



UNICEUB - CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

JOÃO CESAR DE OLIVEIRA

**A OBTENÇÃO COERCITIVA DO PERFIL GENÉTICO SOB A
ÓTICA DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO**

Brasília

2014

JOÃO CESAR DE OLIVEIRA

**A OBTENÇÃO COERCITIVA DO PERFIL GENÉTICO SOB A
ÓTICA DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais/FAJS do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

Orientador: Professor Humberto Fernandes de Moura.

Brasília

2014

JOÃO CESAR DE OLIVEIRA

**A OBTENÇÃO COERCITIVA DO PERFIL GENÉTICO SOB A
ÓTICA DO PRINCÍPIO DA AUTOINCRIMINAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais/FAJS do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

Orientador: Professor Humberto Fernandes de Moura.

BRASÍLIA, DF, ____ de _____ de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Orientador

Examinador

Examinador

AGRADECIMENTO

A Deus, por me conceder saúde, força e a companhia de pessoas que me fortalecem.

À minha esposa Janine e à minha filha Jéssica, pela paciência, pelo apoio e por me compreenderem nos momentos ausentes em que estava nesta nobre tarefa de pesquisa.

Ao professor Humberto, pela dedicação como orientador e pela presteza ao responder a tantas dúvidas.

Por fim, a todos os amigos que pela colaboração incondicional e tempo despendido com a indicação de informações, contribuíram para este trabalho.

“De nada aproveitam leis, bem se sabe, não existindo quem as ampare contra os abusos; e o amparo sobre todos essencial é o de uma justiça tão alta no seu poder, quanto na sua missão.”

Rui Barbosa

RESUMO

O avanço das ciências forenses oferece novas tecnologias que elevam a confiabilidade da identificação humana para fins penais. A adequada adoção das técnicas de coleta de material biológico humano e de processamento deste material a fim de obtenção do perfil genético viabiliza o fortalecimento do arcabouço probatório tanto pela absolvição quanto pela condenação. A identificação criminal também pode ser robustecida com a adoção da genética. A Lei n. 12.654/2012 foi aprovada visando inserir o mapeamento por DNA na identificação criminal e na formação da prova genética no processo penal brasileiro. As disposições desta lei têm causado discussões acerca da constitucionalidade da adoção da coleta coercitiva de material em pessoas vivas a fim de registro de seus perfis genéticos em bancos de dados estatais. Visando avaliar a conformidade das disposições legais com os direitos fundamentais, especialmente a garantia da não autoincriminação, realizou-se uma pesquisa da literatura jurídica e dos fundamentos dos direitos e garantias fundamentais envolvidos. Por fim, ao se aplicar o princípio da proporcionalidade ao eventual confronto da Lei com os direitos fundamentais, observa-se que a norma inovadora não apresenta claro afronta às normas constitucionais, devendo ser submetida à ponderação de princípios, uma vez que esta Lei também visa à proteção de vários direitos fundamentais.

Palavras chave: DNA, perfil genético, coerção, não autoincriminação, prova.

ABSTRACT

The advances of forensic sciences offer new technologies that increase the reliability of human identification for penal purposes. The adoption of appropriate techniques for collecting human biological material and processing this material in order to obtain the genetic profile enables the strengthening of the evidentiary framework both for acquittal as to convict. The criminal identification can also be strengthened with the adoption of genetics. The Law No. 12.654/2012 was adopted aiming to insert the DNA mapping into criminal identification and formation of genetic proof for criminal justice process. The provisions of this law have caused debates about the constitutionality of the adoption of coercive collecting biological material from live people to record their genetic profile in an official database. To evaluate the conformity of the law with fundamental rights, in particular the guarantee of non self-incrimination, it was researched the legal literature and the grounds of fundamental rights and guarantees involved. Finally, while applying the principle of proportionality to the eventual confrontation of the law with the fundamental rights, it is observed that the innovative rule has no clear affront to constitutional standards, needing to be submitted to ponderation of principles, since this law also aims protection of several other fundamental rights.

Keywords: DNA, genetic profile, coercion, non self-incrimination, proof.

LISTA DE ABREVIATURAS

AFIS	<i>Automated Fingerprint Identification System</i>
BDNPG	Banco de Dados Nacional de Perfis Genéticos
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DNA	<i>Deoxyribonucleic Acid</i> (Ácido desoxirribonuclêico)
FBI	<i>Federal Bureau of Investigation</i>
LEP	Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984)
LIC	Lei de Identificação Criminal (Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009)
NDNAD	<i>National DNA Database</i>
PCR	<i>Polymerase Chain Reaction</i> (Reação da cadeia de polimerase)
RIBPG	Rede Integrada do Banco de Perfis Genéticos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 IDENTIFICAÇÃO HUMANA: LEGISLAÇÃO, MÉTODOS E CARACTERÍSTICAS	11
1.1 Histórico legislativo da identificação na persecução penal.....	11
<i>1.1.1 Identificação criminal até a Lei n. 12.037/2009.....</i>	<i>11</i>
<i>1.1.2 Identificação de condenados e a Lei 12.654/2012.....</i>	<i>15</i>
1.2 Identificação criminal	16
1.3 Métodos de identificação humana.....	17
<i>1.3.1 Identificação por fotografia</i>	<i>17</i>
<i>1.3.2 Identificação por datiloscopia</i>	<i>18</i>
<i>1.3.3 Identificação por DNA</i>	<i>22</i>
<i>1.3.3.1 Origem e definições.....</i>	<i>22</i>
<i>1.3.3.2 Método de colheita, procedimentos e cuidados.....</i>	<i>24</i>
<i>1.3.3.3 Probabilidade</i>	<i>25</i>
<i>1.3.3.4 Risco de erro e emprego da técnica</i>	<i>26</i>
2 A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS	30
2.1 Contexto histórico.....	31
2.2 Os direitos e garantias fundamentais e o <i>nemo tenetur se detegere</i>.....	34
2.3 Posicionamentos acerca de limitações à não autoincriminação	37
3 A COLETA COERCITIVA: ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS.....	42
3.1 Regras e princípios: restrições a uns em face de outros.....	42
3.2 A conformidade das disposições da Lei n. 12.654/2012 com o <i>nemo tenerur se detegere</i>	51
<i>3.2.1 Argumentos pela constitucionalidade da norma.....</i>	<i>51</i>
<i>3.2.1.1 Condenados possuem liberdade restrita</i>	<i>51</i>
<i>3.2.1.2 Coleta por meio indolor e armazenamento sem traços somáticos.....</i>	<i>52</i>
<i>3.2.1.3. Auxílio na apuração dos crimes e na prevenção ao erro judiciário.....</i>	<i>53</i>
<i>3.2.1.4 Possibilidade de restrições ao <i>nemo tenetur se detegere</i>.....</i>	<i>55</i>
<i>3.2.2 Argumentos pela inconstitucionalidade da norma.....</i>	<i>58</i>
<i>3.2.2.1 Identificação criminal utilizada para formação probatória</i>	<i>58</i>
<i>3.2.2.2 Meio abusivo de produção probatória e de identificação criminal</i>	<i>61</i>
<i>3.2.2.3 Violação a direitos fundamentais</i>	<i>62</i>
<i>3.2.2.5 Necessidade de balizamento do uso do mapeamento genético</i>	<i>64</i>
3.3 Visão do autor	66
<i>3.3.1 Da validade da identificação criminal genética</i>	<i>66</i>
<i>3.3.2 Da validade da obtenção coercitiva do material genético de condenados.....</i>	<i>68</i>
CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS	75

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a compatibilidade da não autoincriminação com a coleta coercitiva do material biológico humano. A coleta não consentida de material biológico em seres humanos para fins de identificação genética e posterior armazenamento em banco de dados para fins penais fere o *nemo tenetur se detegere* a ponto de inviabilizar a aplicação de lei que preveja esta medida?

A motivação pela escolha do tema é o fato de se saber que a inovação tecnológica conduz à disponibilização de vários métodos cientificamente aprovados para a identificação humana. Da mesma forma, a identificação criminal e os meios de produção de provas não acompanham tal avanço.

Os recursos da ciência genética podem proporcionar ganhos para a proteção do cidadão quando investigado pelo Estado e para a persecução penal, mas seu emprego exige a coleta de material humano para fins de exame especializado e mapeamento do perfil genético.

Um Projeto de Lei tramitou por vários anos no Congresso Nacional a fim de que o legislador deliberasse acerca da identificação genética no processo penal. Durante a apreciação do Projeto de Lei, muitas foram as controvérsias entre os parlamentares e na sociedade

A iniciativa parecia trazer mais proteção ao cidadão no momento de sua identificação para a investigação criminal e o processamento penal, assim como para a produção de provas que poderia evitar que um cidadão inocente fosse processado, julgado e talvez condenado e para dar maior eficiência ao sistema processual penal.

Por outro lado, houve muita preocupação com a proteção dos direitos deste mesmo cidadão, a fim de que ele não sofresse ações indignas e abusivas do Estado, nem fosse vítima de um retrocesso no que tange à defesa dos direitos e garantias individuais.

Tal discussão culminou na Lei n. 12.654/2012, regulamentada pelo Decreto n. 7.950/2013 que instituiu o Banco de Dados Nacional de Perfis Genéticos (BDNPG) e a Rede Integrada do Banco de Perfis Genéticos (RIBPG) no Brasil.

Para subsidiar a pesquisa, será necessário estudar a identificação humana, os fundamentos da não autoincriminação e os aspectos que circundam a coleta eventualmente

forçada de material biológico em pessoas.

No primeiro capítulo, serão estudados a identificação humana e os métodos da fotografia, da datiloscopia e do perfil genético. Também serão abordadas a identificação criminal e a identificação de condenados para fins de prova, incluindo um contexto histórico.

No segundo capítulo, a análise incorre em conhecer as características e o histórico da não autoincriminação. Por fim, serão avaliados os posicionamentos acerca de um eventual conjunto de limitações impostas ao *nemo tenetur se detegere*.

O terceiro capítulo é voltado ao estudo da coleta coercitiva de material biológico humano pelo Estado. O estudo começa pelo esclarecimento do que são regras e princípios, e como problemas de conflitos ou colisões podem ser sanados. Nesta parte, promove-se um estudo da admissibilidade de restrições a princípios em uma análise jurídica ou considerando os fatos do caso concreto. Na parte final, são expostos os argumentos contrários e favoráveis à Lei n. 12.654/2012, que foram coletados ao longo da pesquisa.

