UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DANIEL VICTOR OLIVEIRA SANTANA

O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO E A COLETA DE MATERIAL GENÉTICO: IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL OU COLABORAÇÃO NA PRODUÇÃO DA PROVA?

Salvador
2014

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

DANIEL VICTOR OLIVEIRA SANTANA

O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO E A COLETA DE MATERIAL GENÉTICO: IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL OU COLABORAÇÃO NA PRODUÇÃO DA PROVA?

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientadora: Professora Doutora Selma Pereira de Santana

Salvador
2014

DANIEL VICTOR OLIVEIRA SANTANA

O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO E A COLETA DE MATERIAL GENÉTICO: IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL OU COLABORAÇÃO NA PRODUÇÃO DA PROVA?

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em ___ de fevereiro de 2014.

Banca Examinadora

Selma Pereira de Santana – Orientadora _____
Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Universidade Federal da Bahia

Sebastian Borges de Albuquerque Mello _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).
Universidade Federal da Bahia

Camilo de Oliveira Carvalho _____
Especialista em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).
Faculdade Maurício de Nassau

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, que, de maneira grandiosa, se faz presente em todos os momentos da minha vida, me dando força e sabedoria.

Às minhas bases de sustentação: minha mãe, Inalba Stela Rodrigues de Oliveira Santana, indubitavelmente, a melhor pessoa que já conheci, exemplo de caráter, retidão e doçura; ao meu pai, Marinaldo Aguiar Santana, pelas lições de firmeza e honestidade, sempre a me mostrar que, se fizermos por onde, seremos recompensados; e ao meu irmão, Mário Fabrício Oliveira Santana, pelo amor e cuidado a mim dispensados ao longo de toda a minha vida.

Às minhas amigas-irmãs: Gabriela Guimarães, por estar, literalmente, ao meu lado, ao longo desses quatro anos e meio de faculdade; Júlia Ferraz, pela cumplicidade, companheirismo e exemplo diário de superação; e Rebecca Cerqueira, pela generosidade, desprendimento e, sobretudo, por ter me ensinado a encarar a vida de uma maneira mais leve.

À Professora Selma Pereira de Santana, por quem tenho a mais profunda admiração, antes mesmo de ter tido o privilégio de ser seu aluno; parâmetro de profissionalismo e dedicação, que, com afinco, aceitou me orientar nesta jornada.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Celso Antônio Bandeira de Mello

SANTANA, Daniel Victor Oliveira.**O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO E A COLETA DE MATERIAL GENÉTICO: IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL OU COLABORAÇÃO NA PRODUÇÃO DA PROVA?.** 2014. 70 f. Monografia (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

RESUMO

O princípio *nemo tenetur se detegere* consolidou-se como importante direito fundamental, no Estado de Direito, por assegurar o direito a não autoincriminação. Nessa intelecção, o mencionado princípio encontra-se afeto a outros direitos igualmente consagrados, tais como: o direito à intimidade, à liberdade moral, à dignidade e à intangibilidade corporal. Ademais, a Constituição Federal de 1988 firmou a excepcionalidade da identificação criminal, ao dispor, no art. 5º, LVIII, que "*o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei*". Ocorre que, com o advento da Lei nº. 12.654/12, estabeleceu-se uma terceira hipótese de identificação criminal, a par das já existentes (identificação dactiloscópica e identificação fotográfica), promovendo assim, alterações em dois importantes diplomas legais, quais sejam, as Leis nºs. 12.037/09 e 7.210/84. Nesse diapasão, e, sabendo-se que os direitos fundamentais não têm caráter absoluto, podendo sofrer restrições, desde que estas não esvaziem o seu núcleo essencial, argumenta-se até que ponto a Lei nº. 12.654/12 consubstanciaria o fim de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, uma vez que institui, sem quaisquer parâmetros a serem observados, a coleta de material genético do acusado/condenado.

Palavras-Chave: Não autoincriminação. Identificação Criminal. Lei nº. 12.654/12. Coleta de Material Genético. Acusado. Condenado

SANTANA, Daniel Victor Oliveira. **THE RIGHT OF NOT TO PRODUCE EVIDENCE HIMSELF AND THE COLLECTION OF GENETIC MATERIAL: CRIMINAL IDENTIFICATION OR COLLABORATION IN THE PRODUCTION OF EVIDENCE?.**2014. 70 pp. Bachelor Monograph – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

ABSTRACT

The principle *nemo tenetur se detegere* has established itself as an important fundamental right within the State of Law, ensuring the right against self-incrimination. In this intellection the aforementioned principle is connected to other rights which are also ensured, such as the right to privacy, moral freedom, dignity and body inviolability. Moreover, the Federal Constitution of 1988 has established the exceptionality of criminal identification, by providing, in art. 5, LVIII, that "the civil identificated will not be subjected to criminal identification, except in cases provided by law". Considering the advent of Law n. 12.654/12, a third possibility of criminal identification arises, along with the existing cases (fingerprint identification and photo identification), thus promoting changes in two important legal instruments, namely, Law n. 7.210/84 and Law n. 12.037/09. In this vein, and knowing that the fundamental rights are not absolute and may be restricted, provided their core essence do not rest emptied, it is argued to what extent the Law. 12.654/12 substantiates the proposition that no one is obliged to produce evidence against oneself, once the mentioned Law establishes, without any parameters to be observed, the collection of genetic material of the defendant/convicted.

Keywords: Right against self-incrimination; Criminal identification; Law n. 12.654/12; Collection of genetic material; Defendant; Convicted.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 10

2. DO DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO: PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* 12

2.1. CONCEITO E ABRANGÊNCIA 12

2.2. ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA 15

2.3. O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* E O DIREITO COMPARADO 18

2.4. O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 21

3. DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL E DA PRODUÇÃO DE PROVAS 26

3.1. DA SUBSIDIARIEDADE DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL 26

3.2. DAS MODALIDADES DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL (LEI Nº. 12.037/09) 29

3.2.1. Da identificação dactiloscópica 30

3.2.2. Da identificação fotográfica 33

3.2.3. Da Lei nº. 12.654/12 e uma terceira modalidade de identificação criminal: a coleta de material genético 35

3.3. DA PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO 39

3.3.1. Das provas que dependem da colaboração do acusado para a sua produção e impliquem em intervenções corporais 43

3.3.1.1. Das provas invasivas 44

3.3.1.2. Das provas não invasivas 44

4. DO DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO E A COLETA DE MATERIAL GENÉTICO DO ACUSADO/CONDENADO 47

4.1. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL OU COLABORAÇÃO NA PRODUÇÃO DE PROVAS? 47

4.2. VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS? 53

4.3. DA EFETIVIDADE DA LEI Nº. 12.654/12 60

5. CONCLUSÕES.....62

REFERÊNCIAS.....65

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo proceder à uma análise do direito de não produzir prova contra si mesmo – princípio *nemo tenetur se detegere* – à luz da Lei nº. 12.654/12 que, ao promover alterações em dois importantes diplomas legais pátrios, quais sejam: as Leis nº.s 12.037/09 (que dispõe acerca da identificação criminal) e 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), institui a coleta de material genético do acusado e do condenado, por determinados crimes, como forma de identificação criminal.

Nesse diapasão, far-se-á um estudo minudente acerca da vedação à autoincriminação, consubstanciada na máxima: *nemo tenetur se detegere*, remetendo-se à sua origem e evolução histórica. Justifica-se, pois, a ênfase dada ao aspecto histórico na medida em que apresenta relevo para a compreensão do desenvolvimento posterior do já referido princípio, bem como da dimensão por ele assumida nos diversos ordenamentos jurídicos.

Proceder-se-á, ainda, a uma verificação da aplicabilidade da vedação à autoincriminação no ordenamento pátrio, onde ganhou *status* de direito fundamental, e sua suposta colidência com a Lei nº. 12.654/12, a qual, aparentemente, o restringe, compelindo o acusado/condenado a, saindo da posição de resistência, que lhe é peculiar na relação jurídico-processual-penal, fornecer material genético para fins de “identificação criminal”, sob o argumento da prevalência do interesse público (persecução penal) sobre o privado (presunção de inocência e dignidade humana).

Nesse diapasão, e, sabendo-se que os direitos fundamentais não têm caráter absoluto, podendo, portanto, sofrer restrições, desde que estas não esvaziem o seu núcleo essencial, argumentar-se-á até que ponto a Lei nº. 12.654/12 consubstancia o fim de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

À vista disso, exsurge o questionamento acerca da real dimensão do princípio *nemo tenetur se detegere*. Estaria este adstrito ao direito ao silêncio? Nesta senda, é que se examinará a incidência da vedação à autoincriminação sobre as provas que dependem da colaboração do acusado para a sua produção.

Para alcançar o objetivo proposto, o estudo do tema desvendará duas vertentes existentes no processo penal: de um lado, a vertente garantística, que

reconhece o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas várias repercussões, não apenas no interrogatório, mas, também, nas provas que dependem da colaboração do acusado. De outro, a vertente que endossa o agravamento da *persecutio criminis*, mitigando, por conseguinte, direitos e garantias fundamentais do acuado/condenado.

Outrossim, debruçando-se sobre o recente edito, será trazida à baila uma explanação acerca do caráter subsidiário, conferido à identificação criminal, pelo ordenamento pátrio. Nesse desiderato, remeter-se-á às tradicionais hipóteses de identificação criminal contempladas pelo sistema jurídico nacional, quais sejam, identificação dactiloscópica e identificação fotográfica.

Ademais, será suscitada a discussão sobre a possível violação a direitos e garantias fundamentais do acusado/condenado – mormente, o da presunção de inocência e o da vedação à autoincriminação – que, supostamente, estaria impelido a colaborar na produção de provas que o incriminem. Por fim, realizar-se-á uma análise acerca da efetividade do multicitado diploma legal.

Enfim, a proposta deste trabalho é proceder ao exame da Lei nº. 12.654/12, e das inovações por esta perpetradas na legislação nacional, sob a égide do direito de não produzir prova contra si mesmo.

2. DO DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO: PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

O princípio *nemo tenetur se detegere*, escol no âmbito processual penal, consiste no direito de não produzir provas contra si mesmo. Nesta perspectiva, depreende-se que as provas da responsabilidade pela autoria de um crime devem ser colhidas sem que haja a cooperação do acusado, uma vez que este, com o advento do modelo acusatório de processo penal, deixou de ser considerado objeto da prova.

Destarte, não há mais que se falar na utilização de quaisquer métodos para a obtenção da "verdade", haja vista o fato de que o referido princípio foi, pouco a pouco, consagrando-se como direito fundamental do indivíduo frente ao Estado, relacionando-se, dessa maneira, com outros direitos igualmente tutelados, tais como: dignidade humana, liberdade e integridade física.

Neste viés, o presente capítulo procederá a uma digressão acerca da origem e evolução histórica do *nemo tenetur se detegere*, bem como abordará a sua incidência no Direito Comparado e no ordenamento pátrio, à luz da Constituição Federal de 1988.

2.1. CONCEITO E ABRANGÊNCIA

A expressão *nemo tenetur se detegere*, em sua literalidade, significa que ninguém é obrigado a se descobrir[1]. Nesse diapasão, o acusado da prática de um ilícito penal não tem o dever de se autoincriminar, nem tampouco de produzir prova em seu desfavor.

Em vista disso, cumpre prelecionar a existência de outros brocardos com o mesmo sentido, como: *nemo tenetur se ipsum prodere*, *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur turpidumen suam*, *nemo testis se ipsum*, ou, simplesmente, *nemo tenetur* [2]. Ainda nessa intelecção, impende ressaltar que a vertente mais difundida

[1] QUEIJO, Maria Elizabeth. *In* O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.
[2] MENEZES, Sofia Saraiva de. *In* O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito. Prova criminal e direito de defesa – estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Org.: Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto. Lisboa: Almedina, 2010, p. 117.

da cláusula *nemo tenetur se detegere* é o direito ao silêncio, visto que, uma das grandes conquistas da jurisdição penal, consolidada no século XVIII, com a queda do Absolutismo[3].

Dessarte, gradativamente, foi sendo reconhecido o direito do acusado de silenciar no interrogatório. Todavia, o direito ao silêncio não representa a única decorrência do mencionado princípio no âmbito processual penal.

Com efeito, o *nemo tenetur se detegere* relaciona-se, também, com as provas que dependem da cooperação do acusado para a sua produção. Isto porque, nem mesmo o grau de certeza proporcionado por certas provas, frutos do avanço tecnológico, a exemplo dos exames de DNA, justifica o sacrifício de direitos do acusado em prol da busca da "verdade" [4].

Nesse desiderato, cabe mencionar a dicotomia estabelecida pela Teoria Geral do Processo, segundo a qual, no Processo Penal, persegue-se a verdade real; ao passo em que, no Processo Civil, opera-se a busca pela verdade formal. Dessa maneira, enquanto na seara processual civil, quem demanda em juízo deve provar suas alegações, cabendo ao juiz decidir o litígio através das provas produzidas nos autos; no âmbito processual penal, a verdade seria alcançada pelo julgador através de um processo de reconstrução dos fatos tal como ocorreram[5].

Ainda o que tange à busca da "verdade real", elucidativas são as palavras de Aury Lopes Jr.:

> O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o "interesse público" (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma "verdade" a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor). [...] a finalidade do mito da verdade real: nasce na inquisição e, a partir daí, é usada para justificar os atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que os "fins justificam os meios". [...] quem fala em verdade real confunde o "real" com o "imaginário", pois o crime é sempre um fato passado, logo, é história, memória, fantasia, imaginação. É sempre imaginário, nunca é real. Já a verdade processual jurídica está sempre relacionada com a subsunção do fato à norma, um procedimento classificatório[6].

---

[3] OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *In* Curso de processo penal, 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 332.

[4] QUEIJO, Maria Elizabeth. *In* O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

[5] MANSOLDO, Mary. *In Verdade Real versus Verdade Formal*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 set. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.28870&seo=1>. Acesso em: 22 nov. 2013.

[6] LOPES JR., Aury. *In* Direito Processual Penal. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 566-568.

Nessa intelecção, o valor “verdade” não se sobrepõe aos direitos e garantias do acusado. De modo que, na busca daquele, não poderá o juiz determinar a produção de provas que impliquem a violação de direitos do acusado. Este entendimento é pacífico. Varia, contudo, nos diversos ordenamentos jurídicos, o que se define por violação de direitos do acusado[7].

No que pertine às provas que dispensam a cooperação do investigado, parece não haver maiores controvérsias sobre a ausência de violação ao princípio ora analisado, uma vez que não se exige uma atuação contra si mesmo, podendo ser objeto de prova os vestígios deixados na cena do crime ou colhidos em outros locais. Por outro lado, maior atenção parece merecer as provas que dependam da cooperação do acusado.

Nesta senda, a doutrina se divide entre aqueles que entendem pela ausência de violação ao *nemo tenetur se detegere*, a exemplo de Claus Roxin, que, ao comentar a previsão do Código de Processo Penal alemão, o qual permite a realização de exames genéticos nos suspeitos para fins de averiguações criminais, assevera que o indivíduo não tem o dever de colaborar com as autoridades encarregadas da investigação mediante um comportamento ativo, contudo, deve suportar intervenções corporais que possam contribuir definitivamente ao reconhecimento de sua culpabilidade como, por exemplo, deixar que se extraia sangue para aclarar eventual responsabilidade.[8]

Prossegue o mencionado autor, dispondo que, na medida em que se impõe ao sujeito uma obrigação de tolerar, se antepõe o interesse em averiguar a “verdade” sobre o interesse do sujeito em manter em “segredo” sua “informação corporal” e exclui-la como meio de prova[9].

Esse posicionamento encontra eco, na doutrina pátria, nas lições de Eugênio Pacelli de Oliveira, consoante o qual a vedação à autoincriminação deve se manter circunscrita aos limites do direito de não depor contra si, de não se declarar culpado, bem como de não se submeter às intervenções corporais ilegítimas. Nesse

---

[7] QUEIJO, Maria Elizabeth. *In* O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

[8] VAY, Giancarlo Silkunas; SILVA, Pedro José Rocha e. *In A identificação criminal mediante a coleta de material biológico que implique intervenção corporal e o princípio do nemo tenetur se detegere*. Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 239, p. 13-14, out., 2012.

[9] ROXIN, Claus. *In La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal.* Trad. Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 139.

diapasão, a exigência legal de submissão a determinadas ingerências corporais nada tem de inconstitucional, a priori. Poderão sê-lo, todavia, quando: (a) desnecessárias; (b) gravosas; (c) interfiram na capacidade de autodeterminação da pessoa[10].

Em sentido diametralmente oposto, a doutrina de Alexis Couto de Brito, Humberto Fabretti e Marco Antônio Lima preleciona que o princípio *nemo tenetur se detegere*, na realidade, provem da expressão latina: "*nemo tenetur prodere e ipsum, quia nemo tenetur detegere tupitudinem suam*", máxima que abrange não apenas o direito ao silêncio, mas, também, o de não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo ou praticar atos lesivos à sua defesa ou, ainda, a autoincriminar-se[11].

Na mesma linha, Aury Lopes Júnior salienta que o referido princípio constitui direito de defesa pessoal negativa do acusado em geral. Tratando-se o direito ao silêncio apenas de uma manifestação de um direito muito maior[12], "segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer o seu direito ao silêncio quando do interrogatório"[13]. Dessa forma, "o imputado não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para a realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita, etc.) etc."[14].

Nesse diapasão, o princípio *sub examine* consubstancia, simultaneamente, o direito do acusado de manter-se calado, bem como o de não produzir provas em seu desfavor.

