

A GARANTIA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO FRENTE À BIOÉTICA E À GARANTIA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO ¹

Gabrielle Gasperin Gava²

RESUMO: Em virtude dos inúmeros questionamentos que a Lei 12.654/12 tem enfrentado no meio jurídico brasileiro, dar-se-á ênfase à problemática concernente à viabilidade da aplicação da ciência genética na justiça criminal, considerando os possíveis danos que sua ingerência pode acarretar aos direitos fundamentais do suspeito que, com o advento da nova lei, passou a estar compelido a fornecer seu material genético para fins de investigação. À luz do princípio da proporcionalidade, sopesar-se-á o interesse individual do acusado, que quer ver seus direitos fundamentais serem resguardados; com o interesse social, que aspira à persecução penal e à apuração da responsabilidade penal. Ademais, o trabalho tratará de analisar a possível ofensa que a recente lei invoca à garantia da não autoincriminação, uma vez que o novo diploma legal passa a constranger o acusado a contribuir na produção de provas cujo resultado pode acarretar consequências desfavoráveis aos seus interesses. Aprofundar-se-á o estudo acerca da garantia da não autoincriminação com o intuito de conseguirmos responder, ao final da pesquisa, se a extração coercitiva de material genético prevista pela Lei 12.654/12 representa ou não violação ao *nemo tenetur se detegere*.

Palavras - chave: Direito Processual Penal. Lei. 12.654/12. Direitos fundamentais. Garantia da não autoincriminação. Proporcionalidade.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A ciência genética frente à bioética 1.1 A ciência genética humana e suas implicações bioéticas. 1.2 A genética forense e suas implicações bioéticas. 1.2.1 Provas não invasivas. 1.2.1.1 Requisitos. 1.2.2 Provas invasivas. 1.2.2.1 Requisitos. 2 A garantia da não autoincriminação. 2.1 Origem e evolução histórica. 2.2 Direito Comparado. 2.3 Constituição Federal de 1988. 3 A Lei 12.654/12 frente à bioética, à garantia da não autoincriminação e à proporcionalidade. 3.1 A Lei 12.654 frente à bioética. 3.2 A Lei 12.543 frente à garantia da não autoincriminação. 3.3 A Lei 12.654/12 frente à proporcionalidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovação com grau máximo pela banca examinadora composta pelo professor orientador Prof. Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, pelo Prof. Alexandre Lima Wunderlich e pelo Prof. Rogério Maia Garcia em 17.06.2013.

² Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da PUCRS. Contato: gbrlgv@live.com

O presente estudo visa a analisar a Lei 12.654, promulgada em 28 de maio de 2012, que através da inserção de parágrafo único no artigo 5º da Lei 12.037/09, prevê a coleta compulsória de material genético para a obtenção de perfil genético dos suspeitos e condenados de determinados crimes como forma de identificação criminal.³ Com o advento da referida, portanto, resta configurada a possibilidade de ser realizada a extração compulsória do material genético do suspeito de determinados tipos penais bastando que sejam satisfeitas duas condições: necessidade às investigações e autorização judicial.⁴

Ante o exposto, a nova lei suscita discussão acerca da vigência do direito de não produzir prova contra si mesmo no ordenamento jurídico brasileiro, pois o direito líquido e certo que até então o indivíduo detinha de não fornecer qualquer material genético para fins de investigação criminal parece ter sucumbido.⁵ Por outro lado, ao aprofundar-se o estudo acerca da garantia da não autoincriminação, remontar-se-á a sua origem no intuito de concluirmos se a negativa do sujeito passivo em contribuir com o fornecimento de seu material genético para fins de investigação criminal, de fato, é amparada pela cláusula *nemo tenetur se detegere*.

Para alcançar o objetivo proposto, o trabalho também se deterá a estabelecer os limites e definir a extensão da garantia da não autoincriminação, a fim de constatar, ao final da pesquisa, se a Lei 12.654/12 ao adstringir o suspeito à extração compulsória de seu material genético, viola o *nemo tenetur se detegere*, e se, em decorrência desta afirmativa, abala a segurança jurídica do sistema processual penal brasileiro. Ademais, a importância do presente estudo é reforçada pela ausência de regulamentação atinente à garantia da não autoincriminação em nosso ordenamento jurídico, sobretudo no que toca à sua interface com a questão probatória.⁶

Além disso, o trabalho se ocupará de tratar de questões bioéticas relacionadas à viabilidade da construção de um saber criminológico calcado nas pesquisas genéticas, especialmente no que diz respeito à contribuição da genética forense na apuração da responsabilidade penal.

³ VAY, Giancarlo Silkunas; SILVA, Pedro José Rocha e. A identificação criminal mediante coleta de material biológico que implique intervenção corporal e o princípio *nemo tenetur se detegere*. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 20, n. 239, p. 1, outubro 2012.

⁴ LOPES JR, Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 20, n. 236, p. 5-6, julho 2012.

⁵ LOPES JR, Aury. *Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?* Disponível em: <http://discursoracional.blogspot.com.br/2012/06/lei-n-1265412-identificacao-criminal.html>. Acesso em 15. mar. 2013.

⁶ Ibidem, p.6.

Relevantes questionamentos decorrem desta disciplina, dentre eles a possível afetação às garantias e aos direitos fundamentais do acusado que é compelido a se submeter à extração compulsória de seu material genético para fins de investigação criminal.⁷

Pois, tendo em vista que o foco do presente trabalho é a Lei 12.654/12, vincularemos este questionamento ao que prevê a referida lei.

Neste viés, a nova lei provoca mais uma tensão no meio jurídico, desta vez referente à possível afetação aos direitos fundamentais do suspeito que está adstrito a fornecer seu material genético para fins de investigação.

De acordo com os cânones da bioética, analisar-se-á quando a ciência genética ao se debruçar na busca da autoria de práticas delituosas colide com direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, daí merecendo a nossa reprovação, e quando, de outra banda, sua aplicação é plenamente justificável em decorrência da prevalência do interesse da sociedade na apuração dos crimes e punição dos criminosos em detrimento dos direitos individuais.

À luz do princípio da proporcionalidade, se buscará uma tentativa conciliatória entre os direitos fundamentais do sujeito que é submetido à extração compulsória de material genético e o interesse social na segurança pública e na persecução penal.

1 A CIÊNCIA GENÉTICA FRENTE À BIOÉTICA

1.1 A CIÊNCIA GENÉTICA HUMANA E SUAS IMPLICAÇÕES BIOÉTICAS

A engenharia genética é o ramo da ciência genética que, segundo Paulo Vinicius Sporleder de Souza⁸, “pressupõe a modificação artificial (total ou parcial) do genoma de determinada célula ou organismo particular, podendo ser levada a efeito de forma programada mediante a adição, substituição ou supressão de determinado(s) gene(s)”. Quando realizadas sobre o genoma humano, tais intervenções podem ser dirigidas a fins terapêuticos ou a fins não terapêuticos (ou fins reprováveis).⁹

A manipulação genética dirigida a fins terapêuticos se limita a investigar o material biológico-genético humano a fim de buscar o progresso da biomedicina e o bem-estar da

⁷ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Direito Penal Genético e a Lei da Biossegurança**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.123.

⁸ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.175-6.

⁹ Idem. **A criminalidade Genética**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.36-7.

humanidade, não repercutindo, à vista disso, qualquer reprovação ética ou jurídica.¹⁰ Porém, a engenharia genética será eticamente reprovável quando se revelar prejudicial ao ser humano, ou seja, quando não perseguir uma finalidade terapêutica¹¹, qual seja a correção de genes defeituosos nas células humanas.¹²

Sendo assim, o presente estudo recairá sobre os problemas que decorrem da má utilização da ciência genética para a vida humana, ou mais precisamente, sobre as situações em que bens jurídicos são atingidos ou expostos a graves riscos em decorrência da aplicação da ciência genética a fins não terapêuticos.

A seleção eugênica positiva de determinados caracteres biológicos não patológicos do genoma humano, a criação de novos seres híbridos e ainda a produção de aberrações humanas são exemplos de fins reprováveis à que ciência genética tem capacidade de se destinar.¹³

Diante da possível aplicação da ciência genética a fins não terapêuticos, verifica-se que a evolução da ciência genética sobre o genoma humano deve ser alvo de constante preocupação, tendo em vista os eventuais prejuízos que as intervenções genéticas, quando dirigidas a fins reprováveis, se não forem contidas, podem acarretar, no presente ou no futuro, ao ser humano e ao meio ambiente. Por tudo isso, constata-se que a aplicação da ciência genética deve passar a ser analisada por nós, sociedade em geral, com acentuada dose de cautela e racionalidade, uma vez que subsiste a possibilidade da ciência genética, ao envolver o *status dignitatis* do ser humano para a consecução de seus fins¹⁴, desvirtuar a natureza humana, podendo comprometer inclusive a sobrevivência de nossa espécie. Dito de outra maneira, em razão das inovações científico-tecnológicas trazidas pela genética apresentarem em si enorme poder de intervenção sobre a vida e a natureza humana, é imperioso que tais intervenções imponham também à sociedade uma profunda reflexão acerca das gravosas consequências que da nossa permissividade no que diz respeito à liberdade científica podem sobrevir.

Sendo assim, travado o conflito entre o progresso científico e a manutenção da moral e da ética, cabe à sociedade, portanto, analisar, sob uma perspectiva bioética, se a aplicação da

¹⁰ Idem. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**, op. cit., p.182.

¹¹ Ibidem, p.183.

¹² Idem. **A criminalidade Genética**, op. cit., p.37.

¹³ Idem. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**, op. cit., p.176.

¹⁴ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Criminologia Genética: uma janela aberta para o retrocesso biologista*. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/270407.pdf>. Não paginado. Acesso em: 06 mar. 2013, op. cit.

ciência genética ao fim que se pretende se compatibiliza com os direitos fundamentais incorporados pelo nosso ordenamento jurídico, sobretudo com o da dignidade humana.¹⁵

Destarte, todo o procedimento que ao se valer da manipulação genética tiver aptidão para violar a dignidade da pessoa humana e demais direitos fundamentais será digno de nossa repulsa.¹⁶

E é justamente em razão de ser atribuída à ciência genética a função de servir ao homem¹⁷ que se reconhece a necessidade de fixar limites àquelas intervenções genéticas que colidem com a dignidade da pessoa humana, com os interesses sociais e com os demais direitos fundamentais.¹⁸ Isso tudo com vistas a uma única finalidade: resguardar a vida e a natureza humana de eventuais desserviços que a ciência, ao deixar de cumprir a função a qual lhe foi conferida, tem capacidade de se prestar.

Por esta via, adentrando na discussão de nível constitucional referente ao emprego da engenharia genética na vida humana, explicita-se o conflito entre a liberdade de investigação e pesquisa, de um lado, e outros direitos assegurados na Constituição Federal, tais como o direito à vida, à saúde, à integridade corporal, à dignidade, à intimidade, etc., do outro.¹⁹

Da antinomia envolvendo o progresso científico-tecnológico e a proteção aos direitos fundamentais, constata-se que a liberdade de pesquisa, em que pese seja um direito digno de ser reconhecido por toda e qualquer civilização que se intitule democrática, deve ser passível de sofrer limitações, uma vez que nenhum direito fundamental é absoluto e que a ciência genética sem restrições tem grande potencial de nocividade a outros direitos, que se não mais importantes, são igualmente consagrados pela sociedade e garantidos pelo legislador.²⁰ Direitos estes que, segundo Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf²¹, “levaram muito tempo para serem consolidados e que não podem agora, serem postos de lado”.