1 IDENTIFICAÇÃO HUMANA: LEGISLAÇÃO, MÉTODOS E CARACTERÍSTICAS

A identificação humana compreende um critério objetivo para a identificação civil e criminal por meio do estudo de características físicas que definem e individualizam a pessoa, como impressões digitais, perfil genético, marcas pelo corpo, dentre outras.¹

A coleta do material humano tratada nesta pesquisa volta-se a produzir uma comprovação da individualização da pessoa. O conhecimento deste aspecto da ciência biológica é essencial para o estudo conduzido neste trabalho.

Neste momento do estudo, será analisado o histórico da legislação ligada à identificação criminal e à identificação com fim de formação de lastro probatório. Em seguida, serão estudados os métodos de identificação humana previstos para as identificações ora relatadas.

1.1 Histórico legislativo da identificação na persecução penal

Neste ponto, uma importante tarefa é a análise do histórico legislativo da identificação de pessoas quando utilizada na esfera penal.

1.1.1 Identificação criminal até a Lei n. 12.037/2009

Inicia-se esta análise pela disposição constitucional que veda a identificação criminal ao civilmente identificado e a prevê apenas nos casos previsto em regulamento: “Art. 5º [...] LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei do Crime Organizado de então trouxeram os primeiros pontos de regulamentação da identificação criminal, mas apenas para hipóteses específicas²:

“No caso do ECA, o adolescente só poderia ser submetido à identificação compulsória pelos órgãos policiais para fins de confrontação, havendo dúvida fundada quanto à sua identidade. Já a Lei do Crime Organizado criou hipótese de identificação criminal obrigatória de pessoas envolvidas com ações de organizações

¹ NICOLITT, André Luiz; WEHES, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal*: Lei 12.654/2012. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 127.

² Ibidem, p. 133.

criminosas”.³

A primeira norma dedicada a regulamentar a identificação criminal, após a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) foi a Lei n. 10.054/2000. O legislador à época definiu a identificação criminal como gênero da qual a fotografia e datiloscopia, *numerus clausus*, são espécies⁴:

“Art. 1. O preso em flagrante delito, o indiciado em inquérito policial, aquele que pratica infração penal de menor gravidade (art. 61, caput e parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995), assim como aqueles contra os quais tenha sido expedido mandado de prisão judicial, desde que não identificados civilmente, serão submetidos à identificação criminal, **inclusive pelo processo datiloscópico e fotográfico.**” (grifo nosso)

Esta lei previa a identificação da pessoa em função do crime que era suspeita ou acusada. A Lei n. 10.054/2000 foi ab-rogada pela Lei n. 12.037/2009, em seu art. 9º, que vige atualmente. A atual Lei de Identificação Criminal (LIC) corrigiu esse grave equívoco da lei anterior.

Não obstante o objeto deste estudo ser os meios científicos empregados na identificação criminal, há vários aspectos jurídicos relevantes que podem ser abordados em uma comparação das duas leis dentro do apanhado histórico. Uma síntese da comparação em outros pontos pode ser observada a partir da exposição de Avena⁵:

Lei n. 10.054/00	Lei n. 12.037/09
O art. 2º previa que a identificação civil seria possível com a apresentação de qualquer documento reconhecido pela legislação brasileira.	O art. 2º taxa os documentos admitidos para a comprovação da identificação civil.
O art. 3º exige documento de identidade original.	O art. 3º não exige o documento original.
O inciso V do art. 3º previa a possibilitar de identificação criminal em caso de registro de extravio do documento de identidade apresentado	A possibilidade do inciso V do art. 3º da lei anterior não foi reiterada na lei atual.
O inciso VI do art. 3º destacava um lapso de 48 horas para que o suspeito ou acusado pudesse apresentar seu documento de identidade.	Esta garantia não foi ofertada na lei atual
As previsões do art. 3º, II, III e VI parte final da lei atual não eram previstas.	Algumas inovações foram incorporadas, como a hipótese de identificação caso o documento ofertado fosse insuficiente (art.

³ NICOLITT, André Luiz; WEHES, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal*: Lei 12.654/2012. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 133.

⁴ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal*: esquematizado. 3. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 197.

⁵ *Ibidem*, p. 194-198.

Lei n. 10.054/00	Lei n. 12.037/09
	3º, II), ou quando o suspeito porta documentos com informações conflitantes (art. 3º, III) ou ainda em caso de documento emitido por órgão domiciliado em região distante (art. 3º, VI, parte final).
As garantias dos arts. 6º e 7º da lei atual não eram tratadas.	Os arts. 6º e 7º trouxeram proteções à imagem e à intimidade do identificado, com a previsão de sigilo das informações inerentes ao procedimento, bem como a viabilidade de retirada da identificação fotográfica quando a investigação e o processo não estiverem mais em curso.

A Lei n. 12.037/2009 evoluiu em relação à norma revogada, pois trouxe uma determinação de respeito à dignidade da pessoa identificada, que afasta qualquer forma de constrangimento na execução dos trabalhos:

“Art. 4. Quando houver necessidade de identificação criminal, a autoridade encarregada tomará as providências necessárias para evitar o constrangimento do identificado.”

A edição original da atual LIC regrediu ao tornar taxativa a previsão da fotografia e da datiloscopia como meios de identificação criminal e afastar qualquer outra técnica, mesmo que seja mais moderna e precisa:

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

A Lei n. 12.654/2012 incluiu o mapeamento do perfil genético como mais um meio de identificação criminal, ainda que apenas para os casos em que a identificação seja essencial à investigação e mediante autorização judicial:

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

[...]

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

[...]

Art. 5º Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3o, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.”

Em síntese, as reservas da lei compreendem (i) a gerência e controle do banco de dados por peritos criminais, (ii) a proibição de armazenamento de dados que contenham características comportamentais ou identificadoras de traços físicos do corpo, (iii) o respeito

aos direitos fundamentais e aos preceitos internacionais de direitos humanos nos trabalhos de colheita, análise e divulgação do resultado, (iv) a obediência a preceitos da bioética, (v) a preservação do caráter sigiloso dos registros genéticos e (vi) o tempo de vida do armazenamento dos perfis em banco de dados limitado ao lapso prescricional do crime que originou a medida:

“Art. 5-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. 7-A. A **exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados** ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a **prescrição do delito.**”

Neste norte acerca da legislação, Machado acentua que quando apurada a equivalência dos perfis genéticos no decorrer da identificação criminal genética, deverá ser elaborado um laudo por perito criminal que irá para o inquérito. Os dados da identidade também serão mantidos em um banco de dados de perfis genéticos e administrados por órgão oficial de criminalística.⁶

Neste contexto histórico, um ponto a se destacar é a proteção que a atual LIC dá à integridade da pessoa, definindo restrições à identificação criminal e aos seus métodos e procedimentos. Este aspecto coloca a lei em maior sintonia com os propósitos do constituinte, que pretendia a identificação criminal como uma exceção.

Após a análise histórica da legislação voltada a regulamentar a identificação criminal, outra pesquisa histórica relevante é da legislação que trata da identificação com fins probatórios de pessoas condenadas penalmente.

⁶ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 110.

1.1.2 Identificação de condenados e a Lei 12.654/2012

A Lei de Execuções Penais (LEP) foi alterada pela Lei n. 12.654/2012, passando a prever a obrigatoriedade de identificação do perfil genético de todos os condenados por crimes hediondos (rol do art. 1º da Lei n. 8.072/1990) e por crimes dolosos contra pessoa mediante o emprego da violência de natureza grave⁷. Desta forma, a LEP passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 3. 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. 9-A. Os **condenados** por crime praticado, **dolosamente**, com **violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990**, serão submetidos, **obrigatoriamente**, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

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

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

Observa-se nas pesquisas que tal previsão legal não existia no ordenamento brasileiro, sendo pioneiras as disposições da Lei n. 12.654/2012 sobre identificação de pessoas condenadas com fins de formação de banco de dados para fins penais.

É certo que a Lei não define os procedimentos para a coleta do material humano, mencionando apenas “meio adequado e indolor” e não destaca qual material deverá ser coletado. Neste sentido, Goodwin e Hadi listam saliva por *swab* bucal, pelos contendo a raiz ou sangue como fontes úteis de material coletado em ser humano vivo.⁸

Durante as pesquisas buscou-se previsão legal que autorize o emprego dos métodos da fotografia e da datiloscopia enumerados pela LIC vigente para identificação com fim de formação probatória. Tal previsão não foi localizada no ordenamento jurídico brasileiro, nem mesmo no título VII do Código de Processo Penal que trata da prova.

Diante da apresentação do histórico legislativo da identificação, outro estudo relevante é sobre a identificação criminal e suas características.

⁷ No entendimento de Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckne, a locução “violência de natureza grave” compreende os crimes dolosos que causem lesões graves, gravíssimas ou o falecimento da vítima, ou seja, agressão real contra a pessoa que cause consequência grave. (LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNE, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 239.).

⁸ GOODWIN, Wolliam; HADI, Sibte. DNA. p. 5-28. In: THOMPSON, Timothy; BLACK, Susan (Orgs.). *Forensic human identification: an introduction*. Boca Raton: CRC Press, 2006. p. 11.

1.2 Identificação criminal

Neste tópico serão analisados os entendimentos doutrinários acerca da definição de identificação criminal e seu cabimento dentro do ordenamento jurídico no Brasil.

Norberto Avena define identificação criminal como uma categoria da qual são parte exclusivamente os meios previstos na LIC. O autor destaca que o civilmente identificado também pode ser identificado *ex lege*, evitando que documentos precários como uma certidão sem fotografia pudessem frustrar a aplicação do instituto em estudo.⁹

Nas palavras de Nicolitt e Wehrs¹⁰, a identificação criminal não visa à ligação entre a pessoa e o crime em questão, mas à comprovação de que o suspeito ou indiciado é que alega ser. Ela é meio de individualização adotado em procedimento investigatório.

Guilherme Nucci¹¹ também conceitua identificação criminal como a individualização física do investigado a fim de que ele não seja confundido com outro indivíduo. O doutrinador reforça que os métodos adotados são a datiloscopia, a fotografia e o perfil genético.