2.2. ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Apesar das dúvidas acerca do momento exato do seu aparecimento, existindo, inclusive, quem considere ser "impossível identificar as suas raízes"[15], foi no período do Iluminismo que o *nemo tenetur se detegere* se sedimentou, pois, nessa época, o acusado deixou de ser visto exclusivamente como objeto de prova.

---

[10] OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *In* Breves notas sobre a não autoincriminação. Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 222, p. 4-5, maio de 2011.
[11] BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto; LIMA, Marco Antônio. *In* Processo Penal Brasileiro. São Paulo, Atlas, 2012, p. 192.
[12] LOPES JR., Aury. *In* Direito Processual Penal. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 242.
[13] Idem, 2013, p. 242.
[14] Idem, 2013, p. 243.
[15] KOHL, *Procès civil et sincerité*, Liége, 1971, p. 15, *apud* GREVI, Vittorio. *In Nemo tenetur se detegere*. Milano: Giuffré, 1972, p. 5.

Na Idade Média, predominava a convicção sobre a culpabilidade do acusado e a tortura era o instrumento utilizado para a consecução dessa "verdade" pré-concebida. No interrogatório, o acusado tinha o dever de responder[16].

Prevalecia, assim, a ideia de que o acusado era objeto da prova, não havendo, portanto, direito ao silêncio. Nessa esteira, o *nemo tenetur se detegere* só veio a se firmar no período do Iluminismo[17]. Verifica-se, inclusive, que, historicamente, o aludido princípio encontra-se adstrito ao interrogatório do acusado.

Destarte, no período das luzes, marcado pela construção e reconhecimento das garantias penais e processuais penais, a cláusula *nemo tenetur se detegere* revela-se como garantia relativa ao resguardo do acusado no interrogatório. Para os iluministas, qualquer declaração autoincriminativa era antinatural. Ademais, consideravam imoral a utilização de quaisquer meios destinados a arrancar confissões[18].

Nesse sentido, dispõem Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, que a origem da mencionada cláusula está reconduzida "à tradição jurídica anglo-saxônica e, mais concretamente, ao período de viragem do processo penal inquisitório para o processo acusatório"[19]

Ainda nessa linha, prelecionam Sérgio Ricardo de Souza e Willian Silva:

> a consolidação das regras relativas ao princípio em questão ainda encontra-se em fase de evolução, percebendo-se que foi a partir do período Iluminista que o acusado passou a ser visto não mais como um meio de prova, enaltecendo-se o combate ao emprego da tortura e à postura antinatural até então predominante, de o réu ser obrigado a colaborar com o alcance da verdade, materializando-se a contar de então a ideia de que a ninguém é exigível impor-se a autoincriminação[20].

---

[16] QUEIJO, Maria Elizabeth. *In* O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

[17] GOMES, Luiz Flávio. *In* Princípio da não autoincriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em:<http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 03 de nov. de 2013.

[18] GAVA, Gabrielle Gasperin. *In A garantia da não autoincriminação frente à bioética e à garantia da não autoincriminação*, Rio Grande do Sul, jun. de 2013. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/gabrielle_gava.pdf>. Acesso em: 28 de out. de 2013.

[19] DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *In* O direito à não auto-inculpação (*Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*) no processo penal e contra-ordenacional português. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 9.

[20] SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. *In* Manual de processo penal constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 402.

Outro não é o entendimento de Eugênio Pacelli de Oliveira, para quem, o *nemo tenetur se detegere* está ligado à necessidade de superação das mais variadas formas de absolutismo, estatal ou eclesiástico, que, ao longo da história, submeteram o homem ao exercício do poder, haja vista o fato de que a exigência do compromisso de revelação da verdade sempre esteve a serviço de certos poderes públicos, em face dos quais o indivíduo jamais recebia o tratamento de sujeito de direitos[21].

Dessa forma, já prelecionava Beccaria, na obra *Dos delitos e das penas*, que há contradição entre a lei e os sentimentos naturais no juramento de dizer a verdade imposto ao acusado[22]. Ainda nos dizeres do referido autor, é impossível que o homem possa jurar, contribuindo para a sua própria destruição. Neste viés, opõe-se ao emprego da tortura, afirmando ser monstruoso exigir que alguém seja acusador de si mesmo, procurando fazer nascer a verdade pelos tormentos, como se esta residisse nos músculos do infeliz[23].

A construção teórica iluminista, porém, não foi pacífica e nem uniforme no que pertine ao *nemo tenetur se detegere*. Isto porque, os defensores da natureza probatória do interrogatório continuaram negando ao acusado o direito de silenciar.

Outrossim, mesmo admitida a possibilidade de silenciar, extraiam-se dela consequências negativas para o acusado, entendendo-se, dessa maneira, que o réu que não respondesse às perguntas que lhes eram formuladas, quando do interrogatório, era tido por confesso. Paulatinamente, entretanto, a evolução do princípio *sub oculis* conduziu à exclusão da presunção de culpabilidade do acusado que lançasse mão do direito ao silêncio.

No direito anglo-americano, o privilegie *against self-incrimination* (equivalente à vedação à autoincriminação) só veio a se consagrar realmente no ano de 1966, quando a Suprema Corte julgou o caso *Miranda v. Arizona*[24], vedando a conjuntura de um suspeito testemunhar contra si próprio.

---

[21] OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *In* Curso de Processo Penal, 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 184.

[22] BECCARIA, Cesare. *In* Dos delitos e das penas. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista os Tribunais, 2006, p. 58.

[23] Idem, 2006, p. 50.

[24] Em março de 1963, ocorreu o sequestro 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, onde não fora informado de seus direitos ao silencio 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

Nesse desiderato, disserta Alexandre de Moraes:

> [...] que a garantia ao silêncio do acusado foi consagrada no histórico julgamento norte-americano “Miranda v. Arizon”, em 1966, em que a Suprema Corte, por cinco votos contra quatro, afastou a possibilidade de utilização como meio de prova de interrogatório policial quando não precedido da enunciação dos direitos do preso, em especial, “você tem o direito de ficar calado” (*you have the rigth to remain silent...*), além de consagrar o direito do acusado em exigir a presença imediata do seu advogado[25].

Hodiernamente, o mencionado princípio assumiu caráter garantístico no processo penal, resguardando a liberdade moral do acusado para decidir, conscientemente, se coopera ou não com os órgãos de investigação e com a autoridade judiciária, apesar da tendência, existente em alguns ordenamentos, à mitigação das garantias correlatas ao *nemo tenetur se detegere*, dando-se prevalência ao interesse do Estado e da sociedade na persecução penal[26].

2.3. O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* E O DIREITO COMPARADO

Os ordenamentos jurídicos estrangeiros, em sua maioria, adstringem o *nemo tenetur se detegere* ao direito ao silêncio, notabilizado na prerrogativa de manter-se calado, quando do interrogatório, ou, ainda, na recusa a depor.

Assim, no que pertine à instrução probatória, a vedação à autoincriminação não encontra amparo na legislação e jurisprudência estrangeiras, recaindo, portanto, sobre o acusado o dever de colaboração na produção de provas[27].

---

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 sequestro 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 Briefof Miranda, 2002. Resenha elaborada por GAVA, Gabrielle Gasperin, *In A garantia da não autoincriminação frente à bioética e à garantia da não autoincriminação,* através de texto disponível em: <http://www.essortment.com/all/mirandavsarizo_roui.htm>. Acesso em: 29/10/2013

[25] MORAES, Alexandre de. *In* Direitos humanos fundamentais. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 286.

[26] QUEIJO, Maria Elizabeth. *In* O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50.

[27] QUEIJO, Maria Elizabeth. *In* O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 316.

Nessa intelecção, 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[28].

Mencionado entendimento, é compartilhado por Joel Tovil, para quem "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"[29].

Impende salientar, ainda, que, não obstante encontre previsão expressa nas Constituições brasileira (art. 5º, LXIII), espanhola (art. 17, 3), argentina (art. 18) e americana[30] (5ª Emenda), países há em que o direito ao silêncio é uma decorrência implícita nas Cartas Políticas. É o que ocorre, por exemplo, em Portugal, na Alemanha e na Itália.

Nessa intelecção, dispõem Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos que:

> Ao contrário de outras Leis Fundamentais, a Constituição da República Portuguesa (CRP) não tutela expressamente o *nemo tenetur*. A consagração expressa do princípio surge no Código de Processo Penal (CPP), na vertente do direito ao silêncio (arts. 61º, nº 1, al. d), 132º, nº 2, 141º, nº 4, a), e 343º, n. 1, do CPP). Maugrado (sic) a ausência de previsão na CRP, tanto a doutrina como a jurisprudência portuguesa são unânimes quanto à natureza constitucional implícita do *nemo tenetur*. […] O princípio *nemo tenetur* goza de consagração constitucional implícita no Direito português ...., e desdobra-se numa série de corolários, o mais importante dos quais é o direito ao silêncio[31].

Com efeito, o princípio segundo o qual ninguém deve ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação, que engloba o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova, não consta expressamente do texto da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), mas *"a doutrina e a jurisprudência*

---

[28] ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *In* A garantia de não autoincriminação: extensão e limites. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 59-60.

[29] TOVIL, Joel. *In* A proteção contra a Auto-Acusação Compulsória Aplicada à Persecução Penal. Disponível em: < https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll/Dout/13e3>. Acesso em: 16 de nov. de 2013.

[30] Cabe mencionar que, nos Estados Unidos, o "direito ao silêncio compreende apenas uma postura de inação e o fato do exercício desse direito não poder ser interpretado em desfavor do indivíduo. Caso o acusado resolva prestar depoimento, deverá fazê-lo sob compromisso de dizer a verdade, sujeitando-se ao crime de falso testemunho (perjúrio) caso omita fatos ou preste declaração falsa". BOTTINO, Thiago. *In A doutrina brasileira do direito ao silêncio – o STF e a conformação do sistema processual penal constitucional*. Disponível em: <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-110.pdf>. Acesso em: 18 de nov. de 2013.

[31] DIAS, Augusto Silva. RAMOS, Vânia Costa. *In* O direito à não auto-inculpação (*Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*) no processo penal e contra-ordenacional português. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 14-15.

portuguesas são unânimes não só quanto à vigência daquele princípio no direito processual penal português, como quanto à sua natureza constitucional "[32].

No entanto, há quem baseie o referido princípio simplesmente nas garantias processuais, consagradas genericamente nos artigos 20º, nº 4, in fine, e 32º, nº 1, da CRP. Outros, porém, consideram, não obstante aceitarem tais garantias processuais como fundamento direto e imediato do *nemo tenetur*, que este princípio carece ainda de uma fundamentação última de caráter não processualista, mas antes de ordem material ou substantiva, ligando-o, desta feita, aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, CRP. Seja como for, o *nemo tenetur* é aceito por todos[33].

O mesmo se dá na Alemanha e na Itália, onde, a despeito de não ser objeto de previsão específica nas suas respectivas Cartas Magnas, o *nemo tenetur se detegere* goza de *status* constitucional, decorrente de uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais naquelas consubstanciados.

Nesse diapasão, e, acerca do ordenamento alemão, leciona Theodomiro Dias Neto:

> Não há dispositivo constitucional específico com relação ao *nemo tenetur se detegere* ou mesmo quanto ao direito ao silêncio do acusado. Contudo, apesar disso, entende-se que o princípio tem envergadura constitucional, incluído entre os direitos fundamentais, não podendo ser violado em seu núcleo essencial (cf. art. 19, n. 2, da Lei Fundamental) nem pelo Judiciário nem pelo Legislativo.[34]

De fato, a Constituição alemã não consagra expressamente a garantia da não autoincriminação, tendo a doutrina germânica deduzido esse direito de três dispositivos constitucionais que preveem: (1) a supremacia da dignidade humana; (2) o direito ao livre desenvolvimento da personalidade; e (3) a proibição da afetação do núcleo essencial de um direito[35].

No que pertine ao ordenamento italiano, elucidativas são as lições de Vittorio Grevi:

---

[32] MENDES, Paulo de Sousa. *In* As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Lisboa: Almedina, Revista de Concorrência e Regulação – Ano I – Número 1 – Janeiro-Março, 2010, p. 125.

[33] Idem, 2010, p. 126.

[34] DIAS NETO, Theodomiro. *In O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 19, p. 179-204, jul./set. 1997.

[35] BOTTINO, Thiago. *In* O direito ao silêncio na jurisprudência do STF. São Paulo: Campus Jurídico, 2009, p. 72.

> Embora a Constituição italiana não reproduza expressamente o princípio *nemo tenetur se detegere*, entende-se que ele se insere no direito à autodefesa, tutelado no art. 24, n. 2, do texto constitucional, na perspectiva de não-colaboração e ainda na presunção de não culpabilidade (art. 27, n. 2, do mesmo texto)[36].

Desse modo, os ordenamentos jurídicos de países insignes, tais como: Alemanha, Itália e Portugal, terminam por restringir o *nemo tenetur se detegere* ao direito ao silêncio, expresso na prerrogativa, conferida ao acusado, de manter-se calado (quando do interrogatório), ou de recusar-se a depor.

Ademais, cumpre salientar que, apesar da sua relevância na seara humanitária, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, não se refere expressamente ao *nemo tenetur se detegere*[37].

Nessa esteira, cabe mencionar que, não obstante a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) não tenha previsto expressamente o direito de permanecer calado ou de não se autoincriminar há previsão de um julgamento justo e equitativo, conceito que remete ao devido processo legal. Ao longo dos anos, a CEDH incorporou ao conceito de processo justo a garantia de que um indivíduo não deve ser compelido a produzir prova contra si[38].

2.4. O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Inicialmente, cumpre ressaltar que o princípio *nemo tenetur se detegere* encontra previsão expressa em dois relevantes diplomas internacionais, quais sejam: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos[39] e a Convenção

---

[36] GREVI, Vittorio. *In Nemo tenetur se detegere*. Milano: Giuffré, 1972, p. 146

[37] TUCCI, Rogério Lauria. *In* Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 301.

[38] BOTTINO, Thiago. *In* O direito ao silêncio na jurisprudência do STF. São Paulo: Campus Jurídico, 2009, p. 76.

[39] 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*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 04 de nov. de 2013.

Americana sobre Direitos Humanos[40], tanto um quanto outro, ratificados pelo Brasil, no ano de 1992, através dos Decretos nº.s 592 e 678, respectivamente.

Todavia, no ordenamento brasileiro anterior à Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004, registravam-se diferentes sustentações doutrinárias quanto à hierarquia dos tratados e convenções internacionais incorporados ao direito pátrio[41].

Em que pesem todas as controvérsias existentes em torno do tema, José Afonso da Silva[42] já sustentava que, por força do art. 5º, §2º, da Constituição Federal, as normas de tratados que versam sobre direitos fundamentais, incorporadas, consistem em direitos constitucionalmente assegurados. Isto porque, na Constituição de 1988, foi dada especial relevância aos direitos fundamentais, sobretudo, à dignidade humana, alçada ao *status* de valor informador do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse desiderato, já prelecionava Flávia Piovesan[43] que os direitos previstos em tratados internacionais, concernentes a direitos humanos, aos quais o Brasil aderiu, ostentam hierarquia de norma constitucional. Acrescentando, ainda, a aplicação imediata dos mesmos, haja vista o fato de não se sujeitarem ao procedimento rotineiro de incorporação de tratados ao direito interno.

Prossegue a mencionada autora, dispondo que, tal entendimento, encontra guarida no art. 5º, §2º, da Carta Política, o qual estabelece que os direitos e garantias expressos no texto constitucional "*não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*".

Nesse diapasão, pode-se dizer que, antes mesmo do advento da Emenda Constitucional nº. 45/2004, o ordenamento pátrio já havia incorporado o princípio *sub*

---

[40] 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*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 04 de nov. de 2013.

[41] QUEIJO, Maria Elizabeth. *In* O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 81

[42] SILVA, José Afonso da. *In* Curso de direito constitucional positivo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 197.

[43] PIOVESAN, Flávia. *In* Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 35-37.

examine, fato este corroborado pelo §3º, do art. 5º, da CF[44], configurando, assim, a constitucionalidade material e formal da cláusula *nemo tenetur se detegere*[45].

Assim, a vedação à autoincriminação tem sido considerada direito fundamental do cidadão e, mais ainda, do acusado. De fato, referido princípio, enquanto direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra os excessos perpetrados pelo Estado, quando da persecução penal, inserindo-se, portanto, entre os direitos fundamentais de primeira geração[46], os direitos da liberdade[47].

Essa corrente é endossada por Paulo Bonavides[48], segundo o qual, os direitos de primeira geração traduzem-se em direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Incluindo-se, pois, entre as liberdades negativas, assegurando-se, através deles, uma esfera de liberdade ao indivíduo, que não deve sofrer vulnerações por parte do Estado.

Enquanto direito fundamental, eventuais restrições à sua incidência têm caráter excepcional, regulando-se exclusivamente por lei. Ademais, referidas restrições deverão atender ao princípio da proporcionalidade, bem como aos postulados da adequação, da necessidade e da razoabilidade[49].

Neste viés, para que se perfaçam as aludidas restrições legais, mister se faz a aferição de determinados critérios, tais como: a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador; a adequação desses meios à consecução dos objetivos almejados e a necessidade de sua utilização[50].

---

[44] Art. 5º *Omissis*
[...]
§ 3º *Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de nov. de 2013.

[45] QUEIJO, Maria Elizabeth. *In* O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 90.

[46] Nesse desiderato, impende salientar que a doutrina costuma dividir os direitos fundamentais em três gerações, são elas: os direitos fundamentais de primeira geração, concebidos como direitos da liberdade, oponíveis ao Estado; os direitos fundamentais de segunda geração, que assumem ótica social; e os direitos fundamentais de terceira geração, que têm o escopo de preservar a humanidade, tais como: o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à paz. ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. *In* Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999, p. 267-288.