¹⁵ GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira; MOREIRA, Edgar; LEITE, Eduardo de Oliveira; COAN, Emerson Ike, NETO, Francisco Vieira Lima; DIEDRICH, Gislayne Fátima; SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho; FAGUNDES JR, José Cabral Pereira; CHIEFFI, Lorenzo; PEREIRA, Marcos Roberto; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite; SILVA, Reinaldo Pereira e; LEITE, Rita de Cássia Curvo; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; SORDI, Sandra; CASTRO FILHO, SEBASTIÃO DE OLIVEIRA. Organizadora: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. **Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2001. p. 251.

¹⁶ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**, op. cit., p.235.

¹⁷ MARTÍNEZ, Stella Maris. **Manipulação Genética e Direito Penal**. São Paulo: IBCCrim, 1998. p.18.

¹⁸ CASABONA, Carlos María Romeo. **El derecho y la bioética ante los limites de la vida humana**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994. p. 7.

¹⁹ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**, op. cit., p. 238.

²⁰ Ibidem, p. 235.

²¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 82.

Ocorre que a liberdade científica, prevista pelo artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal sofre limitações do próprio texto constitucional. Estas restrições, segundo Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, se encontram expressas no artigo 1º, inciso III, que se refere à dignidade da pessoa humana; no artigo 3º, inciso IV, que diz respeito à vedação da discriminação; no artigo 5º caput e inciso X, que concerne ao direito à vida e inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem; e ainda no artigo 225, caput e §1º, inciso II, que assegura a todos um meio ambiente saudável.²²

À vista disso, não se cogita uma pesquisa científica sem limites, sendo indispensável que a liberdade científica se faça em conformidade com o que o texto constitucional estabelece.²³ Para isso, no entanto, não se pode prescindir de uma regulamentação jurídica que, ao encontrar a justa medida entre a liberdade de pesquisa e os demais direitos constitucionalmente reconhecidos pelo ordenamento, regule a atuação da ciência genética e a restrinja quando esta se inclinar à realização de fins não terapêuticos.²⁴

Quando a liberdade de investigação não cumprir a função de servir ao homem e, enveredando no caminho oposto, se lançar a atingir um bem jurídico tutelado pelo nosso ordenamento jurídico, considerar-se-á que quanto maior a relevância deste bem para a sociedade, com mais razão se justifica a restrição conferida à liberdade científica.²⁵

Portanto, o Direito, embora deva assegurar a afirmação de vários interesses, não pode permitir que o direito à dignidade humana e tantos outros direitos sejam aniquilados pela liberdade de investigação. Pois, uma vez que a função precípua de nossa Constituição é assegurar que a pessoa humana ocupe o centro do ordenamento²⁶, os operadores do Direito, a fim de tornar viável a compatibilização da atividade científica com os demais direitos e interesses tutelados pelo ordenamento, deverão fixar limites à liberdade de investigação.²⁷

Nestes termos, constata-se que os direitos fundamentais devem servir de freio ao progresso tecnológico, sob pena de serem eles fatalmente esmagados pela liberdade científica irrestrita²⁸.

1.2 A GENÉTICA FORENSE E SUAS IMPLICAÇÕES BIOÉTICAS

²² MALUF, op. cit., p. 82.

²³ Ibidem.

²⁴ CASABONA, Carlos María Romeo. **Genética y derecho: responsabilidad jurídica y mecanismos de control**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003. p.14.

²⁵ MARTÍNEZ, op. cit., p. 65.

²⁶ HAMMERSCHMIDT, Denise, op. cit., p. 96.

²⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Genética e Direito Penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 20, n. 238. p. 8-9, set 2012.

²⁸ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**, op. cit., p.242.

Os avanços da genética, no entanto, são observados não apenas no campo das ciências biomédicas, mas também na práxis jurídica²⁹, quando através da análise genômica de exames obtidos a partir de fios de cabelo (raiz), saliva, pele, esperma, urina, tecidos, suor, ossos, dentes (polpa dentária), sangue ou de qualquer célula corporal que mantém seu núcleo incólume, chega-se à identificação de criminosos.³⁰

Sendo assim, o aprimoramento das técnicas de mapeamento de DNA tem contribuído sensivelmente para o progresso da medicina legal. Ocorre que a utilização do DNA *finger prints* (tecnologia de identificação por DNA) se incorporou tão firmemente no âmbito da justiça criminal que não à toa deu à luz uma nova modalidade na medicina legal: a genética forense.³¹

A utilidade da técnica do DNA à justiça criminal se efetiva através do manuseio de pistas genéticas obtidas a partir de vestígios biológicos encontrados no local do crime, nos instrumentos utilizados para a viabilização da prática delituosa, nas vestes remanescentes ou ainda no próprio corpo da vítima.³²

No entanto, a eficácia e confiabilidade do resultado do exame de DNA estão relacionadas com o correto manuseio da prova. Para isso, se faz necessário que o perito responsável pela produção da prova tenha cuidados especiais com relação ao material genético coletado, uma vez que se a amostra sofrer degradação ou contaminação, a prova estará sujeita à declaração de nulidade.³³

Ademais, o exame de DNA pode exercer importante função na justiça criminal ao auxiliar na identificação de cadáveres e, sobretudo, ao inocentar pessoas que, equivocadamente, estão sob a mira da acusação ou que até mesmo já cumprem pena injustamente.³⁴

Além de a ciência genética exercer importante encargo no auxílio às investigações criminais e das provas obtidas a partir do exame de DNA se servirem do elemento da cientificidade (cujo resultado é dotado de maior grau de precisão e confiabilidade se comparado às demais provas clássicas admitidas em nosso ordenamento jurídico, tal como a

²⁹ Ibidem, p.177-8.

³⁰ GUEDES, Rogério Mansur. **DNA e prova penal**. Mestrado em Ciências Criminais. Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2009. p. 47- 9.

³¹ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Direito Penal Genético e a Lei da Biossegurança**, op. cit., p.118-9.

³² CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Criminologia Genética: perspectivas e perigos**, op. cit., p.111.

³³ GUEDES, op. cit., p.50.

³⁴ Ibidem, p.34,36.

prova testemunhal³⁵), também se evita o erro judiciário de troca de identidades nos processos criminais.³⁶

O exame de DNA, no entanto, não se trata de prova irrefutável acerca da comprovação da autoria do delito, mas tão somente visa a verificar se há correlação entre o sujeito e o crime. Caso assim não fosse, consubstanciada estaria a genetização da justiça, a qual passaria a prescindir da produção das demais provas idôneas previstas em nosso ordenamento jurídico, uma vez que bastaria a realização das provas técnicas para formar o convencimento do juiz.³⁷

E são pelas razões ora explicitadas que os operadores do Direito não podem negligenciar os avanços da ciência e proibir a sua aplicação na elucidação de crimes. Cabe sim aos juristas a árdua tarefa de regular a maneira como se efetivará a inserção da ciência genética no combate à criminalidade, de modo que os resultados obtidos a partir do exame de DNA sejam satisfatórios e benéficos para todos, na medida do possível.³⁸

Observa-se, no entanto, que o exame de DNA, em que pese receba significativa credibilidade probatória, não goza de supremacia sobre as demais provas admitidas em nosso ordenamento. Tendo em vista que subsiste a possibilidade de manipulação da prova do DNA (inclui-se aqui a recente descoberta do DNA *fake*³⁹), de equivocada interpretação acerca dela, de falibilidade do resultado (uma vez que a prova se baseia em cálculos de probabilidade⁴⁰) e de possíveis dúvidas em relação ao nexos causal⁴¹, se conclui que não se reputa ser a prova de DNA uma prova irrefutável.

Ainda, levantam-se questões de natureza bioética acerca da aplicação da ciência genética na justiça criminal, sobretudo no que diz respeito à possível afetação aos direitos fundamentais do sujeito que é submetido ao exame de DNA para fins de investigação sem o seu consentimento.⁴²

³⁵ Ibidem. p.66.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Disponível em <http://discursoracional.blogspot.com.br/2012/06/lei-n-1265412-identificacao-criminal.html>. Acesso em 31 mar. 2013.

³⁷ Ibidem, p.85.

³⁸ HAMMERSCHMIDT, op. cit., p. 117.

³⁹ O DNA *fake* pode ser obtido a partir da utilização de um simples equipamento laboratorial que centrifuga a amostra de sangue de uma pessoa com o objetivo de se extrair dela apenas o plasma (amostra biológica que não contém fragmentos de DNA). Posteriormente, se injeta a amostra de DNA de outra pessoa sobre aquele plasma, de modo que a manipulação ao DNA reste configurada. Com isso, o DNA manipulado pode ser “plantado” nas cenas de crimes, comprometendo, portanto, a credibilidade da prova genética. LOPES JR, Aury. *DNA fake*. Disponível em: <http://infodireito.blogspot.com.br/2013/03/dna-fake.html>. Acesso em: 07 abr. 2013.

⁴⁰ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Direito Penal Genético e a Lei da Biossegurança**, op. cit., p. 123.

⁴¹ LOPES JR, Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? **Boletim IBCCRIM**, op.cit., p.6.

⁴² SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Direito Penal Genético e a Lei da Biossegurança**, op. cit., p.122.

Parece-nos, à primeira vista, que a extração coercitiva de material genético importaria em violação aos direitos à intimidade, à liberdade, à dignidade humana, à integridade física e moral, à saúde e também ao princípio constitucional da presunção de inocência.⁴³

Diante disto, surge a seguinte indagação: a genética forense (ainda que não se utilize da manipulação gênica), ao exigir do suspeito o fornecimento de seu material genético para fins de investigação criminal, teria um fim juridicamente reprovável, uma vez que, assim como a eugenia positiva e demais práticas não terapêuticas, também atenta contra princípios constitucionais e direitos fundamentais daquele que é compelido a fornecer seu material genético?

Ao realizarmos a devida distinção entre as provas não invasivas e as provas invasivas responderemos esta questão.

1.2.1 Provas não invasivas

Provas não invasivas “são aquelas em que sua produção no máximo tangencia os direitos fundamentais, mas nunca os atingem de forma direta”.⁴⁴

A contribuição do acusado em uma prova não invasiva limita-se a tolerar a intervenção, ou quando muito, a fornecer materiais ou objetos, de modo que sua participação se concretize de maneira simples e rápida, dispensando, por isso, a utilização de procedimentos médicos e quaisquer invasões à esfera íntima do acusado.⁴⁵

Dito isto, a colaboração do acusado na produção de provas não invasivas não há que encontrar óbice nos seus direitos fundamentais, uma vez que estes não sofrem qualquer dose de lesão durante a realização do procedimento.⁴⁶ A recusa do sujeito passivo em colaborar em ato que não agride os seus direitos fundamentais, portanto, é considerada ilegítima, uma vez que o acusado deve acatar as determinações do Estado enquanto este estiver no pleno exercício de seu papel na perseguição da justiça e respeitando os direitos fundamentais dos cidadãos.⁴⁷

O dever do acusado de contribuir em provas não invasivas é extraído de próprio texto legal, a exemplo do que dispõe o artigo 174, inciso IV do Código de Processo Penal

⁴³ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.357.

⁴⁴ ALBUQUERQUE, op. cit., p.99.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ibidem, p.102.

⁴⁷ Ibidem, p.100.