Para Nucci, a vedação à identificação criminal como direito individual foi um erro, pois a constitucionalidade neste caso é apenas formal. A matéria não goza do status de cláusula pétrea. Uma identificação civil falha e com lacunas podem ensejar a condenação de um inocente.¹²

Machado define a identificação criminal como uma providência constrangedora, independentemente do meio empregado. O jurista observa que a ampliação legal às hipóteses de identificação aplicáveis ao civilmente identificado fere a garantia do não constrangimento e pode ser questionada por meio dos remédios constitucionais disponíveis.¹³

Diante da apresentação das atuais previsões legais acerca da identificação e da enumeração dos métodos a serem adotados, bem como da definição de identificação criminal,

⁹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal: esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 185-187.

¹⁰ NICOLITT, André Luiz; WEHES, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei 12.654/2012*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 136-138.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Não paginado. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5461-1/epubcfi/6/32>>. Acesso em: 02 set. 2014.

¹² Ibidem.

o próximo assunto importante para este estudo são os métodos de identificação humana.

1.3 Métodos de identificação humana

O objetivo deste tópico é possibilitar um breve entendimento dos principais métodos de identificação humana. Tais formas buscam fornecer uma distinção unívoca entre os indivíduos e são definidas em função do objeto de análise, como uma característica física ou meramente biológica do corpo humano.

Goodwin e Hadi distinguem o que definem como parâmetros de identidade biológica em dois grupos sendo (i) um deles herdado ou estabelecido entre o momento da concepção e o nascimento da pessoa, como o perfil genético, o sexo, as impressões digitais e o grupo sanguíneo; e (ii) outro marcado por parâmetros adquiridos após o nascimento, como tatuagens, traumas físicos, doenças e intervenções odontológicas.¹⁴

O objeto deste estudo será inerente às características herdadas pelo corpo humano e que são comumente utilizadas no Brasil para identificação criminal ou como meio de prova no processo penal.

Neste momento é importante enumerar e caracterizar os três métodos de identificação admitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, que são a fotografia, a datiloscopia e o perfil genético recentemente inserido com a inovação da Lei n. 12.654/2012.

1.3.1 Identificação por fotografia

A fotografia em um conceito geral consiste na obtenção de imagens de superfícies sensíveis à luz.¹⁵ Na definição de Palacin¹⁶, a fotografia é “a técnica de criação de imagens por meio de exposição luminosa, fixando esta em uma superfície fotossensível, ou seja, sensível à luz”. Aplicada à identificação, consiste no registro da face humana frontal e lateral, a fim de registrar detalhes que individualizem a pessoa.

¹³ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 107-108.

¹⁴ GOODWIN, Wolliam; HADI, Sibte. DNA. p. 5-28. In: THOMPSON, Timothy; BLACK, Susan (Orgs.). *Forensic human identification: an introduction*. Boca Raton: CRC Press, 2006.

¹⁵ HOUAISS, Antônio. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. p. 371.

¹⁶ PALACIN, Vitché. *Fotografia: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.

A origem da fotografia como meio de identificação e de produção de provas é tratada por Bandeira:

“Um dos pioneiros da fotografia forense foi, sem dúvida, o francês Alphonse Bertillon, que, em 1879, desenvolveu o método de identificação antropométrico, também chamado em sua homenagem de Bertillonage. Entre outras técnicas, a Bertillonage consistia na captura de fotos frontais e de perfil dos criminosos da época, método que é utilizado até os dias de hoje.”¹⁷

Segundo os ensinamentos da Interpol acerca da identificação de vítimas de desastres, a identificação baseada somente em fotografia deve ser evitada a todo custo.¹⁸ Tal orientação mostra-se adequada para a identificação humana em geral, especialmente quando o que está em risco é a liberdade de pessoas.

Existem projetos institucionais de adoção de métodos multimodais para a identificação humana, com a adoção de vários métodos em um só processo de registro e reconhecimento de pessoas, como é o caso do programa “*Next Generation Identification*” da polícia federal americana – *Federal Bureau of Investigation* (FBI).¹⁹

Este programa visa ao armazenamento de vários identificadores biométricos como o de voz, de íris, facial, genético, além de outros, em adição à impressão digital. O objetivo é integrar as várias técnicas de identificação que são utilizadas nos diversos métodos a fim de viabilizar processamentos ágeis de verificação.²⁰

Desta forma, observa-se que a utilização da fotografia como método de identificação humana é recomendadamente coadjuvante a outros métodos. Somente deve ser utilizada isoladamente caso haja elementos materiais inequívocos de contemporaneidade da obtenção do registro fotográfico e da suficiência de qualidade.

1.3.2 Identificação por datiloscopia

Outro método de identificação criminal previsto na LIC é a datiloscopia, da qual

¹⁷ BANDEIRA, José Ricardo Rocha. *Fotografia forense é importante como prova pericial*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-mai-17/fotografia_forense_importante_prova_pericial>. Acesso em: 11 ago. 2014.

¹⁸ “All possible methods should be employed. Identification based solely on photographs is notoriously unreliable and should be avoided at all costs.” (INTERPOL. *Disaster victim identification guide*. Disponível em: <<http://www.interpol.int/Media/Files/INTERPOL-Expertise/DVI/DVI-Guide>>. Acesso em: 11 ago. 2014.)

¹⁹ ESTADOS UNIDOS. *Next Generation Identification*. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/fingerprints_biometrics/ngi>. Acesso em: 5 ago. 2014.

²⁰ Ibidem.

se fará uma análise histórica e se tecerão as definições básicas. Datiloscopia consiste em registrar e identificar impressões digitais.²¹ Nos ensinamentos de Galloway e Charlton²², as impressões são montadas ainda durante a formação fetal, com uma formação rugosa da pele dos dedos, palmas das mãos e dos pés.

Esta formação é aleatória e não possui vínculo com característica genética. A rugosidade é formada na derme que atua como um molde e na epiderme²³. As impressões resistem a pequenos cortes ou abrasões, regenerando-se por meio da derme. Por outro lado, cortes profundos que causem danos à derme podem afetar as impressões digitais.²⁴

Para a produção da prova material, tecnicamente é possível confrontar fragmentos de impressões digitais deixadas em cenas de crime ou em alguns tipos de superfícies com outras existentes em banco de dados para fins penais.²⁵

Em exaustiva pesquisa, não se localizou no ordenamento jurídico nacional previsão de um banco de dados de impressões digitais para fins de produção probatória de cunho criminal, assim como ocorre com o perfil genético a partir da inovação incorporada à LEP pela Lei n. 12.654/2012.

Outro importante aspecto da datiloscopia é a forma de colheita das impressões que pode ser feita por meio de instrumentos computadorizados ou com a utilização de tinta apropriada. Os recursos tecnológicos mais avançados normalmente não são empregados no Brasil, em função do custo.²⁶

Há circunstâncias que inviabilizam a coleta, como a ausência temporária ou permanente de impressões causada em dedos de trabalhadores manuais ou que tenham manipulado determinadas substâncias químicas por período prolongado. Isto pode ocorrer também com aqueles que tenham sofrido algum tipo de lesão mais profunda na derme, como

²¹ HOUAISS, Antônio. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. p. 219.

²² GALLOWAY, Vivianne; CHARLTON, Dave. Fingerprints. p. 57-72. In: THOMPSON, Timothy; BLACK, Susan (Orgs.). *Forensic human identification: an introduction*. Boca Raton: CRC Press, 2006. p. 62-63.

²³ Camada membranosa e transparente que se estende sobre a derme e que com ela forma a pele. (*Michaelis Moderno dicionário da língua portuguesa*. Melhoramentos, 2010. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/>>. Acesso em 5 ago. 2014.)

²⁴ GALLOWAY; CHARLTON, op. cit., p. 62-63.

²⁵ *Ibidem*, p. 63.

²⁶ SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Papiloscopia 1*. Disponível em: <http://ead.senasp.gov.br/modulos/educacional/conteudo/01017/paginas/Papiloscopia1_completo.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2014.

destacado anteriormente neste estudo.²⁷

Algumas peculiaridades da datiloscopia como método de identificação humana devem ser conhecidas e serão analisadas neste momento do estudo.

A identificação por datiloscopia consiste em comparar a similaridade de detalhes entre impressões encontradas em documentos com a impressão digital do identificado.²⁸ Assim como na comparação de perfis genéticos, existem ferramentas computacionais que viabilizam a busca em grandes bases de dados.

Um dos sistemas mais utilizados no mundo é o *Automated Fingerprint Identification System* (AFIS) que pode processar um confronto em poucos minutos²⁹. Existem projetos que buscam indexar os dados coletados a fim de viabilizar o processamento completamente automático das transações, buscando apresentar resultados em até dez minutos para casos de maior prioridade.³⁰

O processo de identificação consiste nas etapas de análise da marca impressa em determinado suporte em função da fricção latente dos traços papilares dos dedos do identificado. Em seguida, ocorre a comparação e avaliação com a marca latente objeto de estudo. Por fim, para dar robustez científica ao processo recomenda-se que todo o processo seja verificado por outro examinador, a fim de eliminar eventuais erros humanos do identificador.³¹

A conclusão acerca da similaridade entre as imagens analisadas dá-se pela coincidência dos pontos característicos nas linhas formadas pela rugosidade que compõe a impressão digital e que forma a marca latente por meio do contato.³²

Há três classes de padrões de estudo da datiloscopia. Nem todas as camadas são amplamente utilizadas por falta que capacitação técnica do identificador, de recursos

²⁷ GALLOWAY, Vivianne; CHARLTON, Dave. Fingerprints. p. 57-72. In: THOMPSON, Timothy; BLACK, Susan (Orgs.). *Forensic human identification: an introduction*. Boca Raton: CRC Press, 2006. p. 62-69.

²⁸ Ibidem, p. 63.

²⁹ ESTADOS UNIDOS. *Integrated Automated Fingerprint Identification System*. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/fingerprints_biometrics/iafis/iafis>. Acesso em: 8 jul. 2014.

³⁰ Idem. *Next Generation Identification*. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/fingerprints_biometrics/ngi>. Acesso em: 5 ago. 2014.

³¹ GALLOWAY; CHARLTON, op. cit., p. 61-69.

³² Ibidem, p. 61-63.

materiais ou por limitações da camada estudada.³³

A primeira delas é a mais básica e tradicionalmente utilizada como método de comparação datiloscópica e é classificada em quatro grupos básicos de padrões: arco, presilha, verticilo e composto³⁴.