[47] Idem, 1999, p. 267-268.

[48] BONAVIDES, Paulo. *In* Curso de direito constitucional. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 517.

[49] QUEIJO, Maria Elizabeth. *In* O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 78.

[50] MENDES, Gilmar. *In* Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 34.

Impende salientar, ainda, que, antes de incorporar-se expressamente ao direito pátrio, já se extraia a incidência do *nemo tenetur se detegere* das cláusulas do devido processo legal, da ampla defesa, com destaque para o direito ao silêncio, e da presunção de inocência.

Nessa esteira, disserta Luís Flávio Gomes que:

> não existe pena sem comprovação da responsabilidade (culpabilidade) do agente; não existe comprovação da culpabilidade sem processo (sem o devido processo); não existe o devido processo criminal sem garantias. Dentre todas as garantias do devido processo criminal está a ampla defesa. Da ampla defesa fazem parte: (a) a autodefesa e (b) a defesa técnica. Pertencem à primeira (autodefesa): [...] dentre tantos outros, o direito de não autoincriminação. [51]

Sendo assim, o *nemo tenetur se detegere*, encartado no direito à ampla defesa e na presunção de inocência, reflete-se, ainda, em outras garantias essenciais para que a finalidade do processo seja atingida: no direito à integridade física e moral do acusado e na vedação de tortura e outros tratamentos desumanos e degradantes[52].

Verdadeiramente, a despeito de o direito nacional consagrar, de maneira expressa, apenas uma das dimensões da vedação à autoincriminação, qual seja, o direito ao silêncio[53], referida cláusula não se adstringe à prerrogativa, conferida ao acusado, de manter-se calado; ou de recusar-se a depor.

Mencionado entendimento, encontra assento, inclusive, na jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, que exarou decisões no sentido de que o aludido princípio abrange: a impossibilidade de ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para exames periciais (HC 77.135); a possibilidade de faltar com a verdade quanto à identidade do réu (HC 75.257); a não obrigatoriedade em participar da reconstituição do fato (HC 69.026); a não

---

[51] GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência.* Disponível em: < http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100126104817603&mode=print >. Acesso em: 07 de nov. de 2013.

[52] QUEIJO, Maria Elizabeth. *In* O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97.

[53] Art. 5º *Omissis*

[...]

LXIII - *o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*; Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de nov. de 2013.

obrigatoriedade em fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial (HC 83.096) e a não obrigatoriedade de submissão a exame de dosagem etílica (HC 93.916) [54].

Nesse diapasão, ressalta Luís Flávio Gomes o fato de o prolatado princípio contar com diversas dimensões, dentre as quais: (1) direito ao silêncio; (2) direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal; (3) direito de não declarar contra si mesmo; (4) direito de não confessar; (5) direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros; (6) direito de não apresentar provas que prejudiquem a sua situação jurídica.

Ainda de acordo com o mencionado autor, a essas seis dimensões, agrega-se uma sétima, consistente no direito de não produzir ou, mais especificamente, de não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo. E prossegue, aduzindo que este genérico direito triparte-se no: (7) direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa; (8) direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios e (9) direito de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória.[55]

Dessa maneira, o *nemo tenetur se detegere* insere-se no ordenamento pátrio como direito fundamental, de hierarquia constitucional[56], não se restringindo, portanto, ao direito ao silêncio, consubstanciado no art. 5º, LXIII, da Carta Magna, ante a sua inegável vinculação ao postulado da dignidade humana, preceito basilar do Estado Democrático de Direito, viabilizador das múltiplas acepções que a doutrina confere àquela cláusula.

---

[54] VAY, Giancarlo Silkunas; SILVA, Pedro José Rocha e. *In A identificação criminal mediante coleta de material biológico que implique intervenção corporal e o princípio do nemo tenetur se detegere*. Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 20, n. 239, p. 13-14, out., 2012.

[55] GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência.* Disponível em: < http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100126104817603&mode=print >. Acesso em: 07 de nov. de 2013.

[56] QUEIJO, Maria Elizabeth. *In* O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 105.

3. DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL E DA PRODUÇÃO DE PROVAS

Em se tratando a identidade do conjunto de caracteres que individualiza uma pessoa, fazendo-a distinta das demais[57], o ato de identificar, como corolário lógico daquela, "*significa determinar a identidade de algo ou alguém. [...] No campo criminal, individualiza-se a pessoa para apontar o autor, certo e determinado, sem qualquer duplicidade, da infração penal*" [58].

Nesse desiderato, o presente capítulo propõe-se a, partindo de uma análise da subsidiariedade da identificação criminal, perpassando, assim, pela exegese das suas modalidades clássicas (contempladas pela Lei nº. 12.037/09), examinar a *novel* hipótese de "identificação criminal" trazida à baila pela Lei nº. 12.654/12, qual seja, a coleta compulsória de material genético do acusado/condenado.

Ademais, analisar-se-á a sistemática da produção de provas no processo penal brasileiro, com vistas a esclarecer futura indagação acerca da real natureza da coleta do perfil genético do investigado/apenado. Seria esta uma forma de impor ao sujeito passivo da relação jurídico-processual-penal a produção de provas contra si mesmo, numa flagrante violação ao *nemo tenetur se detegere*? É o que se verá a seguir.

3.1. DA SUBSIDIARIEDADE DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

No ordenamento pátrio, anterior à Constituição Federal de 1988, vigia o entendimento, assente, inclusive no âmbito do STF[59], de que a identificação criminal do indiciado que já houvesse sido civilmente identificado não consistia em constrangimento ilegal.

Ocorre que, com o advento da Carta Política de 1988 e a consequente elevação da dignidade da pessoa humana ao *status* de princípio orientador da

---

[57] FRANÇA, Genival Veloso de. *In Medicina Legal* – 9ª ed. – [Reimp.]. – Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012, p. 48.

[58] NUCCI, Guilherme de Souza. *In Leis penais e processuais penais comentadas* - 5ª edição - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pg. 691.

[59] Súmula nº 568: *A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente*. (Superada pelo Art. 5º, LVIII, CF - RHC 66881-RTJ 127/588). Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0568.htm>. Acesso em: 09 de nov. de 2013.

ordem jurídica nacional, estabeleceu-se a excepcionalidade da identificação criminal[60], prevalecendo, a partir de então, o entendimento de que a autoridade policial não tem o condão de submeter o portador de documento de identificação civil ao processo de identificação criminal [61].

Entretanto, impende salientar que, não obstante a Carta Magna tenha estabelecido a subsidiariedade da identificação criminal, aquela, assegura ao legislador infraconstitucional, a possibilidade de estabelecer algumas hipóteses em que o civilmente identificado se submeterá à identificação criminal.

Neste viés, sobrevieram o art. 5º da Lei nº. 9.034/95, dispondo que: "*A identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil*" e o art. 109 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, estabelecendo que: "*O adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada*"[62].

Já no ano 2000, a Lei nº. 10.054 passou a regulamentar a matéria, enumerando:

> "de forma incisiva, os casos nos quais o civilmente identificado deve, necessariamente, sujeitar-se à identificação criminal, não constando, entre eles, a hipótese em que o acusado se envolve com a ação praticada por organizações criminosas. Com efeito, restou revogado o preceito contido no art. 5º da Lei nº 9.034/95, o qual exige que a identificação criminal de pessoas envolvidas com o crime organizado seja realizada independentemente da existência de identificação civil.[63]"

---

[60] Art. 5º *Omissis*
[...]
LVIII - *o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei*; Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de nov. de 2013.

[61] Dessa maneira, pretendeu-se "*[...] resguardar o indivíduo civilmente identificado, preso em flagrante, indiciado ou mesmo denunciado, do constrangimento de se submeter às formalidades de identificação criminal - fotográfica e datiloscópica - consideradas por muitas vexatórias (até porque induz ao leigo, ao incauto, a ideia de autoria delitiva), principalmente quando documentadas pelos órgãos da imprensa*". MARCOLINI, Rogério. Boletim do IBCCrim. São Paulo, v.8, n.99, p. 13-14, fev. 2001.

[62] MOREIRA, Rômulo de Andrade. *In* A nova lei de identificação criminal. Artigo publicado em outubro de 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13632/a-nova-lei-de-identificacao-criminal>. Acesso em: 10 de nov. de 2013.

[63] RHC 12965/DF – Relator: Ministro Félix Fischer. Órgão Julgador: T5 – Data do Julgamento: 07/10/2003. Data da Publicação/Fonte: DJ 10.11.2003 p. 197. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219129/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-12965-df-2002-0068783-6>. Acesso em: 11 de nov. de 2013.

Todavia, em 2009, com o advento da Lei nº. 12.037, que passou a disciplinar as hipóteses de incidência da identificação criminal no ordenamento pátrio, a Lei nº. 10.054/00 veio a ser revogada.

Nesse diapasão, aquele cuja identificação possa se dar através da apresentação de qualquer dos documentos elencados pela Lei nº. 12.037/09[64], não pode ser submetido aos procedimentos de identificação dactiloscópica e fotográfica. Inexistindo, assim, poder discricionário da autoridade em identificar criminalmente ou não. Trata-se de ato vinculado: cabendo, pois, àquela, examinar os pressupostos fáticos da situação e agir dentro da lei. [65]

Deveras, o mencionado diploma legal estabelece as hipóteses taxativas[66] em que, apesar de ter havido a identificação cível, impõe-se o procedimento de identificação criminal ao investigado. Sendo assim, somente se configurada qualquer das situações ali elencadas, poderá a autoridade competente proceder à identificação criminal do acusado.

---

[64]Art. *2º A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos*:
I – *carteira de identidade*;
II – *carteira de trabalho*;
III – *carteira profissional*;
IV – *passaporte*;
V – *carteira de identificação funcional*;
VI – *outro documento público que permita a identificação do indiciado*.
Parágrafo único. *Para as finalidades desta Lei, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm>. Acesso em: 12 de nov. de 2013.

[65] GOMES, Luiz Flávio. Revista Consulex – Ano V – n. 99. Fevereiro de 2001*, apud* MOREIRA, Rômulo de Andrade. *In* A nova lei de identificação criminal. Artigo publicado em outubro de 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13632/a-nova-lei-de-identificacao-criminal>. Acesso em: 10 de nov. de 2013.

[66]Art. 3º *Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando*:
I – *o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação*;
II – *o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado*;
III – *o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si*;
IV – *a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa*;
V – *constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações*;
VI – *o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais*.
Parágrafo único. *As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm>. Acesso em: 12 de nov. de 2013.

3.2. DAS MODALIDADES DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL (LEI Nº. 12.037/09)

Antes de proceder à análise das modalidades de identificação criminal contempladas pelo ordenamento pátrio, é necessário ressaltar que, no passado, as leis prescreviam medidas de extremo rigor, bárbaras e, até mesmo cruéis, para o assinalamento dos malfeitores. Há algum tempo, porém, os processos infamantes de identificação, que tinham por objetivo efetuar uma punição prévia, deram lugar a métodos mais seguros, de fácil aplicação e absoluta eficiência[67], como a identificação dactiloscópica e a identificação fotográfica.

Nesse desiderato, foi publicada, em 01 de outubro de 2009, a Lei nº. 12.037, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulando dispositivo previsto no art. 5º, LVIII, da Constituição Federal[68]. Referido diploma, revogou a Lei nº. 10.054/2000, tida, por muitos, como inconstitucional, mormente por estabelecer a realização de identificação criminal em razão do cometimento de determinados delitos, arrolados no seu artigo terceiro[69].

Dessa maneira, a Lei nº. 12.037/09 teve por escopo adequar os critérios da identificação criminal ao texto descrito pela Constituição Federal, que assegura ao civilmente identificado a desnecessidade de ser submetido à identificação criminal, nas modalidades de: identificação dactiloscópica e identificação fotográfica[70].

---

[67] CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *In* Manual de Medicina Legal – 8ª ed. – São Paulo. Saraiva, 2012, p. 104-105.

[68] PIMENTEL, Fabiano. *In Novos Contornos da Identificação Criminal*. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/identificacao.pdf>. Acesso em: 23 de nov. de 2013.

[69] Art. 3º *O civilmente identificado por documento original não será submetido à identificação criminal, exceto quando*:

I - ***estiver indiciado ou acusado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público***; (*grifos nossos)*

II - *houver fundada suspeita de falsificação ou adulteração do documento de identidade*;

III - *o estado de conservação ou a distância temporal da expedição de documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais*;

IV - *constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações*;

V - *houver registro de extravio do documento de identidade*;

VI - *o indiciado ou acusado não comprovar, em quarenta e oito horas, sua identificação civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10054.htm>. Acesso em: 23 de Nov. de 2013.

[70] PIMENTEL, Fabiano. *In Novos Contornos da Identificação Criminal*. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/identificacao.pdf>. Acesso em: 23 de nov. de 2013.

Ademais, em que pese a já mencionada subsidiariedade da identificação criminal, é possível dizer que a supracitada lei estabelece um gênero, do qual são espécies: a identificação dactiloscópica e a identificação fotográfica.

Neste sentido, disserta Gustavo Henrique Badaró:

> [...] fica claro, [...], que a identificação criminal não é sinônima de identificação dactiloscópica. Esta é apenas uma das formas de identificação criminal. De se destacar que, embora o art. 6º, VIII, do CPP, refira-se apenas à identificação pelo processo dactiloscópico, a jurisprudência vinha interpretando o dispositivo como sendo uma previsão que abrangia a identificação criminal em sua acepção mais ampla, incluindo a identificação fotográfica, considerada inclusive como elemento útil para a instrução criminal. [71]

Sendo assim, necessário se faz o exame mais acurado das aludidas modalidades de identificação criminal.

3.2.1. Da identificação dactiloscópica

No que pertine à identificação dactiloscópica, o sistema de classificação idealizado por Juan Vucetich, em virtude da sua completude, consiste no método mais eficiente. Este notável sistema de identificação, foi lançado em 1891 e instituído oficialmente no Brasil no ano de 1903[72].

De acordo com Vucetich, a dactiloscopia[73] é a ciência que se propõe a identificar as pessoas, fisicamente consideradas, por meio das impressões ou reproduções físicas dos desenhos formados pelas cristas papilares das extremidades digitais. Neste viés, chama-se desenho digital ao conjunto de cristas e sulcos existentes nas polpas dos dedos, apresentando muitas variedades; e de

---

[71] BADARÓ, Gustavo Henrique. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 8, nº. 100, p. 9-10, mar. 2001.

[72] FRANÇA, Genival Veloso de. *In Medicina Legal* – 9ª ed. – [Reimp.]. – Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012, p. 77.

[73] Ainda no que tange à dactiloscopia, dissertam Delton Croce e Delton Croce Júnior: *"estuda as impressões, que são vestígios e marcas deixadas pelas polpas dos dedos graças à substância gordurosa secretada pelas glândulas sebáceas em quase todos os locais de crime e em objetos os mais variados, como a superfície lisa de vidros, espelhos, copos, móveis, louças e faianças, armas, facas, frutas, folhas de plantas, luvas. Interessa, portanto, diretamente à Justiça, para apontar autor de delito pela impressão digital deixada em local de crime, reincidências etc."*. CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *In* Manual de Medicina Legal – 8ª ed. – São Paulo. Saraiva, 2012, p. 108.

impressão digital ao reverso do desenho, exibindo-se como um ajuntamento de linhas brancas e pretas sobre determinado suporte[74].

Mencionado sistema, então, baseia-se na impressão do desenho digital, o qual se forma no sexto mês de vida intrauterina, mantendo-se inalterado durante toda a vida, inclusive após a morte, até o advento do processo de putrefação[75].

Cumpre salientar, que um dos elementos mais importantes do desenho digital é o delta – pequeno ângulo ou triângulo formado pelo encontro dos três sistemas de linhas, presentes na polpa digital, quais sejam: nuclear (representado por linhas colocadas entre as basilares e as marginais); marginal (constituído pelas linhas superiores, que se sobrepõem ao núcleo, contornando a polpa digital) e basilar (composto pelas linhas que ficam abaixo da impressão digital, ou seja, abaixo do núcleo). Dessa maneira, é possível dizer que o delta é a característica fundamental de uma impressão digital[76].

De fato, a presença de um, dois ou nenhum delta numa impressão digital estabelece os quatro tipos fundamentais do Sistema Dactiloscópico de Vucetich, são eles: Verticilo (é o datilograma com um delta à direita e outro à esquerda do observador); Presilha externa (é o datilograma com um delta à esquerda do observador e um núcleo voltado em sentido contrário ao delta); Presilha interna (é o datilograma com um delta à direita do observador e um núcleo voltado à esquerda) e Arco (ausência de deltas e apenas os sistemas de linhas basilares e marginais. Não tem núcleo) [77].

Esses tipos essenciais são simbolicamente representados por letras maiúsculas, para os polegares; e por algarismos, para o restante dos dedos. Nessa intelecção, o Verticilo (é representado pela letra V; e pelo número 4); a Presilha externa (é representada pela letra E; e pelo número 3); a Presilha interna (é representada pela letra I; e pelo número 2) e o Arco (é representado pela letra A; e pelo número 1). Redundando na palavra VEIA, como um meio de memorização. Cabe ressaltar, ainda, que os desenhos com defeito, em virtude da existência de

---

[74] FRANÇA, Genival Veloso de. *In Medicina Legal* – 9ª ed. – [Reimp.]. – Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012, p. 77.
[75] BITTAR, Neusa. *In* Medicina Legal Descomplicada. 2ª ed. São Paulo: Rideel, 2011, p. 54.
[76] FRANÇA, Genival Veloso de. *In Medicina Legal* – 9ª ed. – [Reimp.]. – Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012, p. 78.
[77] VIEIRA, Marcos. *In Papiloscopia*. Sistema de Vucetich. Disponível em: <http://www.papiloscopia.com.br/classifica.html>. Acesso em: 25 de nov. de 2013.

cicatrizes, ou por qualquer outra alteração, são anotados com a letra X. Ao passo que, as amputações são representadas pelo número 0 (zero)[78].