Brasileiro⁴⁸, do que preconiza o artigo 226, inciso II do mesmo diploma legal⁴⁹, e ainda do que prevê a Lei 10.054/00, que obriga os investigados que se enquadram nas hipóteses legais a se submeterem à identificação criminal por meio da coleta de suas impressões digitais, a fim de que possam ser realizadas comparações entre o material obtido com a produção da prova e aquele encontrado no local do crime.⁵⁰

Logo, havendo as investigações necessidade da produção de prova não invasiva não expressamente prevista pelo Código Processual Penal, ao lançar-se mão do uso da analogia, a colaboração do acusado poderá ser exigida, visto que este tipo de prova já encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico e que a produção de prova não invasiva não implica qualquer limitação aos direitos fundamentais do visado.⁵¹

1.2.1.1 Requisitos

Ainda que a colaboração do acusado na produção de provas não invasivas assuma caráter de obrigatoriedade, são impostas ao poder estatal algumas condições que merecem ser supridas a fim de que os direitos fundamentais do acusado se mantenham resguardados durante o procedimento.

Quando a produção da prova não invasiva envolver intervenção corporal, preservar-se-á a saúde do acusado e cuidar-se-á de não expor a risco a sua vida, de modo que o procedimento deverá ser realizado por médicos ou pessoas treinadas para a consecução desta tarefa⁵²

Ademais, a produção da prova deverá ser realizada mediante prévia determinação judicial que se manifestará acerca da proporcionalidade da medida.⁵³

⁴⁸ Código Processual Penal. Artigo 174. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte: IV - quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever. BRASIL. **Código de Processo Penal. Brasília**: Senado Federal, 1941.

⁴⁹ Código Processual Penal. Artigo 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la. BRASIL. **Código de Processo Penal. Brasília**: Senado Federal, 1941.

⁵⁰ ALBUQUERQUE, op. cit., p.101.

⁵¹ Ibidem.

⁵² QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. 2012, op. cit., p. 413.

⁵³ Ibidem.

Ainda em consonância com o princípio da proporcionalidade, a produção de provas não invasivas demanda a demonstração de indícios de autoria ou que o acusado tenha participação em infração penal apenada com reclusão.⁵⁴

1.2.2 Provas invasivas

A produção de determinados meios de prova, por outro lado, se caracteriza pela administração de substâncias ou pela introdução de instrumentos em cavidades naturais do corpo humano.⁵⁵

Estas provas, em virtude de se efetivarem mediante ingerências sobre a esfera íntima do sujeito passivo, dependem da adoção de procedimentos dotados de maior complexidade e da contratação de um profissional devidamente especializado para atender este fim. E é pelo fato destes procedimentos acarretarem alguma dose de intromissão na integridade física e moral do indivíduo que se diz que estas provas são invasivas.⁵⁶

Em sede de matéria processual penal, as provas invasivas, via de regra, são ilícitas, obedecendo, portanto, ao que dispõe o artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal. Exceções à regra, no entanto, impõem presença também nesta matéria. A interceptação telefônica (exceção expressa aos direitos de intimidade e privacidade) e a busca e apreensão (exceção expressa ao princípio da inviolabilidade do domicílio), em decorrência da aplicação do princípio da proporcionalidade⁵⁷, poderão ser realizadas desde que observado o procedimento previsto para a sua execução.⁵⁸ O aludido princípio, ao ponderar o interesse social e o interesse individual, atenua o princípio da proibição da prova ilícita em prevalência do interesse público na persecução penal.⁵⁹

Destarte, se os direitos à intimidade e à privacidade são legitimamente passíveis de sofrer restrições, com mais razão deveria ser admitido que os direitos à integridade física e moral, atingidos pela extração de material genético para fins de investigação criminal, também sofram limitações, uma vez que a interceptação telefônica e a busca e apreensão

⁵⁴ Ibidem, p.413-4.

⁵⁵ FELICIONI, Paola. **Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel proceso penale: lineamenti costituzionali y prospettive di reforma.** L'indice penale. Padova. p. 517 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2. ed. 2012, op. cit., p.290.

⁵⁶ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 108-9.

⁵⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2. ed. 2012, op. cit., p.433.

⁵⁸ ALBUQUERQUE, op. cit., p.110.

⁵⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2. ed. 2012, op. cit., p.380.

parecem ser meios de prova que agredem muito mais os direitos fundamentais do acusado do que a simples coleta de seu material genético.⁶⁰

Entretanto, ainda que se defenda que as provas invasivas devam ser admitidas em nosso ordenamento jurídico em função da aplicação do princípio da proporcionalidade, se reconhece que estas devam assumir caráter excepcional, ou seja, devam ser preteridas em favor daquelas provas que, por não atingirem os direitos fundamentais do acusado, recebem a designação de não invasivas. Contudo, nem sempre isto será possível, devendo-se recorrer, nestes casos excepcionais, ao princípio da proporcionalidade, o qual, ao detectar a prevalência da viabilização da persecução penal sobre o interesse individual, legitima a produção da prova invasiva em prol da segurança pública.⁶¹

Nestes termos, no que diz respeito à específica problemática que envolve a possível afetação aos direitos fundamentais do sujeito que é submetido ao exame de DNA compulsoriamente, é explícita a tensão entre o interesse público, de um lado, que no afã de buscar a autoria e a responsabilidade pelas práticas delituosas, aspira à segurança pública; e do outro, os direitos fundamentais do acusado, que diante da imposição estatal ao fornecimento de material genético para fins de investigação criminal, se encontram vulneráveis.

Uma vez que nenhum direito fundamental é absoluto, a solução para tornar solúvel o permanente conflito entre o direito à prova e o direito individual será buscar a harmonização entre os direitos fundamentais e a viabilização da persecução penal. Ou seja, medidas deverão ser tomadas para que a aplicação da ciência genética na prática forense seja legitimada sem que o seu emprego resulte em desarmonia insuperável com os demais direitos fundamentais tutelados pelo nosso ordenamento jurídico.⁶² Para isso, através de um juízo de proporcionalidade, buscar-se-á o ponto de equilíbrio entre o interesse social e o direito fundamental que se evidencia violado com a produção da prova.⁶³ Caso contrário, ou ocorreria a total proibição da intervenção da ciência genética na tutela jurisdicional penal, o que, sem sombra de dúvidas, acarretaria significativo retrocesso à atividade científica, ou passariam a ser permitidas todas e quaisquer ingerências da ciência genética no âmbito da justiça penal, o que também não seria positivo, uma vez que a total permissividade ensejaria prejuízos éticos, sociais e jurídicos para toda a coletividade.⁶⁴

⁶⁰ ALBUQUERQUE, op. cit., p.110.

⁶¹ Ibidem, p.112.

⁶² HAMMERSCHMIDT, op. cit., p. 19.

⁶³ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 114.

⁶⁴ GUEDES, op. cit., p.81.

Os conflitos que exigem o juízo de ponderação como técnica de resolução devem ser oriundos do choque entre dois direitos fundamentais ou ainda da colisão entre um direito fundamental e outro preceito constitucional igualmente reconhecido pela Constituição Federal.⁶⁵ Por isso, não é a qualquer pretexto que as limitações aos direitos fundamentais se justificam, devendo ser realizadas somente quando estes direitos estiverem colidindo com outro direito ou valor constitucionalmente reconhecido pela sociedade.⁶⁶

Para sanar o conflito referente à colisão entre dois direitos fundamentais, far-se-á uma tentativa conciliatória entre eles, de modo que nenhum deles seja suprimido em detrimento do outro. Com vistas a este fim, o legislador delimitará o âmbito de incidência de cada direito fundamental envolvido no embate.⁶⁷

Na segunda hipótese, referente ao choque entre um direito fundamental e um valor constitucionalmente reconhecido pela Constituição, identifica-se a hipótese já mencionada caracterizada pela colisão entre o interesse individual, representado pelos direitos fundamentais do sujeito passivo que é submetido à produção da prova, e o interesse social, traduzido pela aspiração à segurança pública e à viabilidade da persecução penal. Pois, em que pese o interesse social não seja um direito fundamental, é imperioso ter presente que a segurança pública é um bem jurídico detentor de proteção constitucional. Deste modo, da tentativa de resolver este confronto, nem o direito fundamental e tampouco o valor constitucionalmente reconhecido poderão ser aniquilados pelo legislador, o qual se incumbirá de buscar a coordenação entre eles, cuidando de preservar a essência de ambos.⁶⁸

Tendo em vista que o princípio da proporcionalidade foi incorporado pelo ordenamento jurídico alemão para proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais, não se admite que nenhuma restrição aos direitos fundamentais seja tão severa a ponto de desnaturar as suas características essenciais, cujas quais não são passíveis de sofrer qualquer espécie de limitação.⁶⁹

Com o intuito de tornar solúvel o problema que envolve a colisão entre os direitos fundamentais do suspeito que, com o advento da nova lei, passa a estar constrangido a se submeter à extração compulsória de material genético e o valor social constitucionalmente

⁶⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 170.

⁶⁶ BARAK, Aharon. **Proportionality: constitutional rights and their limitations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p.245-6

⁶⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. 2012, op. cit., p. 386-7.

⁶⁸ Ibidem, p.387.

⁶⁹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 111.

tutelado pela Constituição Federal concernente ao interesse coletivo na persecução penal e na segurança pública, à luz do princípio da proporcionalidade, estabelecer-se-ão as condições que legitimam a aplicação da ciência genética na produção de provas invasivas.

Quando a acusação não cumprir o ônus probatório e nas situações em que a produção de provas não invasivas não se revelar suficiente para alcançar a verdade material pretendida pela investigação, reputar-se-á legítima a produção da prova invasiva que atender aos requisitos abaixo examinados.

1.2.2.1 Requisitos

Tendo em vista que a verdade material não pode ser buscada a qualquer preço, e que, em decorrência disso, não se concebe a ideia de que princípios, direitos e garantias consagrados em nosso ordenamento jurídico sejam revogados ao livre arbítrio dos operadores do Direito⁷⁰, é inevitável que se imponha aos agentes responsáveis pela produção de provas invasivas a observância de certos limites.

Quando satisfeitos os requisitos genéricos que seguem elencados a seguir, sobrevaloriza-se o direito à prova e o combate ao ilícito em detrimento do direito individual. Por entender-se que, sob essas condições, as restrições feitas aos direitos fundamentais sejam proporcionais e ainda assim satisfatórias para o deslinde da investigação, depreende-se que a colaboração do acusado na produção de provas invasivas, nestes termos, deveria assumir caráter de obrigatoriedade.⁷¹

Salienta-se, no entanto, que em virtude da produção das provas invasivas exigir a previsão de lei que estabeleça as regras pertinentes à execução do procedimento, o suprimento de demais requisitos específicos pode ser exigido para a sua realização.⁷²

As diligências que quando satisfeitas autorizam as restrições aos direitos fundamentais a fim de produzir provas invasivas seguem descritas e examinadas.

1.2.2.1.1 *A restrição ao direito fundamental deve estar autorizada pela Constituição Federal, expressa ou implicitamente.*⁷³

⁷⁰ GUEDES, op. cit., p.99.

⁷¹ ALBUQUERQUE, op. cit., p.115.

⁷² Ibidem, p.116.

⁷³ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2. ed. 2012, op. cit., p.398.