Na segunda classe estuda-se o fenômeno de as linhas poderem terminar abruptamente ou se dividirem em duas, ou ainda sofrerem quebras e interrupções ao longo do seu curso. As características citadas são marcadas como pontos de análise para confronto, garantindo a possibilidade de identificar de forma unívoca uma impressão e tornando esta classe a mais utilizada na identificação datiloscópica.³⁵

A terceira classe compreende a estrutura dos poros e este estudo é chamado poroscopia. O fato de muitas marcas latentes de impressões digitais deixadas nos diversos suportes como papel ou superfície lisa ou rugosa não revelarem as marcas dos poros torna esta classe de estudo bastante limitada.³⁶

Por outro lado, se a estrutura dos poros está bem demonstrada em ambas as impressões confrontadas, o examinador terá condições de explorar a poroscopia.³⁷

Por fim, é essencial estudar as questões ligadas ao risco de erro da datiloscopia na identificação. Há casos marcantes de condenações indevidas em função da adoção de imagens de má qualidade e de se dar a estas imagens o valor de meio de prova. Um deles é o caso Brandon Mayfield³⁸ que levou o FBI a se desculpar publicamente pelo erro.³⁹

Outro risco é inerente ao número mínimo de pontos de similitude exigido para um posicionamento conclusivo do examinador acerca de uma impressão. Não há um padrão

³³ GALLOWAY, Vivianne; CHARLTON, Dave. Fingerprints. p. 57-72. In: THOMPSON, Timothy; BLACK, Susan (Orgs.). *Forensic human identification: an introduction*. Boca Raton: CRC Press, 2006. p. 63-65.

³⁴ Arcos são os padrões de impressões digitais onde os sulcos correm de um lado para o outro sem fazer uma volta para trás; presilha é a saliência sobre o centro da impressão onde aparece a forma de um gancho, com tendência de queda para a direita ou para a esquerda nas extremidades; verticilo é uma formação mais complexa em que os cumes podem apresentar espirais bem definidas ou com núcleo mais ou menos alongado; composto é o padrão constituído pela combinação de dois ou mais dos três padrões anteriores. (Tradução nossa) (Ibidem, p. 63.)

³⁵ Ibidem, p. 63-65.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

³⁸ ESTADOS UNIDOS. *A review of the FBI's handling of the Brandon Mayfield Case*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/oig/special/s0601/exec.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2014.

³⁹ Idem. *Statement on Brandon Mayfield Case*. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/news/pressrel/press-releases/statement-on-brandon-mayfield-case>>. Acesso em: 6 ago. 2014.

mundialmente definido e pacificado acerca do número mínimo de pontos de coincidência.⁴⁰

Finda a exposição acerca da datiloscopia, parte-se para o terceiro método de identificação que é o mapeamento do perfil genético, com suas características principais.

1.3.3 Identificação por DNA

Acerca da identificação por DNA, será apresentada uma noção dos princípios desta técnica, da forma de materialização dos resultados do mapeamento, do confronto entre dois códigos genéticos e por fim a aplicação deste método na persecução penal. Em função do objeto desta pesquisa, as noções a respeito desta técnica serão mais aprofundadas que as demais.

1.3.3.1 Origem e definições

Detalhamentos sobre os fundamentos e as técnicas de extração do DNA não são objeto central deste trabalho que busca contextualizar o método dentro da identificação genética na seara penal.

O aproveitamento das informações do DNA teve início com a pesquisa de Alec Jeffreys, em 1985.⁴¹ Este estudo consistia na análise dos genes que compõem uma estrutura conhecida como cromossomos, localizados nos locos genéticos e responsáveis pelas características humanas como “cor dos olhos, tipo de cabelo (liso ou crespo)”.⁴²

Os primeiros levantamentos de individualização humana por DNA foram realizados com a análise de minissatélites em regiões das células humanas chamadas *locos* onde se encontram minissatélites polimórficos que permitem a diferenciação do indivíduo.⁴³

No genoma⁴⁴ humano, cerca de 99,5% do DNA é idêntico entre os indivíduos. O restante fica em regiões polimórficas deste genoma. Estes tipos de polimorfismos de DNA

⁴⁰ ESTADOS UNIDOS. *Statement on Brandon Mayfield Case*. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/news/pressrel/press-releases/statement-on-brandon-mayfield-case>>. Acesso em: 6 ago. 2014.

⁴¹ GOODWIN, Wolliam; HADI, Sibte. DNA. p. 5-28. In: THOMPSON, Timothy; BLACK, Susan (Orgs.). *Forensic human identification: an introduction*. Boca Raton: CRC Press, 2006. p. 6.

⁴² TOCHETTO, Domingos (Org.). *Identificação humana*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003. p. 243-248.

⁴³ *Ibidem*, p. 243-248.

estão distribuídos em todo o código genético. A aplicação forense na individualização da pessoa é extraída dos 0,5% restantes.⁴⁵

Outra técnica consiste na análise de microssatélites do DNA pela reação em cadeia de polimerase (PCR).⁴⁶ Esta reação consiste em ampliar várias vezes uma região específica do DNA.⁴⁷

A parte inicial dos testes ocorre com a extração do DNA no núcleo das células. A base para comparação com o DNA de células de outros seres humanos forma-se com o conhecimento dos alelos de cada loco.⁴⁸

Há várias técnicas de extração e análise do DNA e cada uma delas estuda um marcador diferente. A frequência dos alelos na população possibilita efetuar cálculos estatísticos e os resultados dos confrontos são produzidos com base em probabilidades.⁴⁹

Este confronto pode determinar uma relação de parentesco ou a semelhança da origem se for feito com DNA de resíduo biológico coletado em perícia de local de crime ou de suspeito.⁵⁰

Um ponto na genética forense interessante de ser analisado é o DNA mitocondrial, especialmente para fins de produção probatória em matéria penal ligada a tecido antigo como cabelos, ossos e dentes.⁵¹

Este substrato para análise do DNA encontra-se fora do núcleo da célula, em uma parte responsável pela produção da potência celular, diferente da maioria do DNA encontrado no corpo humano que é eminentemente nucleico.

A região da mitocôndria celular tem seu próprio genoma. A vantagem da utilização deste DNA é a possibilidade de dispensar a existência preservada do núcleo da

⁴⁴ Conjunto de todos os genes de uma espécie de ser vivo. (HOUAISS, Antônio. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. p. 387.).

⁴⁵ GOODWIN, Wolliam; HADI, Sibte. DNA. p. 5-28. In: THOMPSON, Timothy; BLACK, Susan (Orgs.). *Forensic human identification: an introduction*. Boca Raton: CRC Press, 2006. p. 8-9.

⁴⁶ TOCHETTO, Domingos (Org.). *Identificação humana*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003. p. 243-248.

⁴⁷ GOODWIN; HADI, op. cit., p. 12.

⁴⁸ TOCHETTO, op. cit., p. 243-248.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

célula, admitindo o exame de partes de fio de cabelo ou de fezes, por exemplo.⁵²

A desvantagem da análise mitocondrial consiste nas mutações em regiões deste genoma, possibilitando resultados inconclusivos ou exclusões em caso de diferença em apenas uma ou mais posições de duas amostras confrontadas.⁵³

Entendidos os princípios do mapeamento do DNA humano, outro importante estudo são os métodos de colheita e os cuidados para que as amostras não sejam comprometidas a ponto de inutilizá-las, de serem contaminadas ou de conduzirem o resultado da análise a erros.

1.3.3.2 Método de colheita, procedimentos e cuidados

Não obstante a importância de debruço sobre os métodos de coleta de material em cena de crime, o foco deste estudo será a coleta no corpo humano vivo, consentânea com a inovação legislativa em discussão.

A exploração da PCR ampliou as possibilidades da genética forense, permitindo a utilização de amostras pequenas durante os estudos periciais. Isto tornou a coleta menos invasiva e traumática para aquele que cede o material biológico.⁵⁴

É necessário um cuidado com a coleta, preservação, armazenamento e transporte do material ao laboratório.⁵⁵ Deve ser formada uma cadeia de custódia com qualidade, permitindo a segurança e a rastreabilidade do vestígio em qualquer tempo ou lugar.⁵⁶

Butler afirma que o recolhimento do material em pessoas é algo que muitas vezes fica esquecido. O autor menciona que a colheita pode ser feita sempre da mesma forma, com extração de saliva por *swab* (cotonete) bucal ou de sangue líquido, para a obtenção do DNA da pessoa.⁵⁷

O cientista menciona que a coleta nos tempos atuais é um desafio, pois o cedente

⁵² TOCHETTO, Domingos (Org.). *Identificação humana*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003. p. 243-248.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 309-313.

⁵⁵ BUTLER, John M. *Forensic DNA typing: biology, technology, and genetics of STR markers*. 2. ed. Burlington: Elsevier Academic Press, 2005. p. 35.

⁵⁶ TOCHETTO, op. cit., p. 309-313.

⁵⁷ BUTLER, op. cit., p. 442 e 445.

tem conhecimento de que poderá ser descoberto em eventual prática delituosa no futuro ou que esteja sem autoria determinada.⁵⁸

A coleta de células epiteliais da boca da pessoa por *swab* é procedimento não invasivo e inofensivo, e comumente utilizado para esta atividade. Para demonstrar tal informação o Primeiro Ministro britânico divulgou uma fotografia oficial realizando a coleta de sua saliva, a fim de incentivar o povo a permitir a obtenção do material.⁵⁹

A Inglaterra e o país de Gales emitiram leis permitindo a coleta de material para mapeamento de DNA, no final da década de oitenta, que mais tarde passou a admitir a obtenção não consentida, exceto na Irlanda do Norte onde a permissão já existia. Esta medida aumentou a eficácia das investigações no combate à criminalidade naquela região.⁶⁰

Com a análise dos métodos de colheita e dos cuidados exigidos para esta tarefa, outro ponto relevante para o estudo é o modo como o conteúdo do exame de DNA é apresentado, especialmente em caso de confronto com outras amostras previamente cadastradas.

1.3.3.3 Probabilidade

Quando há correspondência entre duas amostras sob análise e que tenham sido confrontadas, o *expert* realiza um estudo probabilístico que leva em conta a população do local.⁶¹

Esta análise visa verificar a possibilidade de haver mais de uma pessoa com os mesmos elementos que foram valorados no exame do perfil genético em questão, definindo um grau de probabilidade de as amostras serem da mesma pessoa. Quando não há correspondência entre as amostras, há uma certeza negativa absoluta.⁶²

Situações como a acusação apoiar-se, hipoteticamente, em um resultado de exame

⁵⁸ BUTLER, John M. *Forensic DNA typing: biology, technology, and genetics of STR markers*. 2. ed. Burlington: Elsevier Academic Press, 2005. p. 442 e 445.