As supracitadas impressões são coletadas e dispostas em uma ficha específica que contém, em um dos lados, dez campos na sequência: polegar, indicador, médio, anular e mínimo, sendo os cinco da mão direita em cima e os cinco da mão esquerda embaixo, tendo, para cada um dos dedos, três campos na parte superior, onde é registrado o tipo fundamental, o subtipo e a contagem de linhas de cada dedo, respectivamente. No verso da ficha é colocada a qualificação do identificado (nome, filiação, data de nascimento, etc.) e a sequência dos dedos indicador, médio, anular e mínimo de cada uma das mãos, unidos em uma única impressão, bem como a impressão de cada um dos polegares nos locais determinados[79].

A disposição das impressões digitais na ficha forma a ID (individual dactiloscópica), que é baseada na Fórmula Dactiloscópica – sucessão de letras e algarismos que configuram os tipos fundamentais de uma pessoa a partir do polegar direito até o mínimo esquerdo, sentida por meio de uma fração que tem como numerador a mão direita e denominador a mão esquerda. Nesse sentido, cumpre mencionar que a impressão do polegar da mão direita denomina-se fundamental e é a base da classificação do sistema dactiloscópico[80].

Impende salientar, ainda, que a referida fórmula tem o objeto precípuo de tornar mais fácil o arquivamento das fichas. Todavia, a identidade das impressões digitais é realizada pelo estudo dos pontos característicos. Estes, por sua vez, são acidentes encontrados nas cristas papilares. Nessa intelecção, se se evidenciam 12 (doze) pontos característicos idênticos, numa e noutra impressão digital, em mesma localização e sem nenhuma discrepância, a identidade é estabelecida[81].

Por fim, cabe mencionar que os pontos característicos[82] mais comuns são: a ilhota, a linha cortada, a forquilha, a bifurcação e o encerro. No assinalamento

---

[78] FRANÇA, Genival Veloso de. *In Medicina Legal* – 9ª ed. – [Reimp.]. – Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012, p. 78.

[79] VIEIRA, Marcos. *In Papiloscopia*. Sistema de Vucetich. Disponível em: <http://www.papiloscopia.com.br/classifica.html>. Acesso em: 25 de nov. de 2013.

[80] Idem.

[81] FRANÇA, Genival Veloso de. *In Medicina Legal* – 9ª ed. – [Reimp.]. – Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012, p. 78.

[82] "*Os pontos característicos compreendem a ilhota, representada por um ponto ou fragmento de papila; a linha cortada, fragmento de papila maior do que a ilhota; a forquilha, papila que se separa em ângulo agudo; a bifurcação, papila separada em ângulo curvilíneo; e o encerro, duas papilas*

desses pontos, em primeiro lugar procede-se à ampliação fotográfica da impressão testemunha e da impressão suspeita. Depois, divide-se o desenho em quatro quadrantes, começando-se a marcar os acidentes que se devem iniciar do quadrante superior direito em sentido dos ponteiros do relógio. As linhas que dividem em quadrantes são traçadas da seguinte maneira: a vertical, da característica mais alta a mais baixa; a horizontal, das mais laterais. Posteriormente, procede-se à enumeração dos pontos característicos encontrados numa impressão e depois na outra, verificando-se, em seguida, a identidade ou a não identidade entre ambas[83].

Desta forma, é possível dizer que, dentre todos os existentes, é a dactiloscopia o método mais fácil, econômico e seguro de identificação utilizado pela polícia, pois as impressões digitais, por suas qualidades[84]: perenidade, imutabilidade e variedade, constituem-se em selo que "Deus pôs nas mãos dos homens para distinguir seus atos"[85].

3.2.2. Da identificação fotográfica

Não obstante a descoberta da fotografia tenha, a princípio, causado entusiasmo nos meios policiais, ante o pensamento de que bastaria fotografar os criminosos para que estes fossem facilmente reconhecidos, seu uso tornou-se

---

unidas por suas extremidades." CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *In* Manual de Medicina Legal – 8ª ed. – São Paulo. Saraiva: 2012, p. 111.

[83] FRANÇA, Genival Veloso de. *In Medicina Legal* – 9ª ed. – [Reimp.]. – Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012, p. 79.

[84] Acerca das qualidades ostentadas pelas impressões digitais: *"Perenidade – os arabescos formados pelas cristas papilares na polpa dos dedos, na palma das mãos e na planta dos pés surgem no sexto mês de vida intrauterina, ou antes, conservando-se durante toda a vida e até depois da morte, desde que a pele esteja intacta, sendo destruídos apenas pela putrefação. Nesses casos, muitas vezes ainda é possível determinar a identidade pelas impressões digitais, quando o perito dispõe de resquícios de pele da polpa dos dedos. As impressões digitais são perenes, isto é, não mudam com o passar dos anos, como ocorre com o organismo em geral, apresentando o adulto e o velho os mesmos desenhos que tinham ao nascer; Imutabilidade – queimaduras de 1º e 2º graus, aplicação de acetona, formol e corrosivos, atritos da pele determinados por profissões, limagem dos dedos não destroem as cristas papilares, bastando 48 horas de repouso para que as impressões reapareçam, sem que tenham sofrido qualquer alteração; Variedade – os desenhos das cristas papilares são individuais, não tendo sido encontradas até hoje, em milhares de fichas dactiloscópicas, duas impressões digitais idênticas. Ainda mais: nos dedos de um mesmo indivíduo elas não são iguais. São a individualidade e a imutabilidade que conferem ingente valor à dactiloscopia. Os gêmeos univitelinos podem apresentar desenhos semelhantes, mas nunca iguais. Dois indivíduos podem ter a mesma ficha dactiloscópica, isto é, de classificação semelhante; nunca, entretanto, serão idênticas.*" CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *In* Manual de Medicina Legal – 8ª ed. – São Paulo. Saraiva: 2012, p. 108/109.

[85] CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *In* Manual de Medicina Legal – 8ª ed. – São Paulo. Saraiva, 2012, p. 105.

precário e de préstimos invalidados para a identificação, por ser passível de: retoques[86], alteração dos traços fisionômicos com o decorrer dos anos e o problema dos sósias[87]. Todavia, com o surgimento, no ano de 1882, em Paris, do método antropométrico de Bertillon[88], a fotografia passou a ser aceita como meio subsidiário de identificação criminal[89].

Nesse desiderato, cumpre prelecionar que a fotografia utilizada para fins de identificação criminal é denominada de: fotografia sinalética. Esta, por sua vez, nada mais é do que a fotografia comum, porém, com redução constante de 1/7 de frente e de perfil direito, disciplinada com exata distância focal, permitindo, dessa maneira, o cálculo da estatura exata do indivíduo. Outrossim, a comparação minuciosa dos elementos assim obtidos por superposição com outros elementos e o estudo de pormenores fixos da cabeça, como: altura de fronte, aspecto da fenda palpebral, diâmetros da boca e do nariz, contribuem para a identificação[90].

Cabe mencionar, ainda, que o reconhecimento fotográfico, quando impreciso e duvidoso, feito de maneira precipitada, sem o necessário confronto com outras fotografias referentes a indivíduos diversos, algo parecidos, não pode ser tido como apto a ensejar uma condenação, pois a tal desiderato é imprescindível a certeza plena quanto à autoria do delito. Contudo, quando estiver corroborado por outras provas diretas e circunstanciais, como a confissão extrajudicial do réu, pode legitimar o convencimento do julgador para condená-lo[91].

---

[86] CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *In* Manual de Medicina Legal – 8ª ed. – São Paulo. Saraiva, 2012, p. 105.

[87] FRANÇA, Genival Veloso de. *In Medicina Legal* – 9ª ed. – [Reimp.]. – Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012, p. 76.

[88] *"O assinalamento antropométrico de Bertillon refere-se: a) à fixação definitiva da ossatura a partir dos 20 anos; b) à variabilidade extrema dos esqueletos humanos entre si; c) à relativa precisão e facilidade de tomada das medidas do esqueleto e de determinadas partes do corpo. Observa-se assim que a antropometria não se aplica aos menores de 20 anos, pois eles ainda têm a ossatura em desenvolvimento, excluindo peremptoriamente as crianças. As medidas exatas, passiveis de erro por fator pessoal, nos velhos e nas mulheres, são difíceis de ser tomadas. Por isso, Bertillon adotou tabela de tolerância. Ademais, o processo tem o inconveniente de requerer tempo e técnicos experimentados"*. CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *In* Manual de Medicina Legal – 8ª ed. – São Paulo. Saraiva, 2012, p. 106.

[89] Idem, 2012, p. 105.

[90] Idem, 2012, p. 107.

[91] CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *In* Manual de Medicina Legal – 8ª ed. – São Paulo. Saraiva, 2012, p. 107.

3.2.3. Da Lei nº. 12.654/12 e uma terceira modalidade de identificação criminal: a coleta de material genético

Inegável a relevância do uso de material genético para a investigação preliminar. De fato, diversas são as vezes em que aquele se revela decisivo na definição do autor de um delito ou, até mesmo, na absolvição de um suspeito. Porém, não obstante a importância que a coleta de material genético tem para a *persecutio criminis*, cabe ressaltar que esta, não raro, está condicionada a uma comparação entre o material encontrado no local do crime e aquele a ser concedido pelo suspeito.

No que tange às células corporais encontradas no local da infração, corpo ou vestes da vítima ou em outros objetos, não há maiores problemas, posto que os perfis genéticos poderão ser coletados através de procedimentos há muito contemplados pela ordem jurídica nacional[92]. Neste sentido, não se discute a legitimidade da apreensão de objetos do imputado encontrados em sua residência ou no local do crime. Cumpre prelecionar, ainda, que, havendo o consentimento do suspeito, poderá ser realizada qualquer espécie de intervenção corporal, uma vez que o conteúdo da autodefesa é disponível e, assim, renunciável[93].

A celeuma se apresenta quanto às células obtidas diretamente do organismo do sujeito passivo, sem o seu consentimento. Nesta seara, adveio a Lei nº. 12.654, de 28 de maio de 2012, entrada em vigor em 28 de novembro do mesmo ano, que passou a disciplinar a matéria. O referido diploma legal prevê a coleta de material genético, como forma de identificação criminal. Para tanto, promoveu alterações em dois estatutos jurídicos, quais sejam, a Lei nº. 12.037/09, que disciplina a identificação criminal, incidindo, portanto, sobre a investigação preliminar; e a Lei nº. 7.210/84, que regula a Execução Penal. Dessa forma, em duas situações –

---

[92] Nessa intelecção, dispõe o CPP:
Art. 240 - A busca será domiciliar ou pessoal.
§ 1º - Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:
[...]
e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
[...]
h) colher qualquer elemento de convicção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm >. Acesso em: 15 de nov. de 2013.

[93] LOPES JR., Aury. In Direito Processual Penal. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 630.

investigado e condenado – haverá a submissão ao fornecimento de material genético[94].

Ocorre que, além das supramencionadas alterações, a Lei nº. 12.654/12 também previu a criação de bancos de dados, que abrigarão os perfis genéticos coletados. Todavia, as informações neles depositadas não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto para determinação genética de gênero, e terão caráter sigiloso[95]. Neste viés, sobreveio o Decreto nº. 7.950, de 12 de março de 2013, responsável pela criação do Banco Nacional de Perfis Genéticos (cuja função é armazenar os dados de perfis genéticos coletados, para subsidiar a apuração de crimes) e da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, que possuirá um Comitê Gestor[96], e tem por escopo possibilitar o compartilhamento e a comparação dos perfis genéticos que constam dos bancos da União, Estados e Distrito Federal.

---

[94] LOPES JR., Aury. In Direito Processual Penal. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 633.

[95] Nesse sentido, estabelece a Lei 12.654/12:
Art. 2º A Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:
"Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.
§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.
§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.
§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado."
"Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito."
"Art. 7º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 01 de dez. de 2013.

[96] O Comitê Gestor será integrado por cinco representantes do Ministério da Justiça, um da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e cinco representantes dos Estados ou do Distrito Federal, sendo um representante de cada região geográfica. Referido Comitê terá as seguintes atribuições: a promoção da padronização de procedimentos e técnicas de coleta, de análise de material genético e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Perfis Genéticos; a definição de medidas e padrões que assegurem o respeito aos direitos e garantias individuais nos procedimentos de coleta, de análise e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados; a definição de medidas de segurança para garantir a confiabilidade e o sigilo dos dados; a definição de requisitos técnicos para a realização de auditorias no Banco Nacional de Perfis Genéticos e na Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos e a elaboração de seu regimento interno. Cf. QUEIJO, Maria Elizabeth. *In O princípio nemo tenetur se detegere e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção de prova?*. Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 21, n. 250, p. 9, set., 2013.

Em linhas gerais, coletado o material, será armazenado no banco de dados de perfis genéticos, de onde poderá ser acessado pelas polícias estaduais e/ou federal mediante prévia autorização judicial. A extração se dará de forma “adequada e indolor”. Os dados coletados integrarão o banco de dados de perfis genéticos, assegurando-se o sigilo dos dados. Para fins probatórios, o código genético será confrontado com as amostras de sangue, saliva, sêmen, pelos, etc. encontradas no local do crime, no corpo da vítima, em armas ou vestes utilizadas para a prática do delito, por exemplo. A partir da comparação, será elaborado laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado que analisará a coincidência ou não[97].

Nessa intelecção, argui-se, em defesa da Lei nº. 12.654/12, que os bancos de dados com perfis genéticos incrementarão a eficiência da investigação penal e contribuirão para a redução da impunidade[98]. Dessa maneira, os autores de delitos seriam identificados com maior facilidade, ante a possibilidade de confronto entre os vestígios coletados no local do crime, ou mesmo no corpo da vítima, com aqueles constantes do multicitado banco de dados[99].

Não obstante discipline a coleta de perfil genético, o supracitado diploma aplica-se a situações distintas. Nesse diapasão, a finalidade da coleta do material biológico será diferenciada, em cada um dos casos, pois: enquanto para o investigado, destina-se a servir de prova para um caso concreto e determinado (crime já ocorrido); em relação ao condenado, a coleta se destina ao futuro, a alimentar o banco de dados de perfis genéticos e servir de apuração para crimes que venham a ser praticados e cuja autoria seja desconhecida[100].

No que tange ao suspeito, foi inserido o parágrafo único no art. 5º da Lei nº. 12.037, para prever a inclusão da coleta de material genético na situação descrita no art. 3º, IV, daquela Lei, ou seja: “*quando a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que*

---

[97] LOPES JR., Aury. In Direito Processual Penal. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 634.

[98] Ocorre que, realizada a comparação do perfil genético coletado com o armazenado no banco de dados, e, *“feita a constatação positiva, não quer dizer que a pessoa, independentemente de outras provas, tenha sido a responsável pelo crime. É uma suspeita permissiva para a realização de uma investigação preliminar, sem o conteúdo de certeza. “*. OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. *In* Nova Lei Penal: Coleta de Perfil Genético. Disponível em: < http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_perfil_genetico.pdf>. Acesso em: 29 de dez. de 2013.

[99] QUEIJO, Maria Elizabeth. *In O princípio nemo tenetur se detegere e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção de prova?*. Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 21, n. 250, p. 7, set., 2013.

[100] LOPES JR., Aury. In Direito Processual Penal. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 633.

decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa".

Sendo assim, ainda que o acusado apresente documento de identidade, poderá ser feita a identificação criminal e a extração compulsória de material genético, sempre que for *"essencial às investigações policiais"* e houver decisão judicial. Isto é, poderá o juiz determinar a extração coercitiva de material genético de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa, sendo que, neste último caso, por se tratar de interesse do próprio suspeito, não se vislumbra qualquer razão para que a extração se dê de forma compulsória[101].

Ademais, a Lei nº. 12.654/12 não definiu um rol de crimes nos quais poderia ser feita a extração de material genético – ao contrário da situação jurídica do condenado, em que, como se verá adiante, há uma definição taxativa dos delitos sobre os quais incide a *novel* modalidade de "identificação criminal". Com isso, abre-se a possibilidade de que a intervenção ocorra em qualquer delito, desde que necessária para comprovação da autoria, exigindo por parte da autoridade judiciária suma cautela[102].

Ainda em relação ao perfil genético do suspeito, este, somente será excluído do banco de dados "*no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito"*. Entretanto, cabe mencionar que o art. 7º do Decreto nº. 7.950/13 ampliou a dicção da Lei, ao prever, também, a possibilidade de a exclusão do perfil genético do banco de dados se dar *"em data anterior"*. Apesar da inovação promovida pelo recente edito, há que se chamar a atenção para o fato de não restarem estabelecidos quaisquer parâmetros para a fixação da aludida data, deixando-se inteiramente ao arbítrio do magistrado a sua definição[103].

Porém, como referido alhures, as alterações perpetradas pela Lei nº. 12.654/12[104] não se limitam ao acusado/suspeito, abrangendo, também, o condenado, por determinados crimes.