Para que a restrição ao direito fundamental possa ser operada é necessário que o elemento que justifique esta limitação seja outro direito fundamental ou um valor que embora não usufrua do *status* de direito fundamental, seja igualmente reconhecido pela Constituição Federal.⁷⁴

1.2.2.1.2 *A restrição deve respeitar o núcleo essencial do direito fundamental.*

Nenhuma restrição pode ser tão severa a ponto de desnaturar o direito fundamental, sendo vedado, por isso, que a restrição extinga ou transforme o direito fundamental em direito de natureza diversa da sua original.⁷⁵

1.2.2.1.3 *Previsão legal*

As regras atinentes às provas periciais previstas em nosso ordenamento jurídico, embora sejam suficientes para legitimar a produção de provas não invasivas (ao lançar-se mão da analogia), não satisfazem os pressupostos exigidos para a realização de provas invasivas, uma vez que as regras periciais não atendem ao princípio da proporcionalidade (no plano abstrato) e não são suficientemente específicas e detalhadas.⁷⁶

A ausência de previsão legal viola o princípio da proporcionalidade, pois da omissão legislativa decorre que a apreciação de eventuais riscos aos direitos fundamentais do indivíduo sobejaria, exclusivamente, à análise do julgador, quando o princípio da proporcionalidade deve ser analisado tanto pelo juiz, no plano concreto, quanto pelo legislador, no plano abstrato.⁷⁷

Do requisito da previsão legal decorre que nenhuma ingerência dirigida contra a esfera privada do acusado poderá ser arbitrária, ou seja, as intervenções não podem ultrapassar os limites fixados pela lei que autoriza a sua realização.⁷⁸

Logo, a lei que autoriza a produção da prova invasiva deve ser escrita (em reverência ao princípio da legalidade), minuciosa (a fim de atender aos princípios da isonomia e da

⁷⁴ SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal.** Madrid: Colex, 1990. p.245-7.

⁷⁵ SARMENTO, op cit., p. 111.

⁷⁶ ALBUQUERQUE, op. cit., p.121.

⁷⁷ Ibidem, p.116-7.

⁷⁸ HAMMERSCHMIDT, op. cit., p. 122-3.

proporcionalidade) e prévia (em consonância com os princípios da anterioridade e da segurança jurídica).⁷⁹

1.2.2.1.4 *Indícios suficientes de autoria e materialidade*

A produção de prova invasiva deve ainda estar calcada em claros sinais que indiquem a existência do crime, bem como em evidências que o vinculem ao investigado. Ou seja, a produção de provas invasivas requer a existência prévia de indícios suficientes de materialidade e autoria.⁸⁰

Esta condição visa a evitar a busca despropositada de fatos delituosos e a obstar que a ingerência estatal, no ímpeto de apurar a responsabilidade penal, a busque de forma aleatória, se distribuindo assim a um vasto grupo de pessoas, que em parte, por serem inocentes, percebam ao final da investigação que seus direitos fundamentais foram ruídos desnecessariamente.⁸¹

Destarte, não se justifica a intervenção quando esta objetivar tão somente a simplificação da investigação.

1.2.2.1.5 *Unicidade da prova*

Tal requisito decorre dos subprincípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito.⁸²

Pelo subprincípio da necessidade, entende Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano⁸³ que as provas invasivas “devem ser evitadas sempre que puderem ser empregados outros meios investigativos que lesionem em menor escala os direitos individuais”.

Desta forma, optar-se-á, sempre que possível, pelo meio de prova que não viola nenhum direito fundamental do acusado. Quando a ingerência aos direitos fundamentais do acusado se fizer realmente necessária, far-se-á da maneira menos gravosa ao sujeito passivo, elegendo o meio de prova que em menor escala agride os seus direitos fundamentais⁸⁴,

⁷⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2. ed. 2012, op. cit., p.390.

⁸⁰ ALBUQUERQUE, op. cit., p.122.

⁸¹ Ibidem.

⁸² QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2. ed. 2012, op. cit., p.392.

⁸³ SERRANO, op. cit., p. 309.

⁸⁴ Ibidem.

sobretudo os direitos à integridade física e moral⁸⁵, pois, segundo Maria Elizabeth Queijo⁸⁶, “a adoção de medida menos gravosa ao acusado conduz, ao mesmo tempo, à otimização dos direitos fundamentais”.

O subprincípio da adequação, ao qual o requisito da unicidade da prova também se vincula, sugere que “a medida adotada deve ser apta à consecução da finalidade perseguida”⁸⁷.

A escolha por determinada prova invasiva, portanto, deve estar fundada em seu resultado de precisão, não devendo, à vista disso, ser produzida prova que seja incapaz de gerar resultado ou que gere resultado inconclusivo. Logo, a prova deve ser meio apto de buscar de forma efetiva o resultado à que a investigação se propõe.⁸⁸

E, por último, do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito extraímos a noção de que o juízo de ponderação que envolve os interesses em conflito deverá sopesar os danos que a intervenção repercutirá na esfera íntima do acusado, que vê seus direitos fundamentais serem sacrificados, e os resultados satisfatórios que podem ser obtidos para a investigação a partir da produção da referida prova.⁸⁹ Nicolas Gonzalez-Cuella Serrano⁹⁰ refere que será exequível a produção da prova invasiva “quando da ponderação entre os interesses individuais e sociais, se confira maior relevância ao segundo”.

Consoante o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, a produção da prova invasiva requer ainda uma análise preliminar acerca da gravidade do delito que a investigação deseja apurar. A análise sobre a gravidade considerará fatores como a pena cominada ao delito, as consequências do crime, a repercussão da prática delituosa no seio da sociedade, etc.⁹¹ À vista disso, constata-se que quanto maior a gravidade do delito, maior o interesse público em sua elucidação e com mais razão se justifica a prevalência da produção da prova invasiva sobre os direitos fundamentais do acusado.⁹²

1.2.2.1.6 Ausência de riscos à saúde do acusado

⁸⁵ HAMMERSCHMIDT, op. cit., p. 118.

⁸⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2. ed. 2012, op. cit., p.394.

⁸⁷ Ibidem, p.392.

⁸⁸ ALBUQUERQUE, op. cit., p.128.

⁸⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2. ed. 2012, op. cit., p.395.

⁹⁰ SERRANO, op. cit., p.309.

⁹¹ ALBUQUERQUE, op. cit., p.130.

⁹² Ibidem, p.132.

Quando a produção da prova invasiva envolver intervenções corporais no acusado, o procedimento a ser utilizado não deve implicar riscos à sua saúde, devendo, por essa razão, ser realizado por um profissional capacitado para exercer tal atribuição.⁹³ O perigo à saúde deve ser comprovado através da demonstração do nexo causal entre a medida a ser adotada para a produção da prova e a consequência nociva que desta medida advirá à saúde do acusado.⁹⁴

Ademais, em consideração aos direitos à intimidade e à dignidade humana, o procedimento a ser empregado não deve causar dor em demasia ao examinado.⁹⁵

1.2.2.1.7 *Intervenção da defesa técnica*

Seja na produção de provas invasivas, seja na produção de provas não invasivas, a participação da defesa técnica deverá ser assegurada, salvo quando tratar-se de prova cujo resultado possa restar viciado em decorrência do acompanhamento do defensor.⁹⁶

Haja vista a presunção de que seja conhecedor do Direito, o defensor exerce a função de fiscalizar o *modus operandi* do procedimento, intervindo quando a produção da prova não for realizada conforme os ditames da lei, quando não for determinada por autoridade competente, quando não for eleito o meio de prova que impõe menor gravame aos direitos fundamentais do seu cliente, etc.⁹⁷

1.2.2.1.8 *Judicialidade e motivação*

Em virtude da produção de prova invasiva envolver restrições aos direitos fundamentais do acusado, sua produção deverá ser determinada por órgão do Poder Judiciário. À vista disso, a intervenção não poderá ser ordenada por autoridade policial ou pelo Ministério Público.⁹⁸

Ainda, a decisão que determina a realização da produção da prova deve vir acompanhada de fundamentação que arrazoe a necessidade, a adequação e a

⁹³ ALBUQUERQUE, op. cit., p.132-3.

⁹⁴ HAMMERSCHMIDT, op. cit., p. 119.

⁹⁵ SOUZA, José Barcelos de. “Bafômetro, intervenções corporais e direitos fundamentais”. In: **Recursos, artigos e outros escritos: doutrina e prática civil e criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.143 apud ALBUQUERQUE, op. cit., p.132).

⁹⁶ ALBUQUERQUE, op. cit., p.134.

⁹⁷ Ibidem, p.133-4.

⁹⁸ SERRANO, op. cit., p.306.

proporcionalidade da medida.⁹⁹ A exigência ora citada é prevista pelo artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, eis que permite ao acusado que, em eventual recurso, questione a legalidade e a idoneidade da decisão.¹⁰⁰

Neste diapasão, Flavia D'urso reporta que a fundamentação dos provimentos jurisdicionais visa à racionalização da justiça, impedindo que a decisão judicial se impregne das vestes da discricionariedade.¹⁰¹

2 A GARANTIA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Foi no início da Idade Média que se firmou o sistema processual inquisitório, que ao manipular os meios de provas, empregavam a tortura e demais meios insidiosos, a fim de conseguir a confissão, então considerada prova máxima.

Tendo em vista que o interrogatório era considerado meio de prova, tal classificação impedia que fosse conferida ao acusado a faculdade de permanecer em silêncio, devendo ele, portanto, responder todas as inquirições emanadas do poder instituído.¹⁰²

Foi assim, portanto, durante muito tempo: ao acusado não se reconheciam quaisquer garantias processuais. Violando a sua integridade psíquica, física e moral, o poder inquisitório, que de modo parcial recorria à prática da tortura para a obtenção da confissão, sentenciava penas que, não raras vezes, sequer se comparavam às crueldades experimentadas durante a fase de investigação e instrução.¹⁰³

Foi deste contexto histórico que adveio a reação iluminista contra o sistema processual inquisitório. Ao lançar as bases do Estado Liberal, os revolucionários iluministas ergueram as garantias processuais e as transformaram em verdadeiros instrumentos de proteção aos direitos naturais dos cidadãos que se encontravam suprimidos pelo Estado Absolutista.¹⁰⁴

Entre os escudos desenvolvidos pelos iluministas destaca-se a cláusula *nemo tenetur proedere seipsum*, que advinda do direito canônico para resguardar o acusado no

⁹⁹ Ibidem, p. 308.

¹⁰⁰ ALBUQUERQUE, op. cit., p.138.

¹⁰¹ D'URSO, Flavia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007. p.100.

¹⁰² QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. 2012, op. cit., p.31.

¹⁰³ ALBUQUERQUE, op. cit., p.22.