⁵⁹ WILLIAMS, Robin; JOHNSON, Paul. *Genetic policing: the use of DNA in criminal investigations*. Cullompton, Devon: Willan Publishing, 2008. p. 97.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 99.

⁶¹ MARTELETO FILHO, Wagner. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 153-155.

⁶² *Ibidem*.

que aponta uma probabilidade de 99,99% de o material colhido em determinado local ser de um suspeito, sem considerar outras informações relevantes como a questão de o investigado estar preso na data do fato podem ensejar críticas e discussões nos tribunais.⁶³

Da mesma forma, a defesa pode alegar que o réu está no rol dos 0,01% restantes e que na cidade onde ocorreu o crime há centenas de pessoas com alelos coincidentes com o suspeito, mas não considera, por exemplo, que um número restrito de pessoas teria a chance de acessar a cena do crime assim como ocorreu com o réu. Esta alegação poderia sofrer críticas por parte da acusação.⁶⁴

1.3.3.4 Risco de erro e emprego da técnica

Cada característica em uma pessoa é marcada por uma diferença no gene correspondente. Isto permite a correlação de pessoas por grau de parentesco:

“As bases para a utilização dos testes de identificação da individualidade humana pelo estudo do DNA encontram-se na diversidade ou polimorfismo dos diversos locos de minissatélites, microsatélites ou HLA (antígenos leucocitários humanos). Cada um de nós apresenta um cromossomo materno e um paterno, e a segregação destas estruturas repetitivas segue a lei de Mendel, em que um alelo é de origem materna e outro, paterna, para cada loco. **Caso identifiquemos em uma criança as características do alelo materno de um determinado loco, o outro alelo presente deve ser obrigatoriamente idêntico a um dos alelos do pai biológico. A ausência dessa identidade demonstra que o suposto pai não é o pai biológico da criança.**”⁶⁵(grifo nosso)

A investigação de paternidade pelo confronto material do feto com cabelo do pai é objeto frequente de execução de exames com DNA na fase de dilação probatória judicial.⁶⁶

Assim como na produção da prova pericial criminal, a identificação de pessoas em acidentes de massa, normalmente onde há corpos com queimadura de quarto grau, também é viabilizada pela técnica:

“Na identificação de pessoas carbonizadas, amplificamos o DNA da vítima e o comparamos com o de seus filhos, esposa, ou com o de seus pais, como se fosse um teste de paternidade. Em caso de manchas de sangue, comparamos o DNA extraído da mancha e o comparamos com o do suspeito, devendo apresentar identidade em todo o perfil de STR.”⁶⁷

No caso da identificação de parentesco, especialmente quando ocorrem

⁶³ TOCHETTO, Domingos (Org.). *Identificação humana*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003. p. 282-283.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Ibidem, p. 248.

⁶⁶ Ibidem, p. 243-324.

⁶⁷ Ibidem, p. 248.

queimaduras completas do corpo, o DNA é excelente ferramenta e pode ser extraído de tecidos humanos ainda preservados, como do interior de dentes molares e pré-molares.⁶⁸

Sérgio Pena ressalta, ao destacar a importância e a solidez da técnica:

“A determinação de identidade genética pelo DNA é uma técnica muito superior a todas as técnicas preexistentes de medicina forense, inclusive às impressões digitais clássicas. O DNA pode ser encontrado em todos os fluidos e tecidos biológicos humanos. [...] Finalmente, características moldadas ao longo da história evolutiva dos seres vivos adaptaram o DNA para ser uma molécula informacional com baixíssima reatividade química e grande resistência à degradação. Essa robustez da molécula de DNA, conjuntamente com o fato de que ela contém informação digital (ao contrário da informação analógica das proteínas) fazem com que o DNA seja ideal como uma fonte de identificação resistente à passagem do tempo e às agressões ambientais frequentemente encontradas em cenas de crime.”⁶⁹

Na visão de Pena, a identidade genética constitui uma revolução para o estudo molecular humano e para a investigação criminal. Resíduos biológicos humanos, como sangue, sêmen e cabelo são frequentemente encontrados em cenas de crimes e podem ser explorados em laboratórios.⁷⁰

Segundo o cientista, podem ser extraídas informações dos resíduos humanos que relacionam os vestígios a um único indivíduo. Esta identificação ligaria inequivocamente o indivíduo a uma cena do crime, mesmo que esta não seja prova suficiente para estabelecer uma certeza da autoria do mesmo no fato delituoso em questão.⁷¹

O mesmo pesquisador enumera as possibilidades da aplicação da identificação por codificação genética:

“[...] a determinação de identidade genética pelo DNA pode ser usada para **demonstrar a culpabilidade dos criminosos, exonerar os inocentes**, identificar corpos e restos humanos em desastres aéreos e campos de batalha, determinar paternidade com confiabilidade praticamente absoluta, elucidar trocas de bebês em berçários e detectar substituições e erros de rotulação em laboratórios.”⁷² (grifo nosso)

Um suspeito de estupro pode ser excluído pela análise da vilosidade coriônica⁷³, ainda durante a gravidez da suposta vítima. Outra possibilidade reside na identificação de um

⁶⁸ TOCHETTO, Domingos (Org.). *Identificação humana*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003. p. 243-324.

⁶⁹ PENA, Sérgio D. J. Segurança pública: determinação de identidade genética pelo DNA. In: Seminários Temáticos para a 3ª Conferência Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, 2005, Brasília. *Parcerias Estratégicas*, Brasília, n. 20, p. 485-489, jun. 2005. Disponível em: <http://www.cgee.org.br/arquivos/p_20_1.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2014. p. 486.

⁷⁰ Ibidem, p. 485-498.

⁷¹ Ibidem, p. 485-498.

⁷² Ibidem, p. 486

crânio com obtenção de células na arcada dentária, ou em homicídio quando são encontrados vestígios de sangue na roupa, no veículo, na residência do suspeito ou em algum objeto sob sua tutela.⁷⁴

Em crimes com depósito de vestígio biológico, durante o exame de corpo de delito esta evidência deve ser coletada e o perfil genético extraído. Caso haja um suspeito, poderá haver a comparação.⁷⁵

Um laudo pericial de confronto será gerado com a avaliação dos dados de ambos os perfis, a fim de se registrar a equivalência ou não do suspeito com o produtor do vestígio biológico.⁷⁶

Por mais que haja uma variedade de tipos de amostras, o procedimento pericial de mapeamento de um perfil genético em síntese consiste na (i) coleta do material biológico na pessoa ou na cena de crime, (ii) extração do DNA em laboratório, (iii) quantificação do DNA, (iv) amplificação da PCR, (v) levantamento do perfil genético a partir do resultado do PCR, (vi) análise, interpretação e (vii) avaliação estatística do perfil, e por fim (viii) no relatório de geração do perfil genético.⁷⁷

O método de identificação por DNA já passou por mais de uma década como o método de identificação humana mais eficiente e que tem oportunizado maior segurança jurídica. O primeiro banco de dados de perfil genético foi implantado na Inglaterra em 1995 e é chamado *National DNA Database (NDNAD)*.⁷⁸

Em números do ano 2012, o banco de dados inglês possui mais de 6,5 milhões de perfis cadastrados. Há uma resolução de aproximadamente 14 mil crimes por ano com a utilização do NDNAD. A ferramenta detecta anualmente em torno de 2,5 mil correspondências de vestígios biológicos em cenas de crimes diferentes, ou seja, que

⁷³ Material de origem fetal e do líquido amniótico durante a fase inicial da gravidez. (TOCHETTO, Domingos (Org.). *Identificação humana*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003. p. 243-324).

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ GOODWIN, Wolliam; HADI, Sibte. DNA. p. 5-28. In: THOMPSON, Timothy; BLACK, Susan (Orgs.). *Forensic human identification: an introduction*. Boca Raton: CRC Press, 2006. p. 6-7.

⁷⁶ Ibidem, p. 6-7.

⁷⁷ Ibidem, p. 10.

⁷⁸ Ibidem, p. 19-21.

pertencem à mesma pessoa.⁷⁹

Em fase de conclusão deste capítulo, observa-se que a legislação lança mão de métodos cientificamente aprovados para a identificação criminal e de condenados.

A identificação criminal tem o fim exclusivo de garantir que a pessoa investigada ou processada é quem ela diz ser, não devendo assumir a natureza jurídica de prova no processo criminal. A identificação de condenados, por outro lado, tem o objetivo de formação de acervo de registros biométricos humanos que poderá ser empregado como meio de prova para apurações futuras, mediante autorização judicial.

Acerca dos métodos de identificação humana, a legislação pátria adota a fotografia, a datiloscopia e o perfil genético. O emprego eficiente das técnicas recomenda a combinação de todas elas a fim de aumentar a certeza sobre a identificação.

Em que pese não haver hierarquia entre os métodos, o perfil genético demonstra ser o mais seguro, por ser oriundo de células que estão em todas as partes do corpo humano e por não ser alterado ou retirado por elementos externos ao longo da vida humana, além da maior precisão do valor obtido.

Depois de estudada a identificação humana, o próximo capítulo dedica-se à análise da não autoincriminação, com fim de buscar o contexto histórico, o entendimento acerca dos direitos e garantias fundamentais e como o *nemo tenetur se detegere* pode ser identificado. Ao final, apontam-se os posicionamentos acerca de um eventual conjunto de limitações impostas à não autoincriminação.

⁷⁹ INGLATERRA. *National DNA database: annual report 2011-2012*. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/200407/NDNAD_Annual_Report_2011-12.pdf>. Acesso em: 05 maio 2014.

2 A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS

No presente capítulo, estudar-se-á a não autoincriminação, o contexto histórico e as características principais. Não há a ambição de esgotar o tema, mas apresentar subsídios suficientes a uma análise da não autoincriminação no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, assim como o tema da restrição a direitos, a fim de embasar o estudo ora conduzido.

A vedação à obrigatoriedade de autoincriminação não está expressa no texto constitucional brasileiro, não obstante a existência da previsão de aplicação dos tratados e convenções internacionais relacionados a direitos humanos no seu art. 5º, §2º.