---

[101] LOPES JR., Aury. In Direito Processual Penal. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 636.
[102] Idem, 2013, p. 636.
[103] QUEIJO, Maria Elizabeth. *In O princípio nemo tenetur se detegere e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção de prova?*. Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 21, n. 250, p. 7, set., 2013.
[104] *Art. 3º A Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução penal, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 9º-A:*
"Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

Nesta perspectiva, o aludido estatuto jurídico determina a coleta obrigatória de material genético daqueles que tenham praticado crime hediondo ou crime doloso "cometido com violência de natureza grave contra pessoa". Em ambas as hipóteses, o material genético irá para o banco de dados visando ser usado como prova em relação a fatos futuros. Cabe ressaltar, que a intervenção corporal, aqui, é obrigatória, prescindindo-se, portanto, de autorização judicial para a coleta do perfil genético do condenado. Referida autorização somente se fará necessária, quando do acesso ao banco de dados que contenha o material genético do apenado.

Por fim, apesar da Lei não ter estabelecido prazo para a exclusão do perfil genético dos bancos de dados com relação aos condenados, a doutrina pátria se esforça em fazê-lo. Neste sentido, enquanto para Maria Elizabeth Queijo tal exclusão se dará no término do prazo prescricional para o delito[105], numa analogia ao quanto aplicado ao investigado; para Aury Lopes Júnior, aplicar-se-á o prazo previsto para se requerer a habilitação[106].

3.3. DA PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Oriundo do latim *probatio*, o termo prova[107] significa: ensaio, verificação, inspeção, argumento, razão, aprovação ou confirmação[108]. Trasladando o referido conceito para o mundo jurídico, é possível afirmar que a atividade probatória consiste no conjunto de atos empreendidos pelas partes, com o escopo de levar ao juiz a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou

---

§1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.
§2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 03 de dez. de 2013.

[105] QUEIJO, Maria Elizabeth. *In O princípio nemo tenetur se detegere e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção de prova?*. Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 21, n. 250, p. 8, set., 2013.

[106] LOPES JR., Aury. *In* Direito Processual Penal. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 636.

[107] Para Guilherme de Souza Nucci, existem *"três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato"*. NUCCI, Guilherme de Souza. *In* Manual de Processo Penal e Execução Penal. 7ª Ed., rev., atual. e ampl., Revista dos Tribunais, 2011,.p. 384-385

[108] Idem, 2011, p. 384.

veracidade de uma afirmação[109]. Assim, é na fase da instrução probatória que serão utilizados os elementos disponíveis para descortinar a "verdade" do que se alega, na busca de um provimento judicial favorável[110].

Nesse desiderato, o objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa[111]. Dessa maneira, é possível afirmar que o processo penal é um instrumento de retrospecção, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico, o que, por sua vez, decorre do paradoxo temporal inerente ao ritual judiciário consubstanciado em um juiz julgando no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã)[112].

Patente, portanto, a importância da prova para o processo penal – não obstante o fato de a instrução probatória já se iniciar no inquérito policial –, pois que, através dela, pretende-se recriar condições para que o magistrado exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual produzirá o convencimento externado na sentença. Nessa linha, a relação jurídico-processual-penal e as provas nela admitidas integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, os quais formarão a convicção daquele, bem como legitimarão o poder contido na sentença[113].

Nesse diapasão, apenas os fatos sobre os quais pairem dúvidas acerca da sua configuração e que tenham relevância para o julgamento da causa podem ensejar a produção de provas no processo penal, uma vez que os fatos axiomáticos ou intuitivos (aqueles que são evidentes); notórios (de conhecimento geral); as presunções legais (conclusões decorrentes da própria lei); e os fatos inúteis

---

[109] Ainda neste sentido, preleciona Claus Roxin: *"probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existência de um hecho"*. ROXIN, Claus. *In Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 185.

[110] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *In* Curso de Direito Processual Penal – 6ª ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2011, p. 357/358.

[111] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *In* Manual de Processo Penal. 15ªed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 563-564.

[112] LOPES JR., Aury. *In* Direito Processual Penal – 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 535.

[113] LOPES JR., Aury. *In* Direito Processual Penal – 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 536.

(aqueles que não influenciam na solução da causa)[114], não são aptos a desencadear a dilação probatória.

No que pertine à apreciação das provas[115] no processo penal brasileiro, impende salientar que o ordenamento pátrio filiou-se ao Sistema do Livre Convencimento Motivado ou da Persuasão Racional do juiz[116]. De acordo com o referido Sistema, o magistrado é livre para decidir e apreciar as provas que lhes são apresentadas, desde que o faça de forma motivada (art. 93, IX, CRFB[117]). É o que se extrai do art. 155 do Código de Processo Penal, que dispõe: *"O juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial [...]"*. Nessa intelecção, não há que se falar em hierarquia entre as provas no processo penal brasileiro, cabendo ao juiz imprimir na decisão o grau de importância das provas produzidas[118].

Cumpre prelecionar, ainda, que o rito processual estabelecido para a produção de provas compreende quatro momentos distintos[119]. São eles: a)

---

[114] RANGEL, Paulo. *In* Direito Processual Penal. 12ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com: Lei 11.313/06 – JECRIM, Lei 11.340/06 – Violência Doméstica e Lei 11.343/06 – Drogas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 401-402.

[115] No que tange aos sistemas de apreciação das provas, destacam-se, além do Sistema do Livre Convencimento Motivado ou da Persuasão Racional, o *Sistema da Certeza Moral do Juiz ou da Íntima Convicção*, em que o magistrado está completamente livre para decidir, despido de quaisquer amarras, estando motivado de dispensar a decisão; e o *Sistema da Certeza Moral do Legislador, das Regras Legais ou da Prova Tarifada*, onde a lei estipula o valor de cada prova estabelecendo inclusive hierarquia entre estas, praticamente aniquilando a margem de liberdade apreciativa do magistrado. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *In* Curso de Direito Processual Penal – 6ª ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2011, p. 380.

[116] Com efeito, o item VII, da Exposição de Motivos do CPP, assim o indica: *"o projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal. [...] nem é prefixada uma hierarquia de provas; na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena da sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência".*

[117] *Art. 93. Omissis*
[...]
IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 de dez. de 2013.

[118] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *In* Curso de Direito Processual Penal – 6ª ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2011, p. 380/381.

[119] Neste sentido, disserta Valter Kenji Ishida: *"Proposição (1º momento): refere-se ao instante do processo para o requerimento de produção da prova. Regra geral, as provas devem ser propostas com a peça acusatória, com a defesa prévia, ou, ainda, com o libelo, contrariedade. A única prova passível de ser requerida pelas partes ou determinada ex officio pelo juiz, em qualquer fase processual, inclusive em grau de recurso, consiste no incidente de insanidade mental; Admissão (2º momento): é o ato processual específico e personalíssimo do juiz de examinar as provas propostas pelas partes e seu objeto, deferindo ou não a sua produção. Sendo a regra o deferimento, exceto no*

Proposição: momento de requerer as provas que devem ser produzidas na instrução processual. Normalmente o requerimento de produção probatória é apresentado na inicial acusatória, para o Ministério Público ou o querelante e na resposta preliminar (art. 396-A, CPP), para a defesa; b) Admissão: é nesta etapa do procedimento que a autoridade judicial autorizará a realização das provas requeridas; c) Produção: esta é a etapa de confecção da prova que foi requerida. Neste momento, a instrução começa a tomar concretude; d) Valoração: caberá ao magistrado no *decisum* manifestar-se acerca de todas as provas produzidas, revelando o porquê do seu convencimento[120].

Nesta oportunidade, há que se ressaltar a inadmissibilidade, no processo penal brasileiro, das provas obtidas de maneira ilícita[121]. Todavia, se, porventura, a prova ilicitamente obtida foi encartada aos autos, impõe-se o desentranhamento da mesma[122].

---

que tange às provas impertinentes ou protelatórias; Produção (3º momento): conjunto de atos processuais que devem trazer a juízo os diferentes elementos de convicção oferecidos pelas partes; Valoração (4º momento): é o exercício valorativo exercido pelo juiz em relação às provas produzidas, emprestando-lhes a importância devida, de acordo com a sua convicção". ISHIDA, Valter Kenji. In Processo Penal. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 2010, p. 126.

[120] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *In* Curso de Direito Processual Penal – 6ª ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2011, p. 384/385.

[121] Nesta linha, dispõe o art. 157, CPP:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1o São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2o Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3o Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§4o (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 13 de dez. de 2013.

[122] Impende salientar, por oportuno, a existência de duas correntes doutrinárias que admitem a utilização das provas ilicitamente obtidas. Consoante a primeira corrente, a prova ilícita, em certos casos, tendo em vista a relevância do interesse público a ser preservado e protegido, poderia ser admitida. Neste viés, aceita a prova ilícita, em casos excepcionais e graves, quando a obtenção e a admissão forem consideradas a única forma possível e razoável para proteger a outros valores fundamentais. No Brasil, é adotada com reservas, sobretudo, nas questões de direito de família. Em matéria penal, são raras as decisões que a adotam, a exemplo das proferidas pelo STJ nos seguintes julgados: HC 3.982, RSTJ 82/322 e ss., jun., 1996 e HC 4.138, RF 336/394, out./dez., 1996. Ambos, de relatoria do Ministro Adhemar Maciel. A segunda corrente, por sua vez, preleciona que a prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu. Trata-se da

Nesse sentido, cabe mencionar que a doutrina pátria classifica a prova ilegal como um gênero, do qual são espécies: a prova ilegítima – quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo[123]. Exemplos: juntada fora do prazo, prova unilateralmente produzida etc. –; e a prova ilícita (é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta ou concomitantemente ao processo, mas sempre exterior a este. Exemplos: interceptação telefônica ilegal, quebra ilegal do sigilo bancário e/ou fiscal etc.)[124].

3.3.1. Das provas que dependem da colaboração do acusado para a sua produção e impliquem em intervenções corporais

A produção de provas que dependam da colaboração do acusado encontra-se, irremediavelmente, vinculada à busca da "verdade real", tão propagada no âmbito processual penal, caracterizando-se, também, como reminiscência do processo penal inquisitório, que enxergava, no acusado, um objeto de prova.

Ocorre que, com o advento do modelo acusatório de processo penal, a regra passou a ser a busca de provas que independam da participação do acusado para a sua produção, em atendimento ao princípio *nemo tenetur se detegere*, uma vez que dele decorre a vedação à autoincriminação. Entretanto, o referido princípio não pode ser concebido como direito absoluto do acusado, pois, caso contrário, impossibilitaria, em diversos casos, a *persecutio criminis*, acarretando, assim, a total frustração do interesse público na apuração dos delitos e de seus respectivos autores.

Neste viés, exsurgem as provas que dependem da colaboração do suspeito para a sua configuração. Estas, por sua vez, são comumente divididas entre aquelas que implicam intervenções corporais (as quais se subdividem em provas invasivas e

---

proporcionalidade *pro reo*, em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova. Nesse sentido, HC 74.678, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ: 15/08/1997. LOPES JR., Aury. *In* Direito Processual Penal – 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 596-597.

[123] ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição – Originais cedidos pela autora – *apud* LOPES JR., Aury. *In* Direito Processual Penal – 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 593.

[124] LOPES JR., Aury. *In* Direito Processual Penal – 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 593.

provas não invasivas. Ambas, retratadas nas linhas subsequentes) e as que não ensejam intervenções corporais.

Todavia, antes de proceder a um exame mais acurado das provas invasivas e não invasivas, impende ressaltar, que o ordenamento pátrio não alberga dispositivos que versem acerca do dever ou não de colaboração do acusado. Dessa maneira, o tratamento dado à matéria baseia-se nos direitos fundamentais que tutelam a integridade física e moral do acusado, bem como à sua intimidade e o direito de não produzir provas contra si mesmo e, em contrapartida, nos direitos atinentes à produção de provas e à segurança pública.

3.3.1.1. Das provas invasivas

As provas invasivas são aquelas que, para serem produzidas, demandam a intervenção corporal. Esta, por sua vez, consiste na realização de atos de investigação ou obtenção de provas no corpo do próprio acusado[125]. Assim, consideram-se invasivas as intervenções corporais que pressupõem penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não[126].

Nesse diapasão, são exemplos de provas invasivas: os exames de sangue em geral, o exame ginecológico e a identificação dentária, e, ainda, a endoscopia e o exame do reto, os quais são frequentemente empregados em buscas pessoais. Estas, no entanto, podem se dar através de intervenções corporais invasivas ou não[127].

3.3.1.2. Das provas não invasivas

Provas não invasivas são aquelas que, muito embora sejam provenientes do corpo humano, não demandam a penetração deste. Nessa intelecção, é que as provas realizadas mediante intervenção corporal não invasiva têm particular

---

[125] HERNÁNDEZ, Ângel Gil. *In Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Madri: Colex, 1995, p. 37.

[126] QUEIJO, Maria Elizabeth. *In* O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 290.

[127] Idem, 2012, p. 290.

interesse para o processo penal, haja vista o fato de conciliarem às exigências da persecução penal o respeito aos direitos fundamentais do acusado[128].

Dentre as provas não invasivas[129], é possível citar: os exames de matérias fecais; exames de DNA a partir de fios de cabelo e pelos; as identificações dactiloscópica, das impressões dos pés, unhas e palmar, bem como as radiografias, utilizadas em buscas pessoais[130].

Nesse desiderato, as provas não invasivas não violam a intimidade e a integridade física, posto que realizadas com material descartado pelo indivíduo. Sendo assim, não há que se falar numa violação ao direito de não produzir provas contra si mesmo[131].

Ante o exposto, é de se notar que a principal diferença entre as provas que demandam a colaboração do acusado para a sua produção é que, enquanto nas provas invasivas necessita-se da penetração, por instrumentos ou substâncias, no corpo do acusado; nas provas não invasivas prescinde-se da referida penetração, uma vez que são utilizados os vestígios deixados pelo suspeito.

---

[128] QUEIJO, Maria Elizabeth. *In* O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 295-296.

[129] Nesta esteira, cumpre mencionar duas situações de repercussão nacional: *"Caso emblemático na justiça brasileira, julgado em 24 de agosto de 2003, foi o de Roberta Jamily e seu irmão Pedrinho. Nessa situação, a mãe de Roberta, Vilma Martins Costa, estava sendo processada pelo suposto sequestro de Pedrinho quando este era um recém-nascido e, no decorrer da investigação, surgiram diversas evidências de que Roberta também teria sido sequestrada na maternidade. Essa, então, foi chamada para prestar declarações na polícia e, no decorrer da oitiva não se mostrou disposta a ajudar na investigação, além de afirmar que não ofereceria material genético para a comparação com o da provável mãe biológica. Durante as declarações, Roberta fumou um cigarro e deixou a bagana no lixo da Delegacia, o Delegado recolheu o objeto e o mandou à perícia, para analisar a saliva deixada nele. Após a análise, restou demonstrado que era filha de Francisca Maria Ribeiro da Silva, e, portanto, realmente havia sido vítima de sequestro. Situação análoga, ocorreu no caso da cantora mexicana Gloria Trevi, a qual afirmava que, enquanto esteve presa na Superintendência da Polícia Federal, teria sido vítima de estupro e, da violência, teria engravidado. Importante citar que, enquanto presa, a cantora não tinha autorização para receber visita íntima. A Polícia Federal abriu sindicância para investigar o caso, que não obteve nenhum resultado concreto, sendo a única alternativa que havia restado o exame de DNA no filho, comparando o material com os supostos pais. Fato é que Gloria Trevi não permitiu que se coletasse material para a comparação, mas o Supremo Tribunal Federal decidiu que a placenta do bebê poderia ser utilizada para a realização do exame, visto que, nesse caso, o interesse público (conhecer o pai do recém nascido) era maior que o interesse individual da cantora. Após a realização do exame, ficou concluído que o filho era do seu empresário, Sérgio Andrade, restando então aceita a teoria que a presa utilizou-se de inseminação artesanal para engravidar."* SILVA, Rodrigo Vaz. *In* Da utilização do exame de DNA no Direito Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8468>. Acesso em: 13 de dez. de 2013.

[130] QUEIJO, Maria Elizabeth. *In* O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 296.

[131] CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. Prova Científica: Exame Pericial do DNA. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 101.

Por fim, cumpre mencionar a existência de provas que, embora não acarretem intervenção corporal no acusado, para a sua produção, dependem da cooperação deste. Entre elas, encontram-se: a acareação, a reconstituição do fato, o exame grafotécnico, o etilômetro e o exame clínico para a verificação da embriaguez[132].

[132] QUEIJO, Maria Elizabeth. *In* O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 299.

4. DO DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO E A COLETA DE MATERIAL GENÉTICO DO ACUSADO/CONDENADO

O presente capítulo tem por escopo proceder a uma análise da mais recente hipótese de "identificação criminal", contemplada pelo ordenamento pátrio, à luz do direito de não produzir provas contra si mesmo. Para tanto, empreender-se-ão esforços no sentido de estabelecer a real natureza da coleta de material biológico do acusado/condenado: Identificação criminal, como sugere a Lei nº. 12.654/12, ou, colaboração na produção de provas?

Nessa perspectiva, exsurge a questão da suposta violação a direitos fundamentais[133] do investigado/apenado. Estaria o novo diploma legal lançando por terra postulados como: presunção de inocência, dignidade da pessoa humana e, sobretudo, vedação à autoincriminação? É nesta senda, que se impõe o exame da efetividade da Lei nº. 12.654/12 e das inovações por esta perpetradas na legislação nacional.

4.1. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL OU COLABORAÇÃO NA PRODUÇÃO DE PROVAS?