¹⁰⁴ Ibidem, p.23-5.

interrogatório, introduziria, em período subsequente, a fórmula atual do *nemo tenetur se detegere* à realidade jurídica.¹⁰⁵ Os revolucionários visavam a combater a prática da tortura e o juramento imposto ao acusado de dizer a verdade no interrogatório, sob o argumento de que toda declaração autoincriminadora era considerada antinatural.¹⁰⁶

Nesta senda, conclui Marcelo Schirmer Albuquerque¹⁰⁷ 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”. Mais precisamente, o *nemo tenetur se detegere* surgiu, fundamentalmente, para coibir os excessos cometidos pelo Estado durante o interrogatório e proteger o indivíduo das coações físicas e morais praticadas pelo Estado déspota.¹⁰⁸

O pensamento iluminista, contudo, ao engajar-se na construção da fórmula *nemo tenetur se detegere*, pecou pela incongruência ao afirmar Cesare Beccaria, por exemplo, que embora fosse antinatural o dever imposto ao acusado de dizer a verdade, no caso de se manter silente, poderia ser ele igualmente tido por confesso. O que variava, sob a discrepante ótica iluminista, era que o silêncio não seria por si só elemento apto a justificar a condenação. Todavia, o exercício de permanecer calado ainda poderia ser interpretado em desfavor do acusado.¹⁰⁹

À medida que a construção teórica iluminista foi se tornando unívoca e, por via de consequência, a garantia da não autoincriminação se sedimentando, o emprego da tortura no interrogatório foi sendo gradualmente minimizado e, paulatinamente, a presunção de culpabilidade que era conferida ao acusado que se calasse no interrogatório foi sendo excluída.¹¹⁰

No século XVII, nos Estados Unidos, então consideradas colônias norte-americanas, o processo criminal era denominado *accused speaks*, no qual se pressupunha que quem era inocente não se negaria a responder as inquirições feitas pela autoridade, uma vez que nada teria a ocultar¹¹¹. Neste período, portanto, ainda não havia lugar para o *privilege against self-incrimination*, o qual, posteriormente, passaria a perseguir o propósito de assegurar ao

¹⁰⁵ Ibidem, p.25-6.

¹⁰⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2. ed. 2012, op. cit., p.32.

¹⁰⁷ ALBUQUERQUE, op. cit., p.28.

¹⁰⁸ SANGUINÉ, Livia de Maman. O direito de não produzir prova contra si mesmo no direito comparado: *nemo tenetur se detegere*. **Boletim IBCCRIM, São Paulo**, ano 18, n. 221, p.10, abril 2011.

¹⁰⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2. ed. 2012, op. cit., p.33-5.

¹¹⁰ Ibidem, p.34-5.

¹¹¹ Ibidem, p.234.

acusado “o direito de não ser obrigado a ser fonte de prova testemunhal contra seus próprios interesses”.¹¹²

Em 1641, em que pese o artigo 45 do *Body Liberties* tenha passado a vedar o emprego da tortura para a obtenção da confissão, não assegurava ainda ao acusado o *privilege* de silenciar.¹¹³ Destarte, além do acusado não estar escusado de responder os termos da acusação, deveria ele respondê-los pessoalmente.¹¹⁴

Em 1776, a Declaração de Direitos da Virgínia, que posteriormente serviria de modelo para as Constituições dos demais Estados americanos, preconizou que o acusado não poderia ser compelido a produzir prova contra si mesmo.¹¹⁵

No entanto, foi apenas em 1966 que a Suprema Corte americana ao decidir o caso *Miranda v. Arizona*¹¹⁶ finalmente delimitou o sentido do *privilege against self-incrimination*, consagrando assim o direito ao silêncio no ordenamento jurídico norte-americano.¹¹⁷

A necessidade de consagrar o *privilege* adveio, sobretudo, da reprovação à tortura empregada pelo poder estatal contra os acusados, que tinham sua dignidade violada em virtude das práticas coercitivas a que eram submetidos para a obtenção da confissão.¹¹⁸

Uma vez que a simples obrigação de falar já atenta contra a integridade moral do ser humano, o direito ao silêncio, no sistema jurídico norte-americano, veio para assegurar

¹¹² RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 136 apud ALBUQUERQUE, op. cit., p.5.

¹¹³ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. 2012, op. cit., p.43.

¹¹⁴ *Ibidem*, p.40.

¹¹⁵ *Ibidem*, p.44.

¹¹⁶ Em março de 1963, ocorreu o seqüestro e estupro de uma menina de 17 anos em Phoenix, Arizona. Ernesto Miranda foi identificado por uma testemunha, preso em sua casa e levado para uma sala de interrogatório, aonde não fora informado de seus direitos ao silêncio e à assistência jurídica antes de ser inquirido. Os investigadores saíram da sala com uma confissão por escrito assinada por Miranda dizendo que ele tinha pleno conhecimento de seus direitos legais, que ele tinha a compreensão de que qualquer declaração poderia ser usada contra ele e que ele havia renunciado conscientemente a estes direitos. No julgamento, o advogado de Miranda, nomeado pelo tribunal, Alvin Moore, objetou que a confissão de Miranda não teria sido voluntária e que, em razão disso, não deveria ter sido admitida no processo, devendo, por isso, ser excluída. No entanto, a objeção de Moore não foi acolhida e com base na confissão e demais provas Miranda foi condenado pelo seqüestro e estupro da jovem. A defesa de Miranda apresentou apelação para o Supremo Tribunal do Arizona, que, por sua vez, confirmou a decisão anteriormente proferida. A Suprema Corte Americana, entretanto, por uma margem de 5-4 decidiu anular a condenação de Miranda. COOKE, Michael. Case Brief of Miranda, 2002. Resenha elaborada através de texto disponível em: <http://www.essortment.com/all/mirandavsarizo_roui.htm> Acesso em: 21 abril 2013.

¹¹⁷ V Emenda Constitucional norte-americana. “*No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*”. “Ninguém será obrigado a ser fonte de prova testemunhal contra seus próprios interesses” (tradução nossa).

¹¹⁸ PIZZI, William T; HOFFMAN, Morris B. Taking Miranda’s Pulse. **Vanderbilt Law Review**, Nashville, v. 58, n. 3, p. 816, abril 2005.

eficácia à cláusula *nemo tenetur se detegere*, que se alicerça no ideal de preservar a liberdade de consciência do acusado e o seu instinto de autopreservação.¹¹⁹

O julgado *Miranda v. Arizona* além de consolidar o *privilege* no ordenamento jurídico norte-americano e de reconhecer o seu exercício durante qualquer fase do procedimento judicial, também estabeleceu regras processuais pertinentes ao interrogatório, as quais visavam a eliminar a confissão obtida mediante meios forçosos e degradantes e a assegurar aos cidadãos norte-americanos o direito ao devido processo legal.¹²⁰

Nestes termos, findaram estabelecidos os deveres incumbidos à autoridade responsável por presidir o interrogatório, dentre os quais, o de informar o acusado sobre o seu direito ao silêncio antes de formular qualquer indagação, o de alertá-lo de que o que dissesse poderia ser usado contra si durante todo o processo, e ainda, o de informá-lo do seu direito a um advogado que lhe preste assistência durante o interrogatório.¹²¹

As declarações obtidas com desobediência às regras supracitadas não poderiam ser admitidas como prova.¹²²

Ainda, consoante à decisão em *Miranda v. Arizona*, a Suprema Corte adverte que da recusa do acusado em se manifestar não podem ser extraídas consequências prejudiciais aos seus interesses.¹²³

Face ao exposto, é temerário pensar em um sistema no qual subsista a obrigação de depor, uma vez que tal imposição, ao nos remeter aos idos da Idade Média em que as práticas inquisitoriais eram toleradas e que as violações à integridade moral do acusado, à sua liberdade de consciência e ao seu instinto de preservação eram costumeiras, atenta contra o Estado Democrático de Direito.¹²⁴

2.2 DIREITO COMPARADO

Nos ordenamentos jurídicos de países de expressivo renome em sede de direitos humanos e de notável desenvolvimento na área de processo penal, tais como Alemanha, Espanha, Portugal e Estados Unidos da América, o *nemo tenetur se detegere* se limita a conferir ao acusado a prerrogativa de se calar no interrogatório ou de se recusar a depor. Tais

¹¹⁹ ALBUQUERQUE, op. cit., p.74.

¹²⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2. ed. 2012, op. cit., p.212-3.

¹²¹ Ibidem.

¹²² Ibidem, p.213.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ ALBUQUERQUE, op. cit., p.83.

prerrogativas visam a proteger o acusado das ingerências estatais evitadas de vícios, de modo que seus direitos fundamentais, tais como o instinto de autopreservação, a liberdade de consciência e de autodeterminação, não sejam afetados.¹²⁵

Todavia, no que toca a interface probatória, a garantia da não autoincriminação não é invocada pelos diplomas, doutrinas e jurisprudências estrangeiros, uma vez que a recusa do acusado em cooperar na produção de prova que depende de sua colaboração não se encontra, nestes ordenamentos, amparada pelo *nemo tenetur se detegere*.¹²⁶ O direito estrangeiro, portanto, não confere ao acusado poderes ilimitados frente ao Estado e à sociedade¹²⁷, recaindo sobre o acusado, ainda que não expressamente, o dever de colaborar na produção de provas.¹²⁸

Neste sentido é o posicionamento de Joel Tovil¹²⁹:

A pequena intervenção no corpo do investigado pouco afeta a sua dignidade, sendo que a restrição dos direitos está plenamente justificada diante do bem maior do interesse público na apuração do hediondo crime cometido.

Adotando a mesma linha de raciocínio, o Tribunal Europeu dos Direitos dos Homens se manifestou da seguinte maneira:¹³⁰

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 [grifo nosso].

Na maioria das civilizações estrangeiras, o dever do acusado de contribuir na produção de provas se efetiva mediante medida coercitiva ou através da imputação de sanções por desobediência ou obstrução à justiça.¹³¹

¹²⁵ Ibidem, p.59,67.

¹²⁶ Ibidem, p.58,67.

¹²⁷ TOVIL, Joel. A proteção contra a Auto-Acusação Compulsória Aplicada à Persecução Penal. 2008. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, v. 22, p. 87-114 apud SANGUINÉ, op. cit., p. 10.

¹²⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. 2012, op. cit., p.316.

¹²⁹ TOVIL, Joel. A proteção contra a Auto-Acusação Compulsória Aplicada à Persecução Penal. 2008. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, v. 22, p. 87-114 apud SANGUINÉ, op. cit., p. 10.

¹³⁰ STEDH, caso Jalloh c. Alemanha, j. 11.06.2006, §XVIII e seguintes apud VAY, Giancarlo Silkunas; SILVA; Pedro José Rocha e, op. cit., p.1.

¹³¹ ALBUQUERQUE, op. cit., p.59-60.

2.3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No Brasil, a oposição em face do modelo ditatorial e a conseqüente tentativa de instalação de um Estado Democrático de Direito levou os juristas à necessidade de reconhecer e consolidar os direitos e garantias fundamentais, que na vigência do regime totalitário, encontravam-se suprimidos. Desta forma, a Constituição da República de 1988 consagrou o direito ao silêncio ao estabelecer em seu artigo 5º, inciso LXIII o direito do preso a permanecer calado.¹³²

A esse respeito, observa Antonio Magalhães Gomes Filho¹³³ que o direito ao silêncio se estende a qualquer pessoa, estando ela presa ou não, em virtude de interpretação do princípio da presunção de inocência que incumbe à acusação o ônus da prova.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, consagraram formalmente a garantia da não autoincriminação entre nós,¹³⁴ uma vez que tais diplomas foram devidamente incorporados pelo nosso ordenamento jurídico por força dos respectivos decretos legislativos.¹³⁵

Segundo o artigo 5º, §3º da Constituição Federal, a norma internacional que prevê o *nemo tenetur se detegere* e que foi recepcionada pelo nosso ordenamento jurídico, por tratar-se de dispositivo inserido em uma Convenção sobre direitos humanos, possui hierarquia constitucional, o que foi corroborado pela Emenda Constitucional 45 de 2004.¹³⁶

O adágio latino *nemo tenetur se detegere*, expressamente transcrito na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 8º, §2º, alínea g¹³⁷ reconhece a toda pessoa acusada pela prática de um delito “o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.”¹³⁸

¹³² Ibidem, p.32-3.