Na CRFB/88, consta apenas a determinação às autoridades informarem ao preso o seu direito de permanecer em silêncio: “Art. 5º [...] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;”

A Declaração Universal dos Direitos Humanos⁸⁰ não cita expressamente a desobrigação da autoincriminação, embora prescreva a presunção de inocência e veda a tortura.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos conhecida como Pacto de São José da Costa Rica prevê claramente em seu artigo oitavo, que trata das garantias judiciais, o que se pode interpretar como o princípio de que ninguém será obrigado à autoincriminação em depoimentos ou declarações, a saber:

“Artigo 8. Garantias judiciais [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; [...]”⁸¹

Da mesma forma, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 no seu artigo quatorze assegura a garantia à desobrigação de a pessoa confessar algo em seu prejuízo:

⁸⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

⁸¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

“Artigo 14 [...]

§3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]

g. a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.[...]”⁸²

2.1 Contexto histórico

Nesta parte das discussões, faz-se mister uma pesquisa do âmbito histórico do *nemo tenetur se detegere*. Queijo⁸³ faz um relato histórico a fim de clarificar os vários significados de que “ninguém é obrigado a se descobrir”, em uma tradução literal assumida ao longo do tempo.

Ao pesquisar sobre o tema, a autora aponta não ser possível precisar a origem do princípio na Antiguidade. O Código de Hamurabi e as Leis de Manu não admitiam o silêncio do acusado durante o interrogatório que era feito perante os tribunais. O mesmo ocorria no Egito, onde havia uso da tortura. Já para o Direito hebreu, a confissão era uma aberração.⁸⁴

Ao contrário do que alguns autores afirmam, o *nemo tenetur se detegere* não tem origem no direito romano clássico. Os bárbaros durante a Idade Média empregavam o interrogatório como meio de prova e ignoravam a não autoincriminação.⁸⁵

No direito comum, ainda na Idade Média, os conhecimentos do acusado eram valorizados especialmente no processo inquisitório. Desta forma, o uso da força era adotado quando julgado necessário. A extorsão da verdade informada pelo acusado era essencial ao processo que privilegiava a presunção de culpa e afastava o direito ao silêncio.⁸⁶

Ao avançar para as Idades Moderna e Contemporânea, observa-se no Iluminismo o firmamento da não autoincriminação, uma vez que o acusado deixa de ser visto como meio de prova. Mesmo assim, tal construção não foi harmoniosa de início.⁸⁷

Alguns filósofos como Pietro Verri apontavam outras formas de extorsão da verdade do acusado além da tortura e todas elas poderiam levar inocentes à condenação.

⁸² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. 1966. <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

⁸³ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 28.

⁸⁴ Ibidem, p. 28-29.

⁸⁵ Ibidem, p. 30.

⁸⁶ Ibidem, p. 30-31.

⁸⁷ Ibidem, p. 31-32.

Afirmava que a tortura para a obtenção da confissão afastava a própria verdade e era inútil.⁸⁸

Nesta parte do estudo, não se pode deixar de citar Beccaria que nota contradição entre a lei e o juramento pela verdade imposto ao acusado, além de condenar a confissão forçada pela tortura:

“Por este método, o mais resistente escapará e o mais frágil será condenado. São essas as inconveniências desse falso teste da verdade, pertencente somente aos canibais e que os romanos, bárbaros sob muitos aspectos, reservavam apenas aos escravos, vítimas de uma feroz e muito admirada virtude.”⁸⁹

Beccaria descreveu os fins de uma confissão por meio de tortura, mesmo que alheia a qualquer respeito aos direitos do acusado e mais à frente trouxe uma versão da presunção de inocência:

“A tortura de um criminoso durante seu julgamento é uma crueldade consagrada pelo uso, na maior parte das nações. É usada com a intenção de fazê-lo confessar o crime, ou para explicar alguma contradição na qual ele caiu enquanto depunha, ou ainda para descobrir seus cúmplices, ou por algum tipo de purgação metafísica e incompreensível da infâmia, ou, finalmente, para descobrir outros crimes dos quais ele não é acusado, mas dos quais ele pode ser culpado.

Ninguém pode ser condenado como criminoso até que seja provada sua culpa, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública até que tenha sido provado que ele violou as regras pactuadas.”⁹⁰

Ao tratar do juramento durante o interrogatório, o filósofo persiste na discordância à ideia de que alguém possa dizer algo em seu prejuízo e neste ponto destaca a existência de uma contradição entre a lei e a vontade natural do homem. Ele afirma que o juramento tornou-se mera formalidade:

“A experiência prova a sua inutilidade, pois que me sirvam de testemunhas os juízes, se algum criminoso, algum dia, disse a verdade sob juramento. E a razão nos diz que são inúteis e, por consequência, destrutivas, as leis que contradizem o sentimento natural da humanidade.”⁹¹

Jeremy Bentham⁹² contradiz os que estendem o direito de silêncio à testemunha ao afirmar ser este irracional, pois se trata da mais fidedigna prova. Afirma ainda que o testemunho é eminentemente meio de instrução e deve ser admitido. Em um cenário de falta

⁸⁸ VERRI, Pietro. Observações sobre a tortura. Tradução de Federico Carotti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 89 apud FREITAS, Jéssica Oniria Ferreira de. Sobre a tortura e sua configuração jurídica e fática no Brasil. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena*, Belo Horizonte, Ano XVII, n. 1, p. 161-187, 2009. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadoacaap/index.php/revista/article/view/76/75>>. Acesso em: 28 ago. 2014. p. 164-165

⁸⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012. p. 48.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ Ibidem, p. 58-59.

de indícios, o silêncio da testemunha é um mal grave que favorece a impunidade.

Bentham afirma ainda que o silêncio em matéria criminal equivale à confissão, quando há outros elementos que possam compor o convencimento do julgador. Por outro lado, afirma que a confissão obtida por tortura deixa mais dúvida do que prova, uma vez que o culpado mais forte resiste mais à tortura e têm esta vantagem a seu favor.⁹³

Ao passar para a análise evolutiva dentro do direito anglo-saxão, a Inglaterra foi pioneira no reconhecimento do *nemo tenetur se detegere*, embora ainda se adotavam medidas negativas ao réu em caso de silêncio, como uma presunção relativa de culpa que não levava necessariamente à condenação.⁹⁴

Acerca da evolução que deu origem ao que se denomina garantia contra a autoincriminação no direito anglo-americano ou *privilege against self-incrimination*, afirma-se que este não coincide com o princípio original conhecido como garantia de não se trair ou *nemo tenetur prodere se ipsum*.⁹⁵

O *nemo tenetur prodere se ipsum* é mais amplo e abarca não apenas a proteção ao acusado na esfera criminal, mas também à testemunha e até mesmo ao réu em caso de responsabilidade civil.⁹⁶

O direito de não testemunhar contra si foi expresso já na Idade Média e foi ampliado na Europa nos séculos XVI e XVII. Este não era um direito fundamental, mas apenas uma vedação ao Estado na intromissão à vida privada. O *nemo tenetur se detegere* somente era válido quando o crime não era conhecido, em investigações abstratas. Quando o crime era público, vigorava o juramento de ofício.⁹⁷

A Reforma Protestante foi um marco para a não autoincriminação, pois os acusados passaram a negar o juramento de ofício e utilizar o *habeas corpus* contra o poder da

⁹² BENTHAM, Jeremy. *Tratados de las pruebas judiciales*. Tradução de Don Baltasar Anduaga Espinosa. v. 4. Madrid: Oficina del Establecimiento Central, 1845. p. 64-71.

⁹³ Ibidem, p. 120-121.

⁹⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 34-35.

⁹⁵ HELMHOLZ, R. H. et al., *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: Univerdade de Chicago, 1997, p. 100 apud QUEIJO, op. cit., p. 35.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ QUEIJO, op. cit., p. 36-38.

corde, e recorrer ao *writ* de proibição que questionava a competência do tribunal.⁹⁸

No início do século XVII houve o *leading case*⁹⁹ *Maunsell & Ladd* onde os advogados confrontaram o dever de autoincriminação com o direito natural, a *Magna Charta*¹⁰⁰ e os estatutos ingleses.¹⁰¹

A ausência de advogados de defesa estimulava o acusado a depor, pois o silêncio contava a seu desfavor. A atuação do advogado começou no final do século XVIII em determinados crimes, mas os juízes limitavam-na como no caso de vedação do defensor em dirigir-se aos jurados.¹⁰²

Após a contextualização histórica do *nemo tenetur se detegere*, passa-se a uma análise do conceito de direitos e garantias fundamentais.

2.2 Os direitos e garantias fundamentais e o *nemo tenetur se detegere*

Este ponto da pesquisa busca uma definição para os direitos fundamentais, embora isto não seja o objeto maior do atual trabalho. O fim desta investigação é avaliar se a não autoincriminação pode ser descrita como um direito fundamental para dar subsídio ao estudo acerca do confronto de interesses deste com outros direitos de mesma envergadura, a ser feito mais a frente.

Ferreira Filho¹⁰³ não faz distinção explícita entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. Ele enumera as três gerações dos direitos fundamentais ligadas à liberdade, aos direitos sociais e aos direitos de solidariedade.

⁹⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 39-40.

⁹⁹ “*Leading cases* contribuem ou determinam o direito sobre os pontos envolvidos e atuam como guias para decisões posteriores.” (tradução nossa) (*The law dictionary*. <<http://thelawdictionary.org/leading-case/>>. Acesso em: 13 ago. 2014.)

¹⁰⁰ “Em 15 de junho de 1215, em um campo em Runnymede, o rei João firmou o selo de Magna Carta. Pressionado por 40 barões, ele consentiu em suas demandas, a fim de evitar a guerra civil. Somente 10 semanas depois, o Papa Inocêncio III anulou a lei e a Inglaterra mergulhou em uma guerra interna.[...] Magna Carta, 1297 [...] uma das leis mais importantes da história da democracia.” (Tradução nossa) (NATIONAL ARCHIVES. *The Magna Carta*. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/featured_documents/magna_carta/index.html>. Acesso em: 14 ago. 2014.)

¹⁰¹ QUEIJO, op. cit., p. 39-40.

¹⁰² *Ibidem*, p. 40-41.

¹⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 24.

Ao citar a doutrina moderna, Moraes¹⁰⁴ também classificou os direitos fundamentais em três categorias. Na primeira geração estão “os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas)” que surgiram com a *Magna Charta*.