A Lei nº. 12.654/12, estabelece a coleta de material genético do acusado e do condenado, por determinados crimes, como a mais recente modalidade de "identificação criminal", promovendo, assim, consideráveis alterações em dois estatutos jurídicos brasileiros, quais sejam, as Leis nºs. 12.037/09 (Lei de Identificação Criminal) e 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Nesse diapasão, a supracitada norma inovou, ao estabelecer a coleta compulsória do perfil genético do acusado/condenado – uma vez que a coleta voluntária de material biológico sempre esteve autorizada pelo ordenamento pátrio[134], bem como pelo fato de inexistir, na aludida Lei, qualquer dispositivo que

---

[133] *"O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humano fundamentais."*. MORAES, Alexandre. *In* Direitos humanos fundamentais. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 39.

[134] LOPES JR., Aury. *In Lei 12.654/12: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?*. Boletim IBCCRIM. nº. 236, julho de 2012, p. 5-6.

preveja o consentimento do investigado/apenado como *conditio sine qua non* para a feitura da referida extração[135].

Com efeito, para que se opere a coleta do perfil biológico no acusado, basta, apenas, a ocorrência de dois requisitos, são eles: que aquela se revele "necessária às investigações policiais" e que haja decisão da autoridade judiciária competente, a qual poderá determiná-la de ofício, ou mediante representação, da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa (neste caso, conforme salientado linhas acima, não se vislumbra a hipótese de coleta coercitiva de material genético, enquadrando-se, portanto, como direito de defesa do indiciado).

Impende salientar, ainda, que o *novel* diploma não elencou os tipos penais ensejadores da recente modalidade de "identificação criminal" sobre a pessoa do investigado, deixando tal decisão, exclusivamente, ao arbítrio do magistrado[136].

Outrossim, estabeleceu o mencionado edito, a extração compulsória de material genético daqueles que tenham sido condenados por crime praticado *"dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa"*, e dos que tenham sido apenados por qualquer dos tipos elencados no art. 1º da Lei nº. 8.072/90[137], ou

---

[135] HAMMERSCHMIDT, Denise. *In 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, p. 157.

[136] LOPES JR., Aury. *In Lei 12.654/12: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?*. Boletim IBCCRIM. Nº. 236, julho de 2012, p. 5-6.

[137] Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de1994) (Vide Lei nº 7.210, de 1984)

I- homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º,I, II, III, IV e V); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de1994)

II- latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

IV- extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º,2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

V - estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

VII-A – (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.930, de 1994). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 25 de dez. de 2013.

seja, por crimes hediondos[138]. Prescindindo-se, em ambos os casos, de autorização judicial para a realização da coleta do material genético[139].

Feita esta breve recapitulação acerca do âmbito de incidência da supracitada norma, emerge a indagação tema do presente estudo. Seria a coleta de material genético do suspeito/apenado uma nova modalidade de identificação criminal, ou uma afronta ao direito de não produzir provas contra si mesmo, implicando, consequentemente, numa colaboração na produção de provas por parte dos sujeitos passivos da relação jurídico-processual-penal?

Nesta senda, tem se dividido a doutrina pátria entre aqueles que defendem que a extração compulsória de material genético não representa qualquer violação ao *nemo tenetur se detegere*, posto que, além de evitar o erro judiciário da troca de identidades nos processos criminais[140], contribuiria para a eficiência da investigação penal, bem como para a redução da impunidade, devendo, portanto, ser incentivada; e os que vislumbram, na referida técnica, a morte da vedação à autoincriminação[141], a qual, por encontrar-se albergada na Carta Política de 1988, acarretaria a inconstitucionalidade da Lei nº. 12.654/12[142]

---

[138] Neste viés, cumpre mencionar que os condenados por crimes equiparados a hediondos, quais sejam: terrorismo, tráfico de drogas e tortura, não serão submetidos à extração compulsória de seus perfis genéticos, pois, caso contrário, estar-se-ia admitindo analogia *in malam partem*, haja vista o fato de a Lei nº. 12.654/12 nada prever a respeito.

[139] LOPES JR., Aury. *In Lei 12.654/12: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?*. Boletim IBCCRIM. Nº. 236, julho de 2012, p. 5-6.

[140] NUCCI, Guilherme de Souza. In A Lei nº. 12.654/12 (Identificação Criminal via DNA) é (In) constitucional?: entre NUCCI e LOPES JR., duas visões. Disponível em: <http://discursoracional.blogspot.com.br/2012/06/lei-n-1265412-identificacao-criminal.html>. Acesso em: 27 de dez. de 2013.

[141] LOPES JR., Aury. *In Lei 12.654/12: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?*. Boletim IBCCRIM. Nº. 236, julho de 2012, p. 5-6.

[142] Nesse desiderato, dispõem Rogério Sanches Cunha e Luiz Flávio Gomes: *"A inovação, nesse ponto específico (obrigatoriedade do fornecimento de material), nos parece inconstitucional (enquanto enfocada como obrigatoriedade no fornecimento de material genético). A Carta Maior elenca, no art. 5º, como garantias fundamentais de todo cidadão: a) não ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (LVII);b) quando preso, ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado… (LXIII).Dessas garantias constitucionais resulta (por meio do princípio da interpretação efetiva) outra, qual seja, de não produzir prova contra si (nemo tenetur se detegere), direito implícito na CF/88 e expresso no art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada), da qual o Brasil é signatário. Diante desse quadro, ao se obrigar alguém a fornecer material para traçar seu perfil genético, mesmo que de forma indolor, é constrangê-lo a produzir prova contra si mesmo. Deve ser lembrado que a mesma discussão foi travada com a edição da "Lei Seca", tendo o STJ decidido (seguindo precedentes do STF) que o motorista não pode ser obrigado a participar do "teste do bafômetro" ou fornecer material para exame de sangue, sob pena de violar a garantia da não autoacusação. Conclusão: o condenado (ou investigado ou acusado) pode se recusar a fornecer o material para a identificação do seu perfil genético."*. CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio. In Lei 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade (?). Disponível em: < http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/06/04/lei-12-65412-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade/>. Acesso em: 28 de dez. de 2013.

Compulsando o aludido estatuto, revela-se pertinente a segunda corrente. De fato, é de se perceber que a coleta de material genético dos retromencionados sujeitos tem, como primordial intento, a identificação de autoria de delito, seja em persecuções penais futuras, ou naquelas que ainda se encontram em trâmite. Assim, a extração do perfil biológico, em verdade, presta-se à comprovação de autoria/participação em crime. Revelando, portanto, uma destinação eminentemente probatória[143].

Nesse diapasão, a coleta de material genético do acusado/condenado, transvestindo-se numa moderna técnica de "identificação criminal", na realidade, tem por escopo servir de meio de prova para investigações penais, em curso ou futuras. À vista disso, a extração de perfil biológico não consiste em simples medida de identificação criminal, como faz crer a Lei nº. 12.654/12, mas sim em providência investigatória destinada à identificação do autor do crime, o que a qualifica como um autêntico elemento de prova[144].

Outro não é o entendimento de Maria Auxiliadora Minahim, consoante a qual:

> Se as amostras retiradas constituírem meio de prova, como tudo indica que o seja, estar-se-á, então, diante de uma franca violação do princípio inscrito no inciso LXIII, artigo 5 º da Constituição Federal que assegura o direito ao silêncio. Em respeito ao *nemo tenetur se detegere*, que literalmente, significa que ninguém é obrigado a se descobrir, ou melhor, ninguém tem o dever de produzir prova em seu desfavor, os tribunais brasileiros têm recusado o fornecimento de qualquer outro material capaz de possibilitar a identificação de um suspeito. Assim, tem ocorrido com padrões gráficos e também com padrões vocais solicitados para efeito de prova pericial que foram negados pelo Supremo Tribunal Federal, entendendo-se que era direito dos acusados a recusa em fornecer material para exame que poderia lhes ser desfavorável[145].

Ainda nessa intelecção, cumpre salientar que, enquanto a identificação dactiloscópica e fotográfica são partes da providência de qualificação do indiciado no

---

[143] PHILIPPI, Maiara Nuernberg. *In Coleta de Perfil Genético no Processo Penal Brasileiro: Análise da Lei nº. 12.654/12*. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/104362/MONOGRAFIA%20%20Maiara%20Nuernberg%20Philippi%20-%20PDF%20A.pdf?sequence=1>. Acesso em: 29 de dez. de 2013.

[144] MACHADO, Antônio Alberto. *In* Identificação Criminal pelo DNA. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf>. Acesso em: 30 de dez. de 2013.

[145] MINAHIM, Maria Auxiliadora. *In Lei 12.654: identificação genética ou obtenção constrangida da prova?.* Publicado em: Jornal Carta Forense, 02/07/2012. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838>. Acesso em: 31 de dez. de 2013.

inquérito, a identificação genética é medida investigatória, isto é, medida destinada a coletar prova. Dessa maneira, não é possível estabelecer qualquer similitude entre a identificação criminal pela fotografia ou pela impressão digital – meios normais de identificação das pessoas, inclusive civilmente –, com a "identificação" genética pelo DNA, medida destinada a apurar a autoria do delito[146].

Sendo assim, a perícia genética consiste em verdadeiro meio de prova, e não simples identificação de indiciados e réus. Nesse desiderato, enquanto os indiciados em geral estão obrigados a se submeterem à identificação criminal pelos meios tradicionais, quais sejam: fotografia e impressões digitais, não poderão, entretanto, ser obrigados a fornecer material biológico para exame de DNA, isto em face do princípio da não autoincriminação, consoante o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo[147].

Deveras, o que se pretende, por meio da extração do material genético dos já referidos sujeitos, é a realização de perícia. Nesse diapasão, inconteste se torna o fato de sobre aquela incidir a garantia da vedação à autoincriminação, inexistindo, por conseguinte, dever de colaboração por parte daqueles. Daí a consequência de que a recusa em cooperar não pode levar à configuração do crime de desobediência, nem tampouco se pode admitir a execução coercitiva tendente à produção da prova. Da mesma maneira, a recusa não poderá implicar em qualquer consequência negativa ao investigado/apenado[148].

Nesse sentido, elucidativas se fazem as lições de Renato Brasileiro de Lima, conforme o qual, se a Constituição Federal (art. 5º, LXIII) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto nº. 678/92, art. 8º, §2º, *"g"*) asseguram ao suspeito, indiciado, acusado, ou condenado, esteja ele solto ou preso, o direito de não produzir prova contra si mesmo, do exercício desse direito não pode advir nenhuma consequência que lhes seja prejudicial, caso contrário, estar-se-ia negando a própria existência do aludido direito[149].

---

[146] MACHADO, Antônio Alberto. In Identificação Criminal pelo DNA. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf>. Acesso em: 30 de dez. de 2013.

[147] Idem.

[148] Outro não é o entendimento de Guilherme Madeira Dezem: *"ausente o consentimento, não poderá ser admitido este meio de prova; e, além disso, não poderá ser extraída qualquer consequência negativa para o acusado [...]".* DEZEM, Guilherme Madeira. Da Prova Penal: Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas: (Atualizado de acordo com as Leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08). 1ª ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008, p. 195.

[149] LIMA, Renato Brasileiro de. *In Curso de Processo Penal*. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 52.

Prossegue o mencionado autor, dispondo que, o exercício do *nemo tenetur se detegere* não pode ser utilizado como argumento a favor da acusação, não podendo, assim, ser valorado na fundamentação de decisões judiciais e, nem tampouco, ser utilizado como elemento para a formação da convicção do órgão julgador. Isto porque, do exercício desse direito não podem ser extraídas presunções em desfavor do acusado, haja vista o fato de militar, em seu beneficio, o princípio da presunção de inocência[150] (art. 5ª, LVII, CF)[151], de cuja regra probatória deriva que o ônus da prova recai integralmente sobre a acusação[152].

---

[150] No entanto, cumpre salientar que o referido princípio vem sendo relativizado, sobretudo, com o advento da Lei Complementar nº. 135/2010, popularmente conhecida como Lei da Ficha Limpa. Nesse desiderato, elucidativas se fazem as lições de Raul Lycurgo Leite: *"O artigo 14 da Carta da República de 1988 estabeleceu as condições básicas de elegibilidade e inelegibilidade. Estabeleceu, porém, que, por meio de Lei Complementar, outras hipóteses de inelegibilidade poderiam ser estabelecidas. Foi dentro deste contexto constitucional que a Lei Complementar 135/2010 foi editada, alterando a LC 64/1990, para estabelecer, de acordo com o artigo 14, parágrafo 9º, da CF/1988, outros casos de inelegibilidade, além daqueles já constantes do artigo 14, e os prazos de sua cessação, sempre a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração pública. Dentre os pontos mais importantes, está o artigo 1º, inciso I, alíneas "d", "e", "h", "j", "l" e "n" da LC 64/1990, alterados pela LC 135/2010, onde estão os casos de inelegibilidade daqueles que forem condenados por um colegiado de Magistrados, ainda que a decisão final não tenha transitado em julgado."* LEITE, Raul Lycurgo. *In* Ficha Limpa não viola a presunção de inocência. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-set-09/lei-ficha-limpa-nao-viola-presuncao-inocencia>. Acesso em: 20 de jan. de 2014.

[151] Ainda no que tange à relativização do princípio da presunção de inocência, promovida pela Lei Complementar nº. 135/2010, disserta Maurício Gentil: *"Ao concluir o julgamento das ADCs n°s 29 e 30 e ADI 4578 (julgamento finalizado na data de 16/02/2012), o STF, por maioria de 7 x 4, decidiu que a Lei do Ficha Limpa não viola a presunção constitucional de inocência (compuseram a maioria os Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Carmem Lúcia, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Rosa Weber; compuseram a minoria os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso). Prevaleceu, em resumo, a tese segundo a qual quando alguém é condenado criminalmente, mas ainda pende julgamento de recurso que pode reverter o resultado da condenação, tem a garantia de não já ser considerado culpado, porque o prejuízo que pode advir a esse alguém diante de uma futura absolvição no julgamento do recurso pode ser irreparável ou de difícil reparação, como por exemplo se já fosse obrigado a cumprir pena (que poderia ser de prisão) e depois ser julgado que a pena era incabível e injusta. Mas quando alguém for impedido de obter o registro de sua candidatura por ter sua vida pregressa considerada ofensiva à probidade administrativa e à moralidade para a representação democrática (ainda que sem condenação definitiva) e vier a obter futura absolvição em julgamento de recurso, o benefício da dúvida foi coletivo, porque diante da razoabilidade melhor terá sido evitar a candidatura daquele que poderia ser realmente culpado e ter uma vida pregressa que não recomendasse o exercício de mandatos eletivos, em prejuízo da autenticidade maior do sistema democrático-representativo. E o prejuízo individual terá sido apenas a frustração de um direito potencial de representar segmentos da sociedade, mas sem maiores sequelas individuais, como seria o cumprimento imediato de pena injusta. É a consagração de que a garantia constitucional da presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença condenatória é garantia própria ao direito penal, mas não aplicável ao direito eleitoral, não aplicável ao tema das inelegibilidades, não aplicável à proteção constitucional à autenticidade e pureza do sistema democrático-representativo."* GENTIL, Maurício. *In* Constitucionalidade da "Lei do Ficha Limpa". Disponível em: <http://www.infonet.com.br/mauriciomonteiro/ler.asp?id=125009&titulo=mauriciomonteiro>. Acesso em: 20 de jan. de 2014.

[152] LIMA, Renato Brasileiro de. *In Curso de Processo Penal*. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 52.

Agora, voltando os olhos mais atentamente à questão da coleta compulsória do perfil genético do condenado, infere-se que esta consiste em medida de constitucionalidade, no mínimo, duvidosa[153], uma vez que, quando da execução da pena, já existe decisão condenatória definitiva, nada mais havendo que se provar, ante a extinção do processo criminal por aquela provocada. Neste viés, o armazenamento de material biológico do apenado constitui providência destinada a esclarecer a autoria de futuros delitos, o que, por sua vez, implica numa espécie de "prova pré-constituída"[154], desembocando, consequentemente, numa flagrante afronta ao *nemo tenetur se detegere*.

4.2. VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Com o advento da Carta Política de 1988, a elevação da dignidade da pessoa humana ao *status* de princípio orientador do Estado Democrático de Direito Brasileiro, e a decorrente constitucionalização do Direito Penal e Processual Penal, incontestável tornou-se a tutela do indivíduo como sujeito de direitos, e não mais como um simples objeto de prova. Deveras, não se pode mais negar a vinculação e, por que não dizer a submissão, das aludidas esferas do Direito ao quanto disposto na *Lex Mater*, ressaltando-se, sobremaneira, os direitos e garantias fundamentais[155].

---

[153] No mesmo sentido, disserta Rogério Tadeu Romano: *"Pateticamente inconstitucional o artigo 9º - A da Lei das Execuções Penais, Lei 7.210/84, que foi acrescentado pela Lei 12.654, quando determina que os condenados por crimes dolosos, praticados com violência grave à pessoa, e os chamados 'crimes hediondos', que são previstos na Lei 8.072/90, serão, de forma obrigatória, submetidos à identificação de seu perfil genético, pelo exame do DNA, cujos dados devem ficar armazenados num banco, que a lei diz que deve ser sigiloso, acessível apenas por ordem judicial, ou seja, um banco de perfis, até que se dê a prescrição da pretensão executória da pena, ou uma vez cumprida a pena que se perfaça o tempo necessário à reabilitação do condenado. Clama a justiça o fato de que, com a execução penal, por óbvio, nada mais há esclarecer. Então por que fazer uma identificação de perfil genético do executado, pelo seu DNA? Será para esclarecer crimes futuros? Afinal, onde estará o princípio da presunção de inocência? Ademais, se ninguém é obrigado a produzir prova contra si, então, qual a razão de tal perícia genética, nessa altura do processo? O caminho é sua inconstitucionalidade patética. [...] Referendar um cadastro genético nacional de condenados em crimes graves é trilhar o caminho do Estado da Segurança Pública, em oposição ao Estado de Direito e das liberdades públicas. Assim se inserindo, volveríamos, de forma condenável, ao sistema inquisitivo, da supremacia do interesse público, em que a pessoa, ao invés de estar em situação de inocência, passaria ao estado de suspeição."*. ROMANO, Rogério Tadeu. In Identificação criminal pelo DNA: uma experiência lombrosiana. Disponível em: <http://www.jfrn.gov.br/jfrn/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina305-identificacao-criminal-pelo-dna.pdf>. Acesso em: 12 de jan. de 2014.