¹³³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.113 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. 2012. op. cit., p.131.

¹³⁴ ALBUQUERQUE, op. cit., p.3.

¹³⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de não produzir provas contra si mesmo: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. São Paulo, 2003. p. 80.

¹³⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. 2012, op. cit., p.104.

¹³⁷ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo 8º § 2º alínea g. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa. Durante o processo toda pessoa tem direito, a plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

¹³⁸ ALBUQUERQUE, op. cit., p.4.

Outrossim, o artigo 14¹³⁹ do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos dispõe que o acusado não é obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado¹⁴⁰.

Ainda, ambos os diplomas vedam o emprego da tortura e tutelam a proteção da integridade física, psíquica e moral do acusado no interrogatório¹⁴¹.

Todavia, tais diplomas não fazem qualquer referência no tocante ao direito do acusado de não contribuir na produção de provas.¹⁴²

Urge mencionar que o Código de Processo Penal é omissivo no que diz respeito a esta matéria, não trazendo nenhum dispositivo que, de modo expresse, imponha ao acusado o dever de colaborar na produção de toda e qualquer prova ou que, no sentido contrário, o isente de cooperar.¹⁴³

Neste viés, atentos ao fato da garantia da não autoincriminação não estar rigorosamente regulada pelo nosso ordenamento jurídico, sobretudo no que toca à sua interface probatória, critica-se a amplitude semântica que o instituto *nemo tenetur se detegere* tem recebido por parte da doutrina brasileira.¹⁴⁴

A maior parte da doutrina brasileira não hesita em sugerir que o artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal não só confere ao acusado o direito ao silêncio, como também o exime de contribuir na produção de prova que depende de sua cooperação. Sustentam estes juristas que impelir o acusado a colaborar na produção de prova que possa acarretar resultado prejudicial aos seus interesses, representa violação indireta ao *nemo tenetur se detegere*.¹⁴⁵

Sendo assim, ao ampliar, a majoritária doutrina brasileira, a acepção da garantia da não autoincriminação à negativa do acusado em colaborar com a produção de provas que dependem de sua colaboração, se depreende que a garantia não tem cumprido os fins para os quais foi instituída, quais sejam, proteger os direitos fundamentais do acusado e repelir os abusos do Estado, mas tão somente tem sido utilizada para favorecer a impunidade, na medida em que tem se limitado a cumprir a nefasta função de obstaculizar a atividade persecutória do Estado.¹⁴⁶

¹³⁹ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Artigo 14 § 3º. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

¹⁴⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2. ed. 2012, op. cit., p.141.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² ALBUQUERQUE, op. cit., p.5.

¹⁴³ SANGUINÉ, op. cit., p.10.

¹⁴⁴ ALBUQUERQUE, op. cit., p.6.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 2, 32,33.

¹⁴⁶ Ibidem, p.2, 46, 49.

Desta forma, o repúdio em face do modelo tirânico verificado durante os anos de exceção e a tentativa de instalação de um Estado Liberal inspirado na proteção da liberdade individual, levou a impetuosa doutrina brasileira a sugerir interpretações à garantia da não autoincriminação que ultrapassam os limites da finalidade para a qual foi constituída: a de proteger direitos fundamentais.¹⁴⁷

Nesse diapasão, Marcelo Schirmer Albuquerque conclui “que a garantia da não autoincriminação não é um fim em si mesmo, mas, fundamentalmente, um meio de proteção de verdadeiros direitos fundamentais”.

A eventual recusa do sujeito passivo em contribuir na produção de determinada prova deve legitimar-se, portanto, no argumento de que a sua colaboração representa, em maior ou menor grau, agressão direta a seus direitos fundamentais. Ou ainda, dito de outra maneira, a recusa em contribuir na produção de provas não violadoras de direitos fundamentais não merece escudar-se na garantia da não autoincriminação.¹⁴⁸

João Claudio Couceiro¹⁴⁹ ratifica este entendimento ao enfatizar que “o conteúdo inviolável ao direito ao silêncio é a proteção à integridade física e mental da pessoa, de forma que toda limitação imposta por lei que não venha a afetá-la é legítima”.

Neste sentido é a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁵⁰:

É bem de ver que em todas as legislações citadas há também previsão e aplicação do princípio da não autoincriminação, mas nos limites de suas concretas finalidades, que é a proteção da dignidade humana da pessoa, da sua integridade, física e mental, de sua capacidade de autodeterminação e do exercício efetivo do direito de não ser obrigado a depor contra si.

Sobre a matéria, Marcelo Schirmer Albuquerque¹⁵¹ é enfático:

[...] o *nemo tenetur se detegere* é claramente limitado por suas finalidades, quais sejam, a de desestimular as práticas inquisitoriais que visam à obtenção forçada da confissão, proteger os direitos fundamentais que compõem o núcleo estrutural da dignidade da pessoa humana, especialmente o instinto de autopreservação, assegurar a liberdade de consciência e de autodeterminação, inclusive estimulando o sujeito passivo a participar do processo, fortalecendo o princípio da ampla defesa.

¹⁴⁷ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 32,33,37.

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p.341.

¹⁴⁹ COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.131.

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.239.

¹⁵¹ ALBUQUERQUE, op. cit., p.93.

Face ao exposto, o alcance da garantia da não autoincriminação deve estar delimitado à finalidade para a qual foi instituída.

3 A LEI 12.654/12 FRENTE À BIOÉTICA, À GARANTIA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E À PROPORCIONALIDADE

A Lei. 12.654, promulgada em 28 de maio de 2012, prevê a coleta compulsória de material genético como forma de identificação criminal (uma vez que a amostra recolhida passará a integrar o banco de dados), alterando assim as Leis 12.037/09 e 7.210/84.

Inova a referida lei ao tratar, especificamente, da extração compulsória não só porque a coleta voluntária de material biológico sempre esteve autorizada pelo ordenamento jurídico brasileiro¹⁵², como também porque não existe na Lei 12.654/12 nenhum dispositivo que preveja a existência do consentimento do suspeito/condenado como condição *sine qua non*.¹⁵³

Doravante, a coleta coercitiva poderá ser realizada nos suspeitos de determinados crimes mediante autorização judicial e quando houver necessidade para as investigações, como assim dispõe a Lei 12.037/09, que teve sua redação modificada.¹⁵⁴

A lei não estipula por quais delitos, seja pela natureza ou pela quantidade de pena prevista, o suspeito ficará suscetível à coleta compulsória. Tal análise sobeja, exclusivamente, à análise do juiz.¹⁵⁵

Ademais, a lei autoriza a extração coercitiva de material genético no condenado por sentença condenatória transitada em julgado por crime hediondo ou por crime doloso cometido com violência de natureza grave contra a pessoa (ou por qualquer dos crimes previstos no artigo 1º da Lei 8.072/1990). Por meio da coleta compulsória de material genético dos condenados pelos crimes previstos pela Lei 8.072/1990, a Lei 12.654/12 visa a conhecer a autoria de crimes que ainda não foram desvendados. Neste caso, a autorização

¹⁵² LOPES JR, Aury. *Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?* Disponível em: <http://discursoracional.blogspot.com.br/2012/06/lei-n-1265412-identificacao-criminal.html>. Acesso em: 15 mar. 2013. op. cit.,

¹⁵³ HAMMERSCHMIDT, op. cit., p. 157.

¹⁵⁴ LOPES JR, Aury. *Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?* **Boletim IBCCRIM**, op.cit., p.5-6.

¹⁵⁵ HAMMERSCHMIDT, op. cit., p.153.

judicial para a realização da extração do material genético é dispensável, bastando que haja a condenação do sujeito.¹⁵⁶

3.1 A LEI 12.654/12 FRENTE À BIOÉTICA

Tendo em vista que a Lei 12.654 se limita a afirmar que a extração de material genético do suspeito de determinados crimes se dará de forma adequada e indolor, não especificando o meio de prova a ser utilizado (prova não invasiva ou prova invasiva), sustenta-se que, assim como no direito inglês, no nosso ordenamento jurídico também deve prevalecer a preferência pela produção de provas não invasivas às provas invasivas, só devendo ser realizadas estas quando da impossibilidade de efetuar aquelas. Neste sentido, deverá o julgador optar, sempre que possível, pelos meios de prova que não agridem os direitos fundamentais do indivíduo, tais como a coleta de cabelo e de saliva.

Se por motivo devidamente demonstrado por provimento jurisdicional, não for possível, adequado ou satisfatório que se produza a prova não invasiva e se justificada a necessidade da produção da prova invasiva, esta poderá ser realizada, desde que observado o suprimento das condições já examinadas no decorrer do trabalho, referentes aos requisitos da produção de prova invasiva, analisados no capítulo 1.

Nesta esteira, procederemos à análise da Lei 12.654/12, a fim de verificar se o diploma legal em questão satisfaz os requisitos apontados pela doutrina capazes de justificar as restrições aos direitos fundamentais do suspeito à intimidade (corporal e genética), à liberdade e à saúde.

3.1.1 A restrição ao direito fundamental deve estar autorizada pela Constituição Federal, expressa ou implicitamente.

No que diz respeito ao fato da restrição ao direito fundamental dever ser autorizada, expressamente ou implicitamente pela Constituição Federal, não restam dúvidas de que a segurança pública, por ser um valor protegido pela Constituição Federal, é um bem jurídico plenamente apto a justificar a restrição de direitos fundamentais que com ele encontra óbices de coexistir harmonicamente.

¹⁵⁶ LOPES JR, Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? **Boletim IBCCRIM**, op.cit., p.5-6.

3.1.2 A restrição deve respeitar, obrigatoriamente, o núcleo essencial do direito fundamental.

Ainda, sugere a doutrina, que a restrição ao direito fundamental afetado pela produção da prova invasiva deve respeitar o núcleo essencial deste direito. É de automática conclusão que a Lei 12.654/12, ao utilizar a expressão “meio adequado e indolor”, impõe aos agentes responsáveis pela realização da intervenção o cuidado de proteger os direitos fundamentais do sujeito que é submetido ao procedimento, especialmente os seus direitos à saúde e à vida.

Ademais, em consideração a outros direitos fundamentais, tais como à intimidade e à dignidade humana, se impõe que o procedimento a ser empregado não cause dor em demasia ao examinado.

3.1.3 Previsão Legal

Quanto ao requisito da previsão legal, embora se reconheça que a lei seja omissa em algumas questões e não seja suficientemente detalhada no que pertine às especificidades da prova, no que diz respeito às demais condições que derivam do requisito da previsão legal (leia-se: caráter escrito e prévio), se conclui que a redação da nova lei obedece a tais diligências.

Tendo em vista que o procedimento de extração compulsória de material genético requer que sejam feitas restrições aos direitos fundamentais do suspeito/condenado que é submetido à prova, a disciplina, por ser merecedora de salvaguarda legislativa, cumpriu, ainda que insatisfatoriamente, o requisito da previsão legal.¹⁵⁷

3.1.4 Indícios suficientes de autoria e materialidade

No que tange à existência de indícios suficientes de autoria e de materialidade que autoriza a identificação coercitiva, a Lei. 12.654/12 é omissa. A nova lei deixa ao encargo do juiz a decisão acerca de em quais crimes e em quais circunstâncias a extração compulsória de material genético deve ser operada. Mais uma vez pecou o legislador ao não ser suficientemente cuidadoso na tarefa de proceder às minúcias da intervenção.