Na segunda geração estão os direitos sociais, econômicos e culturais, que surgiram no início do século passado. Na terceira estão os direitos de liberdade, solidariedade e fraternidade. Ressalta que há outros doutrinadores que fazem uma classificação dividida em quatro gerações.¹⁰⁵

Ferreira Filho relaciona direitos fundamentais e garantias ao classificar estas como defesas especiais que se relacionam a certos direitos. Em uma definição mais fechada, as garantias institucionais são meios para a defesa dos direitos. Deste modo, elas também são direitos fundamentais.¹⁰⁶

Moraes¹⁰⁷, da mesma forma, demonstra que a própria carta política brasileira diferenciou os direitos das garantias individuais ao enunciar seu Título II. Assim como Ferreira Filho, ele trata as garantias individuais e as garantias institucionais. Estas não seriam propriamente direitos do cidadão, mas de instituições como a família.

As garantias fundamentais são prescrições assecuratórias que limitam o poder para assim defender os direitos. Os direitos são frutos de disposições declaratórias que lhes dão a existência legal. A expressão da garantia e a declaração do direito podem conjugar o mesmo dispositivo legal ou constitucional.¹⁰⁸

Para Canotilho¹⁰⁹, as garantias são direitos, ainda que se imprima nelas a característica de instrumento para proteção dos direitos. Elas são ora o direito de o cidadão cobrar o respeito aos seus direitos, ora a segurança do emprego dos meios processuais hábeis à busca destes direitos.

Bittar¹¹⁰ relembra toda a discussão que há em torno da noção de direitos

¹⁰⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 29-30.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50-51.

¹⁰⁷ MORAES, op. cit., p. 29-31.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 31.

¹⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 520 apud MORAES, op. cit., p. 31.

¹¹⁰ BITTAR, Eduardo C. B. *Direitos fundamentais*. In: BONAVIDES, Paulo (Coord.) et al. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 51.

fundamentais e define estes como direitos humanos constitucionalizados ou inseridos em um arcabouço jurídico constitucional:

“Os direitos fundamentais, em suas diversas dimensões, compõem o acervo de direitos que permitem a ampla e plena salvaguarda da dignidade da pessoa humana e, por isso, podem ser considerados aqueles direitos sem os quais é impossível pensar o desenvolvimento de sociedades democráticas, pluralistas, tolerantes e abertas.”¹¹¹

Queijo¹¹², de forma mais taxativa, enquadra o *nemo tenetur se detegere* como um direito e também uma garantia fundamental oponível ao Estado e com fim de resguardar a liberdade do cidadão contra excessos e abusos:

“[...] o princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.”¹¹³

Na visão de Albuquerque¹¹⁴, o *nemo tenetur se detegere* é uma garantia que somente existe em função dos direitos fundamentais, para protegê-los. Isto denota uma clara distinção entre direitos e garantias.

O nascedouro desta garantia foi a preocupação com os arbitrários meios pelos quais se buscava a confissão. Neste ponto o autor polemiza ao alertar: “Em prol dos direitos humanos dos acusados, bem como de seu reconhecimento como sujeitos processuais, abriu-se mão de um valioso elemento de convicção.”¹¹⁵

Por fim, Mendes¹¹⁶ equipara direitos fundamentais a princípios e considera a estrutura dogmática do direito fundamental algo essencial para avaliar sua limitação, devendo ser clarificado qual é o âmbito de proteção¹¹⁷ do direito.

¹¹¹ BITTAR, Eduardo C. B. Direitos fundamentais. In: BONAVIDES, Paulo (Coord.) et al. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

¹¹² QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 76-78.

¹¹³ Ibidem, p. 77.

¹¹⁴ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 37.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33-43.

¹¹⁷ “[...] trata-se do bem jurídico tutelado, ou seja, do objeto tutelado, que nem sempre se afigura de fácil identificação, especialmente em decorrência das indeterminações semânticas invariavelmente presentes nos textos normativos (disposições) que asseguram direitos fundamentais, mas também entre outras razões, em virtude da dupla dimensão objetiva e subjetiva e da conexa multiplicidade dos direitos fundamentais.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 396.)

No mesmo sentido, Machado¹¹⁸ estabelece que o direito de não produção de provas contra si é o princípio da não autoincriminação.

Ao tratar das proteções visadas pela não autoincriminação, Eugênio Pacelli¹¹⁹ enumera a salvaguarda da dignidade humana, da integridade física e mental, da capacidade de autodeterminação e da concreta desobrigação de declarar algo contra si.

Do exposto e sem avançar acerca das distinções entre garantias e direitos, observa-se na conclusão deste tópico que o *nemo tenetur se detegere* pode ser classificado como uma garantia fundamental, não obstante a inexistência de prescrição constitucional literal, mas tão somente a sua fixação nos normativos internacionais de direitos humanos e dos quais o Brasil faz parte.

2.3 Posicionamentos acerca de limitações à não autoincriminação

Este tópico busca analisar as posições, com pontos relevantes favoráveis e contrários, acerca da possibilidade de se impor restrições à aplicação da não autoincriminação em determinadas situações. Quaisquer menções a elementos históricos têm o único fim de demonstrar o argumento dos autores citados.

Para Albuquerque, a necessidade de a sociedade mundial reagir a regimes antidemocráticos como a ditadura na América Latina impôs uma extensão restrita às garantias e direitos fundamentais, formando uma blindagem contra a atuação do Estado na formação probatória. De outro modo, atualmente é possível uma reanálise desta extensão e destes limites, com uma interpretação mais flexível.¹²⁰

A argumentação continua ao afirmar que, quanto à não autoincriminação, devem ser buscadas as razões para a sua rigidez na origem e a organização do atual processo penal, sem ameaçar a comunidade prejudicada com a prática do crime, que fica carente de uma persecução penal eficaz pelo Estado.¹²¹

¹¹⁸ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 546.

¹¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 389.

¹²⁰ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 38-39.

¹²¹ *Ibidem*.

Marteleteo Filho¹²² afirma que a não autoincriminação é uma garantia sem âmbito de proteção amplo, tendo estrutura de princípio *prima facie*¹²³. Em função disto, entende que cabem restrições à garantia fundamental. A ressalva que se faz é pela exigência da aplicação da proporcionalidade e da previsão legal para as intervenções corporais¹²⁴.

Segundo Marteleteo, a característica irrestrita da garantia de não autoincriminação tornaria insuficiente a proteção dos demais direitos fundamentais, mas não enumera quais seriam eles. Admite-se o lastro probatório a partir de material genético fornecido voluntariamente ou coletado em local de crime.¹²⁵

Albuquerque reafirma que a não autoincriminação limita o Estado, que não mais pode ultrapassar os limites do respeito à integridade do cidadão, seja moral, psíquica ou física. Não é possível admitir uma persecução penal que agrida os direitos fundamentais do cidadão sob a alegação de busca da eficiência. Por outro lado, se houver o respeito a esse limite, acionar o *nemo tenetur se detegere* além daí é abusar da garantia.¹²⁶

A legitimação deste acionamento por parte do Estado é uma convivência não suportável com as práticas criminosas que violam outros direitos fundamentais tão ou mais importantes do que aqueles amparados pela citada garantia.¹²⁷

Neste ponto, há ênfase em afirmar que o prejuízo à obtenção de provas, quando se respeita a não autoincriminação nos moldes do respeito à integridade da pessoa, é contribuir com a impunidade.¹²⁸

A produção de provas é uma via de mão dupla e não deve contemplar apenas a

¹²² MARTELETO FILHO, Wagner. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 123-124.

¹²³ “À primeira vista; à primeira aparência; até que possa ser julgado”. (Tradução nossa). (*The law dictionary*. <<http://thelawdictionary.org/leading-case/>>. Acesso em: 13 ago. 2014.)

¹²⁴ Segundo Maria Elizabeth Queijo, as intervenções corporais podem ser invasivas ou não invasivas. As invasivas consistem na penetração no corpo humano de instrumentos ou substâncias (“exames de sangue em geral, o exame ginecológico e a identificação dentária, e, ainda, a endoscopia e o exame do reto”). As não invasivas são os exames externos sobre o corpo (“matérias fecais, os exames de DNA realizados a partir de fios de cabelo e pelos; as identificações dactiloscópicas, de impressões dos pés, unhas e palmar e também a radiografia”). Existem ainda os exames que podem ser feitos por intervenção invasiva ou não invasiva (busca pessoal, “exames de urina, esperma e saliva”). (QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 289-290.)

¹²⁵ MARTELETO FILHO, op. cit., p. 159-160.

¹²⁶ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 35-68.

¹²⁷ Ibidem.

defesa. A prova é essencial ao próprio contraditório e sua produção faz parte da essência da defesa e da acusação, garantindo eficácia na prestação jurisdicional e se formando como uma ampliação do direito de ação.¹²⁹

Eugênio Pacelli¹³⁰ adverte que o direito brasileiro comete equívocos acerca do âmbito de proteção do princípio da não autoincriminação, ao contrário do direito comparado. Já se chegou a cogitar internamente a possibilidade de admitir fuga da pessoa detida pelo Estado como exercício da não autoincriminação. De mesma forma, como exemplo, a dispensa de coerção para produção de padrões manuscritos não está no rol de direitos protegidos pela não autoincriminação. Não cabe a sua aplicação nestes casos.

Albuquerque, ao reforçar que as instituições estatais devem dispor de meios para alcançar a comprovação dos delitos em seus detalhes, mas sempre cumprindo a premissa da proteção dos direitos dos cidadãos, afirma: “É dizer: em processo penal, a equação é: direitos fundamentais vs direitos fundamentais”. A ênfase está no entendimento de que o Estado não pode alimentar uma ideia de negativa constante do acusado em contribuir com as instituições estatais, sob pena de se sabotar no seu mister de defesa e proteção da sociedade que o constitui.¹³¹

A proteção deve ser direcionada para a integridade moral, física e mental da pessoa e qualquer exigência legal estatal que não a fira se faz legítima.¹³² Nesta visão é relevante citar:

“[...] o princípio da presunção de não-culpabilidade não presenteia a defesa com um direito de não participar do processo e, para que a inação do investigado/acusado não lhe possa trazer consequências contrárias a seus interesses, é de rigor que sua inércia apresente-se como um comportamento autorizado, justificado na proteção de direitos fundamentais[...] o comportamento alheio ao desenvolvimento processual é sempre prejudicial à construção da verdade e enfraquece o princípio do contraditório[...]”¹³³

Com foco na cooperação do acusado, Queijo¹³⁴ analisa as consequências da violação ao *nemo tenetur se detegere* na produção de provas que dependem de ação

¹²⁸ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 35-68.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 49.