[154] MACHADO, Antônio Alberto. *In* Identificação Criminal pelo DNA. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf>. Acesso em: 30 de dez. de 2013.

[155] Nesse diapasão, impende salientar as palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco: *"As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao*

Contudo, antes de adentrarmos à análise da possível violação a direitos e garantias fundamentais do acusado/condenado, promovida pela Lei nº. 12.654/12, necessário se faz o exame mais acurado da condição normativa por aqueles ostentada no ordenamento pátrio. Seriam, os direitos fundamentais, princípios, ou regras? Tal questionamento, tem, por pressuposto, a distinção entre normas-princípio e normas-regra.

Nesse desiderato, destacam-se as lições de Robert Alexy, para quem, segundo a definição básica da teoria dos princípios, estes são normas que permitem a realização de algo, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica quanto à possibilidade fática. Desse modo, princípios são mandatos de otimização (*Optimierungsgebote*), podendo ser satisfeitos em diferentes graus[156].

No que pertine às regras, dispõe o aludido autor, serem estas normas aplicáveis ou não aplicáveis. Assim, se uma regra está em vigor, é determinante que se faça o que ela exige, nem mais e nem menos. Destarte, as regras contêm determinações no contexto fático e juridicamente possível, uma vez que, são postulados definitivos (*definitive Gebote*). Logo, a sua forma e aplicação, diferentemente do que se dá com os princípios, não é a ponderação, mas sim a subsunção[157].

Ante o exposto e, para os fins do presente estudo, os direitos fundamentais hão que ser encarados enquanto princípios, haja vista o fato de a teoria dos princípios impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir uma rigidez excessiva. Neste viés, e, consoante a referida teoria, a pergunta sobre a

---

direito que instrumentalizam. Vários direitos previstos nos incisos do art. 5º da Constituição se ajustam a esse conceito. [...]. O art. 5º, §2º, da Lei Maior estabelece que 'os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'. O parágrafo em questão dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição. [...]. É legítimo, portanto, cogitar de direitos fundamentais previstos expressamente no catálogo da Carta e de direitos materialmente fundamentais que estão fora da lista. Direitos não rotulados expressamente como fundamentais no título próprio da Constituição podem ser assim tidos, a depender da análise do seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição. A sua fundamentalidade decorre da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana; em vista da sua importância, não podem ser deixados à disponibilidade do legislador ordinário". MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *In* Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 193-195.

[156] ALEXY, Robert. *In* Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90.

[157] ALEXY, Robert. *In* Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 86-140.

legitimação da restrição a direitos/garantias fundamentais há de ser respondida mediante um juízo de ponderação[158].

À vista disso, não obstante seja pacífico o entendimento de que os direitos fundamentais não são absolutos[159], as restrições àqueles perpetradas, devem contar com os seguintes requisitos: estar autorizadas pela Constituição, expressa ou implicitamente; respeitar, obrigatoriamente, o núcleo essencial do direito fundamental; operar-se por lei (escrita, estrita e prévia), apresentar justificação teleológica, ou seja, além de estar legitimada constitucionalmente, apresentar relevância social; ser determinada por decisão judicial[160] fundamentada e, por fim, atender ao princípio da proporcionalidade em seus três aspectos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito[161].

É nesta senda que se destaca o princípio da proporcionalidade[162], consagrado, doutrinariamente, como limite dos limites. Com efeito, mencionado

---

158 *"O postulado da ponderação corresponde ao terceiro subprincípio do postulado da proporcionalidade no direito constitucional alemão. O primeiro é o postulado da adequação do meio utilizado para a persecução do fim desejado. O segundo é o postulado da necessidade desse meio. O meio não é necessário se se dispõe de um mais suave ou menos restritivo. Constitui um fortíssimo argumento, tanto para a força teórica quanto prática da teoria do princípio, que os três subprincípios do postulado da proporcionalidade decorram logicamente da estrutura principiológica das normas de direitos fundamentais e estas da própria ideia de proporcionalidade. O postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: 'quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção'. Segundo a lei de ponderação, esta há de se fazer em três planos. No primeiro plano, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então, se realiza a ponderação em sentido específico e restrito"*. ALEXY apud Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *In* Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 227-228.

159 Nesse sentido, Suzana de Toledo Barros preleciona que os direitos fundamentais são *"posições jurídicas prima facie"*, porém, sujeitos a ponderações em virtude da colisão com outros bens ou valores igualmente tutelados. BARROS, Suzana de Toledo. *In* O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 159.

160 De acordo com o requisito da judicialidade, a restrição a direitos fundamentais demanda a intervenção dos órgãos do Poder Judiciário. PITOMBO, Cleonice A. Valentim Bastos. *In* Considerações sobre a tutela da intimidade e a vida privada no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 26, p. 59-79, abr./jun. 1999, esp. p. 61.

161 QUEIJO, Maria Elizabeth. *In* O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 398.

162 Acerca do princípio da proporcionalidade, dispõe José Francisco Etxberría Guridi: *"el principio de la proporcionalidad que ha de inspirar, con carácter general, las medidas restrictivas de derechos fundamentales, y, en particular, la práctica de los análisis de ADN y posterior incorporación de los resultados genéticos obtenidos a ficheros automatizados o informatizados"*. ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *In Evolución expansiva en la regulación francesa de los ficheros de huellas genéticas tras las recientes reformas (Parte I). Revista de Derecho y Genoma Humano, nº. 19, jul./dic. 2003, Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano*, p. 111.

princípio[163], através dos seus requisitos ou subprincípios, quais sejam: adequação[164], necessidade[165] e proporcionalidade em sentido estrito[166], permite aferir a constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais[167].

Neste viés, os direitos fundamentais podem sofrer limitações, mas não pode haver excesso nas restrições de modo a comprometer o próprio conteúdo do direito em questão. Isto é, há que se considerar o conceito de núcleo essencial dos direitos fundamentais[168], o qual tem a função de garantia com relação ao legislador. O referido núcleo, pode ser entendido como conteúdo essencial de um direito, uma vez que, composto por atributos mínimos, sem os quais aquele se desnatura, extingue-se, ou transforma-se em outra coisa[169].

Desse modo, uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se for compatível com a Constituição. Se ela for inconstitucional, ela até pode ter a natureza de uma intervenção, mas não a de uma restrição, posto que, as

---

[163] O princípio da proporcionalidade, assenta-se, ainda, sobre os pressupostos da legalidade e da justificação teleológica. De acordo com o primeiro pressuposto, todas as medidas restritivas de direitos fundamentais devem ser previstas em lei: escrita, estrita (ou seja, sem indeterminações) e prévia. Já a justificação teleológica, diz respeito à legitimidade dos fins ensejadores da restrição ao direito fundamental. Em outras palavras, para que se opere a limitação a um direito fundamental, é necessário que os valores que a justifiquem sejam realmente importantes e amparados pela Constituição. QUEIJO, Maria Elizabeth. *In* O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 389-390.

[164] O subprincípio da adequação, também chamado de princípio da conformidade, por José Joaquim Gomes Canotilho, *"impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes"*. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *In* Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 264.

[165] De acordo com o subprincípio da necessidade, os órgãos do Estado são obrigados a comparar as medidas restritivas aplicáveis, que sejam suficientemente aptas para alcançar o fim pretendido, e a eleger aquela que seja menos lesiva para os direitos dos cidadãos. SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *In Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 189.

[166] A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, é a verificação da relação *"custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos"*. BARROSO, Luís Roberto. *In* Interpretação e aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 219.

[167] QUEIJO, Maria Elizabeth. In O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva,2012, p. 388.

[168] No que pertine ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, destacam-se, consoante Edilsom Preira de Farias, duas teorias: a absoluta e a relativa. Para a primeira, o núcleo essencial constitui *"um mínimo inatacável, uma proibição absoluta"*. Já para a segunda, o núcleo essencial equivale ao respeito ao princípio da proporcionalidade. Na prática, porém, as duas teorias alcançam resultados bastante semelhantes, razão pela qual ambas são consideradas compatíveis pela doutrina. FARIAS, Edilsom Pereira de. *In* Colisão de direitos. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2000, p. 98-99.

[169] FARIAS, Edilsom Pereira de. *In* Colisão de direitos. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2000, p. 97.

restrições a direitos fundamentais somente são aceitas se forem compatíveis com a Carta Magna[170].

Em outras palavras, os direitos fundamentais, enquanto direitos de hierarquia constitucional, somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata)[171]. Sendo assim, a técnica que exige a expressa autorização constitucional para a intervenção legislativa no âmbito de proteção dos direitos individuais, na verdade, traduz uma preocupação de segurança jurídica, que impede o estabelecimento de restrições arbitrárias ou aleatórias[172].

Nesse desiderato, não obstante incumba ao legislador tutelar os interesses da sociedade, salvaguardando os valores, bens e direitos essenciais à vida em comunidade, há que se considerar, também, que, ao fazê-lo, deve respeitar os direitos fundamentais dos imputados[173].

Realizada essa breve explanação acerca da categoria normativa a que pertencem os direitos fundamentais, bem como dos limites imanentes à sua restrição, é chegada a hora de enfrentar o tema do presente tópico. A Lei nº. 12.654/12 viola direitos e garantias fundamentais do acusado/condenado?

Como referido alhures, a Constituição Federal de 1988, sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana, promoveu a constitucionalização do Direito Penal/ Processual Penal, salvaguardando, assim, os sujeitos passivos da relação jurídico-processual-penal de ingerências que, camuflando-se como supedâneo para a concretização da segurança pública, terminem por esvaziar o núcleo essencial de garantias, há muito, asseguradas ao investigado/apenado, tais como: a presunção de inocência e a vedação à autoincriminação.

O que se evidencia, entretanto, sobretudo no que tange à *persecutio criminis*, é a relativização dos direitos e garantias fundamentais do imputado (em sentido amplo, de modo a abranger, tanto o acusado, quanto o condenado) em nome da observância e atendimento ao direito da maioria à segurança. Busca-se, dessa maneira, o instrumento imediatista da lei penal como solução para os problemas de

---

[170] ALEXY, Robert. *In* Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 281.
[171] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *In* Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 229.
[172] Idem, 2012, p. 231.
[173] BARROSO, Luís Roberto. *In* Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 382.

segurança pública e para os déficits do aparato do Estado no combate à criminalidade[174].

No que concerne especificamente à utilização do DNA (ou ADN) para fins de identificação do indivíduo no âmbito criminal (suspeito/condenado), embora se reconheça o inquestionável interesse público/social no emprego desta técnica – cuja eficiência e supremacia em relação aos tradicionais meios de identificação não se contestam –, é preciso evitar-se recair em uma utilização temerária do Direito Penal/Processual Penal, com o propósito de abrandar o clamor social pela contenção da criminalidade e efetivação da segurança pública[175].

Nesse diapasão, não restam dúvidas de que o *novel* diploma legal, ao trazer à baila a coleta compulsória de material genético do suspeito/apenado como a mais recente hipótese de "identificação criminal", está a malferir os postulados da presunção de inocência e do direito de não produzir provas contra si mesmo[176], ambos, consectários lógicos, do princípio da dignidade da pessoa humana[177], pilar do Estado Democrático de Direito[178].

---

[174] GRANT, Carolina. *In* Limites e possibilidades constitucionais à criação do banco de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista6/limitesCarolina.pdf>. Acesso em: 08 de jan. de 2014.

[175] GRANT, Carolina. *In* Limites e possibilidades constitucionais à criação do banco de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista6/limitesCarolina.pdf>. Acesso em: 09 de jan. de 2014.

[176] O "tratamento" conferido ao acusado/condenado, pela Lei nº. 12.654/12, amolda-se, perfeitamente, ao que Eugenio Raúl Zaffaroni chama de: Direito Penal do Inimigo. Vejamos: *"A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega a sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe a estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixam de ser considerados pessoas."* ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *In* O inimigo no Direito Penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 18.

[177] Sobre a relação entre a dignidade da pessoa e o processo penal, preleciona Adauto Suannes: *"[...] nada justifica que alguém, simplesmente pela hediondez do fato que se lhe imputa, deixe de merecer o tratamento que sua dignidade de pessoa humana exige. Nem mesmo sua condenação definitiva o excluirá do rol dos seres humanos, ainda que em termos práticos isso nem sempre se mostre assim. Qualquer distinção, portanto, que se pretenda fazer em razão da natureza do crime imputado a alguém inocente contraria o princípio da isonomia, pois a Constituição Federal não distingue entre mais-inocente e menos-inocente. O que deve contar não é o interesse da sociedade, que tem na Constituição Federal, que prioriza o ser humano, o devido tratamento, mas o respeito à dignidade do ser humano, qualquer que seja o crime que lhe é imputado".* SUANNES, Adauto. *In* Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 232.

[178] *Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*
[...]
III - a dignidade da pessoa humana; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 de jan. de 2014.

Impende salientar, por oportuno, que, no Brasil, a presunção de inocência, também chamada de presunção de não-culpabilidade[179], está expressamente consagrada no art. 5º, LVII[180], da Constituição, consubstanciando-se como princípio orientador do processo penal[181]. Nessa intelecção, Amilton Bueno de Carvalho afirma que o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é "pressuposto", nesse momento histórico, da condição humana[182].

Assim, de acordo com o mencionado princípio, o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado, haja vista que, antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o *onus probandi* desta demonstração[183]. Desse modo, da presunção de inocência decorre, não somente a obrigação de o juiz manter uma posição negativa em relação ao acusado (não o considerando culpado), mas, também, o dever de manutenção de uma postura positiva em face daquele, tratando-o, efetivamente, como inocente[184].

Em outras palavras, a presunção de não-culpabilidade, na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente, impõe um verdadeiro dever de tratamento, que atua em duas dimensões, quais sejam: interna e externa. Na dimensão interna, trata-se de um dever de tratamento imposto, primeiramente, ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição. Já na dimensão externa, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu[185].

No que tange à vedação à autoincriminação, é de sapiência geral que a produção de provas contra si mesmo não se opera, apenas, quando o imputado, mediante uma conduta ativa, querida e livre, colabora com as investigações

---

[179] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *In* Curso de Direito Processual Penal. 6ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 56.

[180] Art. 5º. *Omissis*

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 de jan. de 2014.

[181] LOPES JR., Aury. *In* Direito Processual Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 226.

[182] CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)?. *In* WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 51.

[183] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *In* Curso de Direito Processual Penal. 6ª ed., ver., ampl. e atual. Salvador: JUSPODVIM, 2011, p. 55.

[184] LOPES JR., Aury. *In* Direito Processual Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 228.

[185] LOPES JR., Aury. *In* Direito Processual Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 230.

criminais, mas, também, quando se impõe, àquele, a obrigação de tolerar que o próprio corpo seja utilizado como meio de prova[186], exatamente a situação retratada na Lei nº. 12.654/12.

Neste viés, qualquer tipo de coleta levada a efeito sem o consentimento do imputado, bem como o recurso a amostras já existentes em um banco de perfis genéticos destinado à persecução criminal, além de meios atentatórios ao estado de inocência, também comprometem, sobremaneira, o *nemo tenetur se detegere*[187].

Em face do exposto, não se pode olvidar a violação a direitos fundamentais do acusado/condenado perpetradas pela Lei nº. 12.654/12, mormente no que diz respeito às garantias da presunção de inocência e da vedação à autoincriminação. De fato, o referido diploma legal, ao não observar as premissas orientadoras das possíveis restrições a direitos fundamentais do imputado, termina por esvaziar postulados básicos do Direito Penal/Processual Penal, incorrendo, assim, em nítida inconstitucionalidade[188].

4.3. DA EFETIVIDADE DA LEI Nº. 12.654/12

Irrefutável, a essa altura, a natureza probatória da coleta do perfil genético do acusado/condenado. Deveras, como referido anteriormente, a extração compulsória de material biológico do imputado, metamorfoseando-se sob as vestes de uma nova modalidade de identificação criminal, consubstancia, na realidade, nítida afronta à dignidade da pessoa humana – princípio balizador da ordem jurídica nacional –, bem como às garantias do *nemo tenetur se detegere* e da presunção de não-culpabilidade, verdadeiros direitos fundamentais dos sujeitos passivos da relação jurídico-processual-penal.

É neste viés, que se impõe o exame da efetividade da Lei nº. 12.654/12. Até que ponto seria admissível a aplicação do referido diploma legal, ante as violações a

---

[186] FIDALGO, Sónia. *In* Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 16. nº. 1. Jan./Mar. 2006. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 141.

[187] GRANT, Carolina. *In* Limites e possibilidades constitucionais à criação do banco de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista6/limitesCarolina.pdf>. Acesso em: 09 de jan. de 2014.

[188] QUEIJO, Maria Elizabeth. *In O princípio nemo tenetur se detegere e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção de prova?*. Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 21, n. 250, p. 8, set., 2013.

garantias fundamentais[189] do investigado/apenado, por aquele promovidas?