¹⁵⁷ GUEDES, op. cit., p.76.

Neste caso, a omissão do legislador ao transferir ao julgador o exercício de poderes inestimáveis é deveras perigosa. Por tratar-se a Lei 12.654/12 de um diploma que trata muito mais do que mero método de identificação criminal, se esperava que o legislador delimitasse com muito mais rigor o âmbito de incidência do procedimento, pois ao ser atribuído ao julgador o exercício de amplo poder discricionário, expostos a sérios riscos estão as garantias e direitos individuais constantes em nosso ordenamento jurídico.

Ademais, a ausência de dispositivo que condiciona a realização da coleta compulsória à existência de indícios suficientes de autoria e de materialidade pode ocasionar a banalização da prova e, conseqüentemente, a ocorrência de ofensas desnecessárias aos direitos fundamentais de pessoas inocentes que serão submetidas ao método de identificação por casualidade.

3.1.5 Unicidade da prova

Quanto ao requisito da unicidade da prova, que abrange os subprincípios do princípio da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), é notório que a Lei 12.037/09 (que é suplementar à Lei 12.654/12) reporta ao aludido princípio ao determinar que a coleta compulsória deve ser realizada quando a intervenção for realmente necessária para as investigações, ou seja, quando a autoridade policial não conseguir demonstrar de outro modo a autoria do crime.¹⁵⁸

Ademais, o legislador tem o cuidado de determinar que a decisão do juiz que autoriza a produção da medida deve avaliar não apenas a necessidade do procedimento, como também a sua adequação e proporcionalidade (em sentido estrito), devendo o julgador, à vista disso, ponderar a utilidade da medida e os danos causados aos direitos fundamentais do suspeito que podem sobrevir da intervenção.

Nestes termos, no que diz respeito ao requisito da unicidade da prova, se constata que o novo diploma legal se presta a obstaculizar a banalização da prova invasiva na fase investigativa.¹⁵⁹

3.1.6 Ausência de riscos à saúde do acusado

¹⁵⁸ LOPES JR, Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? **Boletim IBCCRIM**, op.cit., p.6.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p.6.

O requisito atinente à ausência de riscos à saúde do acusado é contemplado pelo legislador ao ser utilizada a expressão “por meio adequado e indolor”. Esta expressão sugere, ainda que de forma vaga, a técnica a ser empregada durante o procedimento de coleta de material genético.

O termo utilizado é impreciso em virtude de ser incumbida ao Poder Executivo a tarefa de avaliar, no caso concreto, as peculiaridades do caso e da saúde de cada examinado para então decidir o método que melhor satisfaz a sede investigativa e que menos expõe o suspeito a riscos de saúde e de vida.

3.1.7 Intervenção da defesa técnica

A participação da defesa técnica durante a coleta não é contemplada de modo expreso pela redação da nova lei. Trata-se de mais uma falha do legislador. Aparentemente, porém, a ausência de norma que atente para isso não parece repercutir maiores prejuízos ao examinado, que, ao requerer a presença de seu advogado durante a realização do procedimento, não deve sofrer objeções, uma vez que o mero acompanhamento do defensor não tem o condão de alterar o resultado da prova (muito pelo contrário, só confere à intervenção maior transparência e credibilidade).

3.1.8 Judicialidade e Motivação

Embora a intervenção corporal prevista pela Lei 12.654/12 possa ser requerida mediante provocação da autoridade policial que preside o feito ou do Ministério Público (e até mesmo da defesa), é imprescindível que a determinação que autoriza a produção de prova invasiva emane do Poder Judiciário, ou mais precisamente, de um juiz que, encarregado de verificar a necessidade e adequação da medida, fundamente a sua decisão orientado pelo juízo de proporcionalidade. Neste sentido, a Lei 12.037/09, que restou alterada pela Lei 12.654/12, é bem clara no que toca ao cumprimento do requisito da judicialidade e motivação.

3.2 A LEI 12.654/12 FRENTE À GARANTIA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

A proteção jurídica à garantia da não autoincriminação, não raras vezes, tem garantido a impunidade de infratores, tendo em vista que, muitas vezes, o acusado tem sido absolvido por falta de provas.¹⁶⁰

Reitera-se que a garantia do *nemo tenetur se detegere* protege o indivíduo contra os abusos cometidos pelo poder estatal durante a fase investigativa e instrutória do processo penal, e coíbe, por isso, o emprego de violências físicas e morais lançadas contra a esfera privada do acusado.¹⁶¹

Entretanto, exceções ao *nemo tenetur se detegere* são admitidas, uma vez que já é prevista no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade do acusado ser adstrito a colaborar na produção de provas invasivas. Tais exceções previstas em nosso ordenamento jurídico corroboram o entendimento de que nenhum direito fundamental é absoluto e que a garantia da não autoincriminação, assim como qualquer outro direito ou valor tutelado pela nossa Constituição, também está sujeita a sofrer restrições que tenham como escopo alcançar a verdade material dos fatos.¹⁶²

Nestes termos, constata-se que se o investigado pode ter o seu sigilo fiscal e bancário quebrado, ter suas conversas telefônicas monitoradas, sofrer revista pessoal e ver sua residência sendo invadida por agentes policiais, por que não poderia ver ser retirada de si uma quantia mínima de material genético para fins de investigação? Tendo em vista que o argumento calcado na proteção à garantia da não autoincriminação não prosperou contra a legitimidade das provas de interceptação telefônica e de busca e apreensão, não há razão para que este argumento venha a obter êxito neste caso, na medida em que a coleta de uma simples amostra de material genético não parece repercutir maiores danos à esfera privada do indivíduo do que aqueles causados quando da produção das provas invasivas já previstas.¹⁶³

Desta feita, o impasse que envolve o interesse coletivo na busca da verdade material e o interesse coletivo na proteção de seus direitos fundamentais encontra a melhor solução no princípio da proporcionalidade. Porém, ainda que se defenda a ocorrência de restrições ao *nemo tenetur se detegere*, imperioso se faz que tais limitações obedeçam a critérios baseados no juízo de ponderação, não sendo legítimo que as restrições se operem casuisticamente, ao livre arbítrio do juiz.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Ibidem.

¹⁶¹ GUEDES, op. cit., p.91.

¹⁶² Ibidem, p.92.

¹⁶³ Ibidem, p.89.

¹⁶⁴ Ibidem, p.94.

Alicerçados na teoria da ponderação de bens jurídicos, portanto, defende-se as restrições impostas pela Lei 12.654/12 ao *nemo tenetur se detegere*, uma vez que não só a garantia da não autoincriminação, mas também o princípio da proporcionalidade, por gozar de *status* constitucional, merece idêntica salvaguarda.¹⁶⁵

Ressalta-se, ainda, que a prova obtida a partir da coleta de material genético não visa pura e simplesmente à incriminação do acusado. O interesse em ser submetido a este tipo de prova deveria emanar, sobretudo, do próprio acusado, uma vez que esta prova possui força suficiente para excluir a sua conexão com a prática delituosa.¹⁶⁶

3.3 A LEI 12.654/12 FRENTE À PROPORCIONALIDADE

A expressão proporcionalidade nos remete à noção de equilíbrio, à ideia de harmonia entre duas grandezas de naturezas distintas. Porém, a proporcionalidade que ganhou *status* de princípio constitucional, embora esteja imbricada à noção de equilíbrio e de harmonia, envolve considerações acerca da adequação entre meios e fins e da utilidade que a restrição a um direito fundamental pode apresentar para a proteção de outro direito, que com ele encontra dificuldades de coexistir em harmonia¹⁶⁷.

Na lição de Juarez Freitas¹⁶⁸, haverá violação ao princípio da proporcionalidade quando da colisão entre dois valores igualmente tutelados pela Constituição Federal, o juízo de ponderação, equivocadamente, dá prioridade a um mediante o sacrifício exacerbado do outro.

O princípio da proporcionalidade, portanto, visa a amenizar a colisão entre duas grandezas que se confrontam, verificando qual delas merece prevalecer em detrimento da outra, sem que prevalecer signifique anular.¹⁶⁹

A aplicação do princípio da proporcionalidade revela a presença dos três elementos essenciais emblemados por Suzana de Toledo Barros: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.¹⁷⁰

¹⁶⁵ Ibidem, p.94, 96.

¹⁶⁶ MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel. **Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN: identificación criminal a través de la huella genética**. Bilbao: Comares, 2001. p.129 apud GUEDES, op. cit., p.94.

¹⁶⁷ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p.71.

¹⁶⁸ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 39.

¹⁶⁹ BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto, op. cit., p.90.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 73.

O subprincípio da adequação impõe ao Estado que as restrições aos direitos fundamentais devam ser realizadas mediante medida adequada ao fim que se deseja atingir. Mais precisamente, trata da utilidade da medida adotada, devendo ser escolhido o meio mais hábil para a consecução do fim pretendido.¹⁷¹

O subprincípio da necessidade determina que as restrições aos direitos fundamentais devem ser realizadas mediante medida indispensável para a preservação do direito considerado merecedor de maior proteção, ou seja, por meio de medida que imponha menor gravame ao direito fundamental do indivíduo. Pois, havendo a disponibilidade de meio igualmente viável e eficaz, porém menos desvantajoso ao cidadão, não se justifica a adoção da medida mais onerosa.¹⁷²

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito estabelece que as restrições aos direitos fundamentais devem ser realizadas mediante prévia averiguação acerca da proporcionalidade da medida que visa à restrição ao direito fundamental e o fim a ser obtido com a intervenção.¹⁷³ Dito de outra maneira, mediante um juízo de ponderação, confrontar-se-á as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim perseguido. Deste sopesamento, as vantagens oriundas da consecução do fim deverão ser proporcionais às desvantagens geradas ao indivíduo em decorrência da adoção do meio.¹⁷⁴

Inegável, portanto, que em tema tão sensível, faz-se mais do que necessário lançar-se mão do princípio da proporcionalidade.

O juízo de ponderação, encarregado de harmonizar esta tensão, deve equacionar as duas grandezas – o interesse individual na proteção de seus direitos fundamentais que se encontram maculados em virtude da extração compulsória prevista pela Lei 12.654 e o interesse social na persecução penal e segurança pública - de modo que deverá sacrificar o mínimo de uma delas para que o máximo de ambas seja preservado.¹⁷⁵ O objetivo de proceder à aplicação do princípio da proporcionalidade é restringir, na justa medida, os valores em colisão com vistas de, finalmente, obter a harmonia entre eles.¹⁷⁶

Sendo assim, a Lei 12.654/12, a fim de assegurar a legitimidade da previsão do novo procedimento de identificação criminal, cuidou de buscar a solução para o conflito de difícil resolução que envolve o interesse do suspeito/condenado no resguardo dos seus direitos

¹⁷¹ Ibidem., p.60-1.

¹⁷² BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. op. cit., p.62-4.

¹⁷³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 124.

¹⁷⁴ BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto, op. cit., p. 66-7.

¹⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.339.

¹⁷⁶ BARAK, op.cit., 238.

fundamentais e o interesse da sociedade na apuração da autoria de práticas delituosas. Neste sentido, sustenta-se que a referida lei obedece ao cânone da proporcionalidade ao condicionar a realização da coleta compulsória à necessidade para as investigações.¹⁷⁷ Em consonância ao subprincípio da necessidade, portanto, infere-se que a intervenção prevista pela Lei 12.654/12 deverá ser operada somente quando da impossibilidade da autoridade policial conseguir deslindar a autoria do crime através de meio menos prejudicial aos direitos fundamentais do suspeito/condenado.¹⁷⁸

Ademais, nota-se que o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito é igualmente observado pelo legislador ao estabelecer que a decisão do juiz que autoriza a produção da medida deve avaliar também a proporcionalidade da intervenção, devendo o julgador, à vista disso, ponderar a utilidade da ingerência a ser realizada e os danos causados aos direitos fundamentais do suspeito que podem sobrevir da extração compulsória de seu material genético.

