

MELLADO, José Maria Assencio. **Prueba prohibida y prueba preconstituida**. Madrid: Trivium, 1989.

NOGUEIRA, Ciro. **A base de dados de DNA em todo o mundo** [25 de jun.2012]. Disponível em: <<http://www.senadorciro.com.br/noticia/312/a-base-de-dados-de-dna-em-todo-o-mundo.html>>. Acesso em 08 de nov. 2013.

NUCCI, GUILHERME. **A Nova Lei 12.654/12**. Disponível em: <<https://pt-br.facebook.com/guilherme.nucci/posts/3634800503024>> . Acesso em: 07 de nov 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Breves notas sobre a não autoincriminação**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, nº 41, abril de 2011. Disponível em: <[WWW.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/eugenio\\_oliveira.html](http://WWW.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/eugenio_oliveira.html)>. Acesso em: 01 de out. 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte; Del Rey, 2004.

PENA, Sérgio Danilo Junho. **Segurança Pública: determinação de identidade genética pelo DNA**. In: Seminários Temáticos para a 3ª Conferência Nacional de C, T & Parcerias Estratégicas, v. 20, 2005.

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, 2003.

REINO UNIDO. **Crime and Security Act 2010**. Chapter 17, de 8 de abril de 2010. Disponível em: <[http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/pdf/ukpga\\_20100017\\_en.pdf](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/pdf/ukpga_20100017_en.pdf)>. Acesso em: 27 set. 2013.

ROXIN, Claus. **Passado, Presente y Futuro Del Derecho Processual Penal**. 1. Ed. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007.

RUMJANEK, Franklin David. **Identidade e Paternidade**. Rio de Janeiro: Espaço Único, 1997. p. 12.

SCHIOCCHET, Taysa et alli. **Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal**. Série Pensando o Direito. v. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

Secretaria da Segurança Pública – Instituto de Criminalística do Paraná. **A Genética na Investigação Criminal**. Disponível em: <[www.ic.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=7](http://www.ic.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=7)> Acesso em: 21 de out. 2013.

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

SPITZCOVSKY, Celso. **O direito constitucional ao silêncio e suas implicações**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, nov. 2005. Disponível em: <[www.damasio.com.br/novo/html/frame\\_artigos.htm](http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm)>. Acesso em 06 de mar. 2014.

ZAGANELLI, Margareth Vetis; LACERDA; Maria Francisca dos Santos. **Livre apreciação da prova, ciência e raciocínio judicial: considerações sobre a “cientifização” da prova no processo**. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). *Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.