Nesse diapasão e, na esteira do entendimento jurisprudencial brasileiro, é ingenuidade imaginar que o suposto autor de um delito, ou mesmo o condenado por determinados tipos penais, poderá ser compelido a fornecer material genético para fins de utilização como meio de prova. Mencionado posicionamento, fundamenta-se na impossibilidade atual em obrigar o acusado a participar de: reprodução simulada dos fatos, fornecer padrão gráfico e submeter-se ao exame do etilômetro, conforme posicionamento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal[190].

Em vista disso, infere-se que a obrigatoriedade em submeter o acusado/condenado à extração de perfil genético, de feição eminentemente probatória (nunca é demais ressaltar), não se coaduna com o quanto disposto no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal, ou seja, com a vedação à autoincriminação. Outrossim, aludido meio de prova, em nada converge com o sistema acusatório de processo penal, adotado pelo Brasil, no qual a instrução probatória incumbe, exclusivamente, à acusação.

Por todo o exposto, não restam dúvidas de que, senão impossível, muito difícil é falar-se em obrigatoriedade do indiciado ou apenado em ceder material para exame genético que possa vir a ser utilizado como prova contra si, incorrendo o cedente em autoincriminação[191], razão pela qual, pode-se afirmar a parca efetividade da Lei nº. 12.654/12.

---

[189] *"A maioria da doutrina insurge-se contra a compulsoriedade da extração do perfil genético, afirmando que o constituinte originário descreve como garantias fundamentais de todo cidadão a presunção de inocência e o direito do preso de permanecer calado sem que isso pese contra si, ambos previstos, respectivamente, no artigo 5º, incisos LVII e LXIII, da Constituição Federal. Destarte, sob esse fundamento, o réu não poderia ser compelido a ceder seu perfil genético, visto que se trata de prova invasiva"*. PEREIRA, Filipe Martins Alves. *In* Lei 12.654/12: A identificação criminal por perfil genético no Brasil. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/filipemartinspereira/2013/11/08/lei-12-65412-a-identificacao-por-perfil-genetico-no-brasil/>. Acesso em: 09 de jan. de 2014.

[190] PEREIRA, Filipe Martins Alves. *In* Lei 12.654/12: A identificação criminal por perfil genético no Brasil. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/filipemartinspereira/2013/11/08/lei-12-65412-a-identificacao-por-perfil-genetico-no-brasil/>. Acesso em: 10 de jan. de 2014.

[191] GRANT, Carolina. *In* Limites e possibilidades constitucionais à criação do banco de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista6/limitesCarolina.pdf>. Acesso em: 10 de jan. de 2014.

5. CONCLUSÕES

Do presente estudo, é possível concluir que o princípio *nemo tenetur se detegere* consiste no direito, conferido ao cidadão, e, sobretudo, ao acusado, de não produzir provas que o incriminem. Referido princípio firmou-se no período do Iluminismo, aplicando-se, incialmente, ao interrogatório, garantindo, assim, ao investigado, o direito de permanecer calado.

Nesse desiderato, cumpre salientar que o reconhecimento do mencionado princípio encontra-se intrinsecamente ligado ao modelo acusatório de processo penal – em que o acusado deixou de ser visto como objeto de prova. De fato, no modelo inquisitório, não era dado ao suspeito o direito de silenciar, quando do interrogatório, pois, do seu silêncio, extraiam-se consequências não razoáveis.

No entanto, paulatinamente, o *nemo tenetur se detegere* foi ganhando espaço, passando, então, a ser considerado direito do cidadão perante o poder estatal, de modo a estabelecer limites à busca da "verdade". Hodiernamente, inclusive, o direito de não produzir provas contra si mesmo assumiu caráter garantístico, resguardando a liberdade moral do acusado para decidir se coopera ou não com os órgãos de investigação ou com a autoridade judiciária. Nesse diapasão, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, quando da persecução criminal, resguardando aquele dos métodos inquisitoriais de consecução da "verdade".

Todavia, não obstante seja reconhecido por importantes diplomas internacionais, a exemplo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o quê, por sua vez, culminou na sua elevação ao *status* de direito fundamental (art. 5º, §§2º e 3º, da Constituição Federal), na ordem jurídica nacional, registra-se forte tendência em a mitigar as garantias advindas do multicitado princípio, especialmente em razão do aumento crescente da criminalidade organizada e violenta, dando-se prevalência ao interesse do Estado e da sociedade na persecução penal, tanto no âmbito do interrogatório, quanto nas provas que dependem da colaboração do acusado para a sua produção.

Nessa oportunidade, impende ressaltar que, enquanto direito fundamental – de primeira geração: direito de liberdade, por representar garantia de resistência ou oposição perante o Estado –, eventuais restrições à sua aplicação têm caráter excepcional, sendo reguladas por lei: escrita, estrita e prévia; devendo se dar em

consonância com o princípio da proporcionalidade e seus consectários lógicos, quais sejam, os postulados da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Dessa maneira, embora se reconheça a fundamentalidade do *nemo tenetur se detegere*, é de se perceber que este não se trata de um direito absoluto do imputado, devendo coexistir com outros direitos e valores igualmente tutelados, a exemplo da paz social e da segurança pública. Nesta senda, adveio a Lei nº. 12.654/12. O referido diploma legal prevê a coleta de material genético, como forma de identificação criminal. Para tanto, promoveu alterações em dois estatutos jurídicos, quais sejam, a Lei nº. 12.037/09, que disciplina a identificação criminal, incidindo, portanto, sobre a investigação preliminar; e a Lei nº. 7.210/84, que regula a Execução Penal.

Com o advento da mencionada norma – a qual estabelece a coleta compulsória de material genético do acusado e do condenado, por determinados crimes, como a mais recente modalidade de identificação criminal, a par das já existentes: identificação dactiloscópica e identificação fotográfica –, exsurgiu a seguinte indagação: Estaria a Lei nº. 12.654/12 apenas restringindo o direito de não produzir provas contra si mesmo e, portanto, em consonância com as lições alexyanas acerca da limitação dos direitos fundamentais, ou, ao contrário, estaria a lançar por terra a garantia da vedação à autoincriminação?

Debruçando-se sobre o aludido diploma, bem como sobre os postulados orientadores da disciplina penal/processual penal, é de se perceber que o supracitado edito, além de não se atentar para a subsidiariedade da identificação criminal (art. 5º, LVIII, CF), configura uma flagrante violação ao *nemo tenetur se detegere*, indo de encontro ao já prolatado modelo acusatório de Processo Penal, o qual estabelece que as provas da autoria delitiva incumbem ao acusador.

Neste viés, há de se levar em consideração que a coleta de material genético do acusado/condenado tem, como primordial intento, a comprovação da autoria/participação em crime, revelando, assim, uma irrefutável destinação probatória. Com efeito, a extração do perfil biológico, ao camuflar-se sob as vestes de uma moderna e eficaz modalidade de “identificação criminal”, objetiva, em verdade, obrigar o imputado a produzir prova em seu desfavor, consistindo, desta feita, num autêntico elemento de prova.

Nessa intelecção, o *novel* diploma legal, ao instituir a coleta compulsória de material genético do investigado/apenado, viola não apenas o direito fundamental da

vedação à autoincriminação, mas, também, o postulado da presunção de inocência, tão caro ao vigente sistema processual penal. Por tais razões, é que a recusa daqueles sujeitos em colaborar com a extração de seu perfil biológico não pode ser interpretada como indício de autoria delitiva e, nem tampouco, ser utilizada como fundamento do comando decisório, emitido quando da sentença. Ademais, a aludida recusa não configura qualquer crime, inclusive, o de desobediência, insculpido no artigo 330, do Código Penal.

Ante o exposto, resta patente a diminuta efetividade da Lei nº. 12.654/12, a qual, pleiteando um retorno ao modelo inquisitório de processo penal, obriga o imputado a ceder seu material para exame genético, que virá a ser utilizado em seu desfavor, contribuindo, dessa maneira, para o fortalecimento da estigmatização de determinados perfis sociais, e ferindo de morte o *nemo tenetur se detegere*.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A Garantia de Não Auto-Incriminação: Extensão e Limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.
BADARÓ, Gustavo Henrique. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 8, nº. 100, mar. 2001.
BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
BITTAR, Neusa. **Medicina Legal Descomplicada**. 2ª ed. São Paulo: Rideel, 2011.
BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
BOTTINO, Thiago. **A doutrina brasileira do direito ao silêncio – o STF e a conformação do sistema processual penal constitucional**. Disponível em: < http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-110.pdf>. Acesso em: 18 de nov. de 2013.
_____. **O direito ao silêncio na jurisprudência do STF**. São Paulo: Campus Jurídico, 2009.
BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 de jan. de 2014.
_____. Decreto nº. 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Brasília, DF, 06 de jul. de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 04 de nov. de 2013.
_____. Decreto nº. 678, de 06 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, 06 de nov. de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Aceso em: 04 de nov. de 2013.
_____. Decreto-Lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 03 de out. de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 15 de dez. de 2013.
_____. Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 de jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 02 de dez. de 2013.

_____. Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 de jul. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 25 de dez. de 2013.
_____. Lei nº. 10.054, de 07 de dezembro de 2000. Revogada pela Lei nº. 12.037, de 2009. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 de dez. de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10054.htm>. Acesso em: 23 de nov. de 2013.
_____. Lei nº. 12.037, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, LVIII, da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1º de out. de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm>. Acesso em: 12 de nov. de 2013.
_____. Lei nº. 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nºs. 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 03 de dez. de 2013.
_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus: RHC 12965 DF 2002/0068783-6. Relator: Ministro Félix Fischer. Órgão Julgador: T5 – Quinta Turma. Brasília, 07 out. 2003. **Diário da Justiça**, 10 nov. 2003. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219129/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-12965-df-2002-0068783-6>. Acesso em: 11 de nov. de 2013.
_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 568. **Diário da Justiça**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0568.htm>. Acesso em: 09 de nov. de 2013.
BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto; LIMA, Marco Antônio. **Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.
CARVALHO, Amilton Bueno de. **Lei, para que (m)?**. In WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovar. Rio de Janeiro, 2001.
CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Prova Científica: Exame Pericial do DNA**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal** – 8ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.
CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio. **Lei 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade (?)**. Disponível em: < http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/06/04/lei-12-65412-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade/>. Acesso em: 28 de dez. 2013.
DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal: Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas – Atualizado de acordo com as Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08**. 1ª ed. Campinas: Millenium Editora, 2008.

DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. **O direito à não auto-inculpação (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare) no processo penal e contra-ordenacional português**. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.
DIAS NETO, Theodomiro. **O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano**. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 19, jul./set., 1997.
EXTEBURRÍA GURIDI, José Francisco. **Evolución expansiva em la regulación francesa de los ficheros de huellas genéticas tras las recientes reformas (Parte I)**. **Revista de Derecho y Genoma Humano**, nº.19, jul./dic. 2003, Disputación Foral de Bizkaya de Derecho y Genoma Humano.
FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2000.
FIDALGO, Sônia. **Determinação do perfil genético como meio de prova no processo penal. Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 16. Nº. 1. Jan./Mar. 2006. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal** – 9ª ed. – [Reimp.] – Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012.
GAVA, Gabrielle Gasperin. **A garantia da não autoincriminação frente à bioética e à garantia da não autoincriminação**, Rio Grande do Sul, jun. de 2013. Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/gabrielle_gava.pdf>. Acesso em: 29 de out. de 2013.
GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência**. Data de publicação: 26/01/2010. Disponível em: < http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100126104817603&mode=print>. Acesso em: 07 de nov. de 2013.
GENTIL, Maurício. **Constitucionalidade da "Lei do Ficha Limpa"**. Disponível em: < http://www.infonet.com.br/mauriciomonteiro/ler.asp?id=125009>. Acesso em: 20 de jan. de 2014.
GRANT, Carolina. **Limites e possibilidades constitucionais à criação do banco de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil**. Disponível em: < http://www.abdconst.com.br/revista6/limitesCarolina.pdf>. Acesso em: 10 de jan. de 2014.
GREVI, Vittorio. **Nemo tenetur se detegere**. Milano: Giuffré, 1972.
HAMMERSCHMIDT, Denise. **Identificación Genética, Discriminación y Criminalidad: Um anális de la situación jurídico penal em España y em Brasil – actualizada por la Ley 12.654/12**. Curitiba: Juruá, 2012.
HERNÁNDEZ, Ângel Gil. **Intervenciones corporales y derechos fundamentales**. Madri: Colex, 1995.
ISHIDA, Valter Kenji. **Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
LEITE, Raul Lycurgo. **Ficha Limpa não viola a presunção de inocência**. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2010-set-09/lei-ficha-limpa-nao-viola-presuncao-inocencia>. Acesso em: 20 de jan. de 2014.
LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niteroi: Impetus, 2013.
LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
_____. **Lei 12.654/12: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)?. Boletim IBCCRIM**, nº. 236, julho de 2012.

MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação Criminal pelo DNA**. Disponível em: < http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf>. Acesso em: 30 de dez. de 2013.
MANSOLDO, Mary. **Verdade Real versus Verdade Formal**. Conteúdo Jurídico, Brasília, DF, 20 de set. de 2010. Disponível em: < http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,verdade-real-versus-verdade-formal,28870.html>. Acesso em: 22 de nov. de 2013.
MARCOLINI, Rogério. **Boletim do IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, v. 8, n. 99, 2001.
MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.
MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
MENDES, Paulo de Sousa. **As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**. Lisboa: Almedina, Revista de Concorrência e Regulação – ano I – número I – janeiro/março, 2010.
MENEZES, Sofia Saraiva de. **O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito. Prova criminal e direito de defesa – Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal**. Org.: Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto. Lisboa: Almedina, 2010.
MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Lei 12.654: identificação genética ou obtenção constrangida da prova?**. Disponível em: < http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838>. Acesso em: 31 de dez. de 2013.
MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A nova lei de identificação criminal**. Artigo publicado em outubro de 2009. Disponível em: < http://jus.com.br/artigos/13632/a-nova-lei-de-identificacao-criminal>. Acesso em: 10 de nov. de 2013.
NUCCI, Guilherme de Souza. **A Lei nº. 12.654/12 (Identificação Criminal via DNA) É (In) constitucional?: entre NUCCI e LOPES JR., duas visões**. Disponível em: < http://discursoracional.blogspot.com.br/2012/06/lei-n-1265412-identificacao-criminal.html>. Acesso em: 27 de dez. de 2013.
_____. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Breves notas sobre a não autoincriminação. Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, nº. 222, maio de 2011.
_____. **Curso de Processo Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
_____. **Curso de Processo Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. **Nova Lei Penal: Coleta de Perfil Genético**. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_perfil_genetico.pdf >. Acesso em: 29 de dez. de 2013.
PEREIRA, Filipe Martins Alves. **Lei 12.654/12: A identificação criminal por perfil genético no Brasil**. Disponível em: < http://atualidadesdodireito.com.br/filipemartinspereira/2013/11/08/lei-12-65412-a-identificacao-por-perfil-genetico-no-brasil/>. Acesso em: 10 de jan. de 2014.

PHILIPPI, Maiara Nuernberg. **Coleta de Perfil Genético no Processo Penal Brasileiro: análise da Lei nº. 12.654/12**. Disponível em: < https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/104362/MONOGRAFIA%20-%20Maiara%20Nuernberg%20Philippi%20-%20PDF%20A.pdf?sequence=1>. Acesso em: 29 de dez. de 2013.
PIMENTEL, Fabiano. **Novos Contornos da Identificação Criminal**. Disponível em: < http://www.juspodivm.com.br/i/a/identificacao.pdf>. Acesso em: 23 de nov. de 2013.
PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
PITOMBO, Cleonice A. Valentim Bastos. **Considerações sobre a tutela da intimidade e a vida privada no processo penal**. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, abr./jun. de 1999.
QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
_____. **O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção de prova? Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 21, nº. 250, set. de 2013.
RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com: Lei 11.313/06 – JECRIM, Lei 11.340/06 – Violência Doméstica e Lei 11.342/06 – Drogas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999.
ROMANO, Rogério Tadeu. **Identificação criminal pelo DNA: uma experiência lombrosiana**. Disponível em: < http://www.jfrn.gov.br/jfrn/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina305-identificacao-criminal-pelo-dna.pdf>. Acesso em: 12 de jan. de 2014.
ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2003.
_____. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Trad.: Carmen Gómez Rivero e Maria del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
SANTOS, Marcus Renan Palácio de M. C. dos. **Princípio *nemo tenetur se detegere* e os limites a um suposto direito de mentir**. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/3Prnicipiopionemotenetur.pdf>. Acesso em: 27 de out. de 2013.
SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales em el processo penal**. Madrid: Colex, 1990.
SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
SILVA, Rodrigo Vaz. **Da utilização do exame de DNA no Direito Penal Brasileiro**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8468>. Acesso em: 13 de dez. de 2013.
SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de Processo Penal Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15ª ed. rev. e de acordo com a Lei nº. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.
TOVIL, Joel. **A proteção contra a auto-acusação compulsória aplicada à persecução penal**. Disponível em: < https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll/Dout/13e3>. Acesso em: 16 de nov. de 2013.
TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
VAY, Giancarlo Silkunas; SILVA, Pedro José Rocha e. **A identificação criminal mediante a coleta de material biológico que implique intervenção corporal e o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, nº. 239, out. de 2012.
VIEIRA, Marcos. **Papiloscopia. Sistema de Vucetich**. Disponível em: < http://www.papiloscopia.com.br/classifica.html>. Acesso em: 25 de nov. de 2013.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.