Dito isto, conclui-se que a Lei 12.654/12, ao apreciar o princípio da proporcionalidade em sua redação, confere caráter excepcional à medida, afastando, por conseguinte, a banalização de ingerências contra direitos fundamentais, e obtendo êxito na tentativa de conciliação entre o interesse particular na proteção dos direitos fundamentais do suspeito/condenado e o interesse social no combate ao ilícito.

CONCLUSÃO

Erguido sob a égide do Estado Iluminista e com vistas de afastar os excessos cometidos pelo Estado e de proteger os direitos fundamentais do indivíduo contra as coações físicas e morais praticadas pelo Estado Absolutista, o *nemo tenetur se detegere* foi pouco a pouco se sedimentando, não tardando a ser incorporado benevolmente nos ordenamentos jurídicos modernos.

No ordenamento jurídico brasileiro não foi diferente, e em razão da ratificação pelo Estado Brasileiro da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a garantia da não autoincriminação não apenas passou a estar formalmente consagrada entre nós, como também passou a integrar o rol das mais importantes garantias fundamentais do Estado de Direito.

¹⁷⁷ Lei 12.037/09. Artigo 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm.

¹⁷⁸ LOPES JR, Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? **Boletim IBCCRIM**, op.cit., p.6.

No entanto, em virtude da garantia da não autoincriminação não estar rigorosamente regulada pelo nosso ordenamento jurídico, sobretudo no que toca à sua interface probatória, criticou-se, no decorrer do trabalho, a amplitude semântica que o instituto *nemo tenetur se detegere* tem recebido por expressiva leva da doutrina brasileira e operadores do Direito.

Por isso, não raras vezes, a garantia da não autoincriminação tem demonstrado ser muito mais um fator limitante à atividade persecutória do Estado do que propriamente uma garantia, uma vez que o *nemo tenetur se detegere* tem exercido reiteradamente a função de servir de escudo à disposição do acusado contra a exigência estatal de colaborar na produção de provas que dependem de sua cooperação.

Todavia, salientou-se que a eventual recusa do sujeito passivo em contribuir na produção de determinada prova deve legitimar-se no argumento de que a sua colaboração representa, em maior ou menor grau, agressão direta a seus direitos fundamentais, pois são estes o objeto de proteção da garantia da não autoincriminação.

Em virtude disso, constata-se que a interpretação extensiva conferida à garantia da não autoincriminação tem ultrapassado a finalidade para a qual o *nemo tenetur se detegere* foi instituído.

Deste modo, ao realizarmos a devida distinção entre as provas invasivas e as provas não invasivas, consignou-se que havendo as investigações necessidade de produzir provas não invasivas não expressamente previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro¹⁷⁹, a recusa injustificada do sujeito em colaborar na produção de provas não é amparada pela garantia da não autoincriminação, visto que esta modalidade de prova já encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico e que a produção de prova não invasiva não representa qualquer ameaça aos direitos fundamentais do examinado, pois, repisa-se, são eles a razão de ser do *nemo tenetur se detegere*.

Por outro lado, a produção de provas invasivas, em virtude de pressupor maior ingerência sobre a esfera privada do indivíduo - e conseqüentemente, afetar diretamente os direitos fundamentais do acusado - serão realizadas em *ultima ratio*, apenas quando da impossibilidade absoluta de produção de provas não invasivas.

Em que pese, segundo expressa disposição do texto constitucional, como regra, as provas invasivas sejam ilícitas, exceções já se apresentam categoricamente previstas em nosso ordenamento jurídico¹⁸⁰. Por este motivo, não há razão para que a inclusão de novas provas

¹⁷⁹ Leia-se: Código Processual Penal e leis esparsas.

¹⁸⁰ A interceptação telefônica e a busca e apreensão.

invasivas no processo penal brasileiro enfrente óbices, desde que, logicamente, sejam satisfeitos os requisitos elencados no capítulo 1 que legitimam a sua produção.

Diante do exposto, a nosso sentir, a afirmação de que a Lei 12.654/12 invoca ofensa contra a garantia da não autoincriminação não procede, pois à luz do princípio da proporcionalidade, toda restrição dirigida aos direitos fundamentais do acusado – e consequentemente ao *nemo tenetur se detegere* - serão legítimas se alicerçadas na preponderância do interesse social na persecução penal sobre o interesse particular do suspeito/condenado na proteção dos seus direitos fundamentais.

Ainda que se reconheça que a Lei 12.654/12 apresente algumas brechas e omissões, e que em vista disso lhe seja recomendável proceder à realização de complementos ou inclusões de trato legislativo¹⁸¹, é notório que o seu conteúdo não viola o *nemo tenetur se detegere*, uma vez que restrições a direitos e garantias fundamentais são plenamente justificáveis quando visarem ao interesse coletivo na segurança pública, e que a Lei cumpriu, na sua essência, os requisitos atinentes à produção de provas invasivas.

REFERÊNCIAS

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

ARAÚJO, Durvalina. **Exame de DNA e a prova emprestada**. Curitiba: Juruá, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARAK, Aharon. **Proportionality: constitutional rights and their limitations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

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

BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. **A proporcionalidade como princípio de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹⁸¹ HAMMERSCHMIDT, op. cit., p. 159.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Roma: Garzanti Libri, 2000 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. **Genética e Direito Penal**. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 20, n. 238. p. 8-9, set 2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Criminologia Genética: perspectivas e perigos**. Curitiba: Juruá, 2008.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Criminologia Genética: uma janela aberta para o retrocesso biológico**. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/270407.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador (contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas)**. Coimbra: Coimbra, 1982.

CASABONA, Carlos María Romeo. **El derecho y la bioética ante los limites de la vida humana**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

CASABONA, Carlos María Romeo. **Genética y derecho: responsabilidad jurídica y mecanismos de control**. Buenos Aires: Astrea, 2003.

COOKE, Michael. **Case Brief of Miranda**, 2002. Resenha elaborada através de texto disponível em: <http://www.essortment.com/all/mirandavsarizo_roui.htm> Acesso em: 21 abr. 2013.

COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

D'URSO, Flavia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas técnicas para o trabalho científico**. 16. ed. Porto Alegre: Dáctilo Plus, 2012.

GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira; MOREIRA, Edgar; LEITE, Eduardo de Oliveira; COAN, Emerson Ike, NETO, Francisco Vieira Lima; DIEDRICH, Gislayne Fátima; SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho; FAGUNDES JR, José Cabral Pereira; CHIEFFI, Lorenzo; PEREIRA, Marcos Roberto; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite; SILVA, Reinaldo Pereira e; LEITE, Rita de Cássia Curvo; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; SORDI, Sandra; CASTRO FILHO, SEBASTIÃO DE OLIVEIRA. Organizadora: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. **Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2001.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUEDES, Gabriel Pinto. **A inconstitucionalidade da criação de banco de dados genéticos para fins de identificação criminal pela Lei 12.654/12**. Disponível em <http://gabrielguedes.adv.br/wp-content/uploads/2012/07/A-inconstitucionalidade-da-criacao-de-banco-de-dados-geneticos-para-fins-de-identificacao-criminal-pela-lei-12654-de-2012.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2013.

GUEDES, Rogério Mansur. **DNA e prova penal**. Mestrado em Ciências Criminais. Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

GURIDI, José Francisco Etxeberria. **Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba em el Proceso Penal – inspecciones, registros e extracción de muestras corporales**. Madrid: Trivium, 1999 apud ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdos e contornos do princípio contra a auto incriminação**. Campinas: Bookseller, 2005 apud GUEDES, Rogério Mansur. **DNA e prova penal**. Mestrado em Ciências Criminais. Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2009.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Interrogatório no Processo Penal**. Belo Horizonte, Del Rey, 2000 apud. ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Identificación Genética, Discriminación y Criminalidad: Un Análisis de La Situación Jurídico Penal en España y en Brasil Actualizada por La Ley 12.654/12**. Curitiba: Juruá, 2012.

JONAS, H. **Ética, medicina e técnica**. Traduzido por A. Cascais, Lisboa: Veja, 1994 apud SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KNOPPERS, Bartha M. **Dignité humaine et patrimoine génétique**. Montreal.: Faculty of Law, 1991, v.1 apud HAMMERSCHMIDT, Denise. **Identificación Genética, Discriminación y Criminalidad: Un Análisis de La Situación Jurídico Penal en España y en Brasil Actualizada por La Ley 12.654/12**. Curitiba: Juruá, 2012.

LOPES JR, Aury. **DNA fake**. Disponível em: <http://infodireito.blogspot.com.br/2013/03/dna-fake.html>. Acesso em: 07 abr. 2013.

LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JR, Aury. **Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo?** Disponível em: <http://discursoracional.blogspot.com.br/2012/06/lei-n-1265412-identificacao-criminal.html>. Acesso em: 15 mar. 2013.

LOPES JR, Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 20, n. 236, p. 5-6, julho 2012.

LOPES JR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTÍNEZ, Stella Mariz. **Manipulação Genética e Direito Penal**. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel. **Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN: identificación criminal a través de la huella genética**. Bilbao: Comares, 2001 apud GUEDES, Rogério Mansur. **DNA e prova penal**. Mestrado em Ciências Criminais. Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Disponível em: <http://discursoracional.blogspot.com.br/2012/06/lei-n-1265412-identificacao-criminal.html>. Acesso em 31 mar. 2013

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Breves notas sobre a não autoincriminação. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 18, n. 222, p. 4-5, maio 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 apud ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PIZZI, William T; HOFFMAN, Morris B. Taking Miranda's Pulse. **Vanderbilt Law Review**, Nashville, v. 58, n. 3, p. 813-849, abril 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**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 apud ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge. **Teoría y práctica del derecho constitucional**. Madrid: Tecnos, 1996 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANGUINÉ, Livia de Maman. O direito de não produzir prova contra si mesmo no direito comparado: *nemo tenetur se detegere*. **Boletim IBCCRIM, São Paulo**, ano 18, n. 221, p.10, abril 2011.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el Proceso Penal**. Madrid: Colex, 1990.

SOUZA, José Barcelos de. **“Bafômetro, intervenções corporais e direitos fundamentais**. In: SOUZA, José Barcelos de. Recursos, artigos e outros escritos: doutrina e prática civil e criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006 apud ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **A criminalidade Genética**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Direito Penal Genético e a Lei da Biossegurança**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TOVIL, Joel. A proteção contra a Auto-Acusação Compulsória Aplicada à Persecução Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, 2008, v. 22 apud SANGUINÉ, Livia de Maman. O direito de não produzir prova contra si mesmo no direito comparado: *nemo tenetur se detegere*. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 18, n. 221, p.10, abril 2011.

VAY, Giancarlo Silkunas; SILVA, Pedro José Rocha e. A identificação criminal mediante coleta de material biológico que implique intervenção corporal e o princípio *nemo tenetur se detegere*. **Boletim IBCCRIM, São Paulo**, ano 20, n. 239, p. 1-2, outubro 2012.