¹³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 390.

¹³¹ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 49.

¹³² *Ibidem*, p. 35-68.

¹³³ *Ibidem*, p. 58.

¹³⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 458.

colaborativa do réu. A autora cita alguns exemplos da ilicitude da prova, como a coação do acusado a realizar a reprodução simulada.¹³⁵

Outra ilegalidade seria a participação coercitiva em colheita de material grafotécnico ou para a realização de exame de DNA com coleta coercitiva de sangue. Neste ponto, a autora destaca uma menção importante para os estudos: caso a lei preveja a proporcionalidade, esta deverá ser tratada em concreto, mas se não for tratada haverá violação ao princípio da não autoincriminação.¹³⁶

No entendimento da estudiosa, a prova ilícita não figura como prova nula. Ela deixa de ter característica de prova. A escritora informa que as restrições ao princípio em estudo somente podem se operar por lei, com previsão abstrata que se enquadre no princípio da proporcionalidade.¹³⁷

Desta forma, as exceções a um direito fundamental não podem se operar de modo casuístico, ao desamparo legal. O Estado Democrático de Direito prima pelo interesse e pelo desenvolvimento da sociedade, bem como pelo controle sobre seus próprios atos.¹³⁸

O Estado deve buscar os meios para que os indivíduos obtenham seus fins e deve visar ao bem comum. A prática delituosa deve ser combatida, mas não com a adoção de medidas tão graves para a repressão como o próprio crime. O cerne dos direitos que suportam a dignidade da pessoa humana deve ser protegido.¹³⁹

Nas suas considerações, Guzella aponta uma dúvida sobre qual caminho seguir, frente às demandas que são impostas ao direito penal nos tempos atuais. Ela destaca que várias são as teorias que buscam uma solução para esta questão e que há uma complexidade no cenário atual:

“Verifica-se que, de um vértice, **a realidade atual carece da atuação preventiva**, pois enfrenta processos de transformações sociais que refletem dúvidas, insegurança, espanto... **por outro, esta reformulação do direito penal causa perplexidade**, vez que, princípios e garantias fundamentais, que funcionam como obstáculos para a intervenção estatal penal na esfera de liberdade, passam a ser flexibilizadas, e, muitas vezes, desprezadas pela busca de um referencial no combate

¹³⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 458-460.

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ Ibidem.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ Ibidem.

aos riscos.”¹⁴⁰ (grifo nosso)

Independente de qual caminho será seguido, aponta-se grande preocupação com a manutenção do respeito aos direitos e garantias fundamentais. A evolução tecnológica não deve impor novos riscos que causem regresso nas conquistas da humanidade a ponto de que o direito penal perca sua identidade, tornando-se “puramente simbólico”.¹⁴¹

Por fim e concluindo este segundo capítulo, deduz-se que todo o cotejo histórico do *nemo tenetur se detegere* apurado foi em torno do interrogatório – na prevenção da confissão forçada –, do qual inegavelmente o investigado ou réu merece toda a proteção contra abusos que o levem a afirmar algo contra sua vontade. Como afirma Beccaria, contra tortura somente os fisicamente fortes opõem-se e os fracos são condenados.

A não autoincriminação, na aglutinação dos entendimentos esposados, pode ser entendida como uma garantia, pois constitui um direito que protege outros direitos, como defesa da dignidade humana, da presunção de inocência, da integridade física e psíquica, da capacidade de autodeterminação e da efetiva exoneração de afirmar algo contra si.

Tal garantia abarca a prova material na atualidade por força dos textos que legislam acerca de direitos humanos e na CRFB/88 de forma discreta e com fim específico ao garantir o direito de silêncio do preso.

A viabilidade de impor limites à não autoincriminação afigura-se possível, preliminarmente, desde que positivada em lei e tenha como objeto outros direitos fundamentais como objeto de proteção, a fim de que se opere a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Os pontos até então estudados não prescindem de uma noção acerca de regras e princípios para assim entender a proporcionalidade. Do mesmo modo, não dispensam visitar os argumentos acerca do grau de harmonia entre a Lei n. 12.654/2012 e o *nemo tenetur se detegere*. Esse é o alvo de estudo do próximo capítulo.

¹⁴⁰ GUZELLA, Tathiana Laiz. A expansão do Direito Penal e a sociedade de risco. In: XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONDEPI, 2008, Brasília. *Anais do XVII Congresso nacional do CONDEPI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 3086.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 3086-3087.

3 A COLETA COERCITIVA: ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS

A coleta de material biológico do corpo de pessoas condenadas por determinadas práticas delituosas foi inserida na LEP pela Lei n. 12.654/2012. Segundo o texto legal, há a possibilidade de a mencionada coleta ser feita mesmo que de forma não consentida e este tema será objeto no presente capítulo.

Não obstante os protagonistas desta discussão avaliarem as disposições da Lei sob vários aspectos da CRFB/88, o foco deste trabalho são os direitos inerentes à não autoincriminação, em especial quanto à previsão de aplicação forçada da identificação genética.

Diante das questões apresentadas acerca de eventual limitação da não autoincriminação, é indeclinável verificar a distinção entre regras e princípios, antes mesmo de discutir os argumentos propriamente ditos.

3.1 Regras e princípios: restrições a uns em face de outros

Este ponto do trabalho não tem a pretensão de aprofundar-se no estudo do complexo tema da aplicação da norma enquanto regra ou princípio, mas buscar o embasamento para tratar a natureza da não autoincriminação e dos direitos abalados ou protegidos pela Lei n. 12.654/2012, que são o objeto principal desta investigação.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que a única hipótese de limitação à aplicação da norma relacionada a direitos humanos é para não privilegiar alguém em demasia, em detrimento de direito declarado de outrem:

“Artigo 29. [...]”

2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.”

É essencial apresentar as visões de Ronald Dworkin e de Robert Alexy sobre o tema, como dois estudiosos deste assunto. Dworkin¹⁴² não admite um juízo fortemente discricionário como postulam os positivistas, pois o direito não é incompleto.

Os positivistas alegavam que não havia uma diretriz a ser adotada para a solução de um caso controverso. O juiz era dotado de discricionariedade que lhe dava liberdade para decidir como entendesse adequado.¹⁴³

Para Dworkin, as regras não são absolutas, podendo comportar exceções. Por outro lado, admite que o Direito é formado também por um sistema de princípios capaz de levar a uma única resposta correta e não a um conjunto de respostas diferentes igualmente válidas.¹⁴⁴

Ao se apegar a esta premissa, o filósofo adota a personagem do juiz Hércules que teria capacidade de considerar a estrutura de princípios que em tese seriam cabíveis ao caso concreto.¹⁴⁵ Acerca de Hércules, Branco descreve:

“Com o empenho de sua capacidade excedível e sobre-humana, da sua paciência inigualável e da disposição de um tempo inesgotável, Hércules haveria de compreender o caso em todos os seus lineamentos fáticos e jurídicos, revelando, então, a única solução correta que a controvérsia atrai.”¹⁴⁶

O juiz deveria considerar a história jurídica da comunidade, com seus textos legais e seus anseios. Em posse deste conhecimento, o julgador deveria construir soluções coerentes voltando-se para o futuro, mas sem abandonar a justificação da medida a fim de demonstrar que a decisão tomada teve base na integridade e não na convicção pessoal do sentenciante.¹⁴⁷

¹⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Fontes Martins, 2010.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 34-35.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 42-43.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 165.

¹⁴⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 149.

¹⁴⁷ DWORKIN, *op. cit.*, p. 182.

Acerca do estudo de regras e princípios¹⁴⁸, estes no seu todo e com toda a carga moral agregada seriam capazes de dar todas as respostas.¹⁴⁹ O juiz deve decidir com coerência, sob o prisma da integridade:

“O juiz deve identificar direitos e deveres partindo da noção de que foram concebidos por uma *comunidade personificada*, sob o signo de uma concepção coerente de justiça e de equidade. Essa comunidade de princípios revela que os cidadãos são regidos não apenas pelas regras resultantes do processo político, mas também por princípios comuns”.¹⁵⁰

É neste sentido que Branco conclui o entendimento de Dworkin de que não são possíveis várias soluções válidas de forma igual em um entendimento do direito como integridade, coerente e sob valores morais da comunidade. Condições ideais podem indicar uma solução única e precisa e para isto o filósofo alça a já mencionada figura de Hércules.¹⁵¹

Robert Alexy coaduna com o pensamento de Dworkin acerca da contrariedade ao positivismo que advoga pela discricionariedade de critérios na solução dos casos complexos. Por outro lado, ele diverge do entendimento de que os princípios podem levar a uma única resposta certa, mas mantém o caráter *prima facie* das regras e princípios.¹⁵²

Amorim¹⁵³ esclarece que Alexy admite o caráter *prima facie* também para as regras, uma vez que elas admitem cláusulas que lhes imponham exceções. Por outro lado, ela destaca que este caráter é mais rígido que nos princípios.

¹⁴⁸ “A norma da espécie *regra* tem um modo de aplicação próprio que a diferencia, qualitativamente, da norma da espécie *princípio*. Aplica-se a regra segundo o modo do tudo ou nada; de maneira, portanto, disjuntiva. [...] Ensina Dworkin que os princípios, de seu lado, não desencadeiam automaticamente as consequências jurídicas previstas no texto normativo, pela só ocorrência da situação de fato que o texto descreve. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão do peso.” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 73.). No mesmo sentido, Branco ao citar Dworkin complementa: “Um conflito entre regras resolve-se pelos critérios clássicos de solução de antinomias (hierárquico, da especialidade e cronológico). [...] Não se resolvem os conflitos entre princípios, tomando um como exceção do outro. O que ocorre é um confronto de pesos entre as normas que se cotejam.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 146.). Por sua vez, Alexy elege o critério da generalidade como o mais frequente para distinguir regras de princípios: “Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 87.)

¹⁴⁹ BRANCO, op. cit., p. 148.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 150.

¹⁵¹ Ibidem, p. 204.

¹⁵² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 103-104.

¹⁵³ AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. *Revista da Informação Legislativa*, Brasília, Ano XVII, n. 165, p. 123-134, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15545-15546-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2014. p. 134.

Alexy assegura que a distinção entre regras e princípios é indispensável para a teoria da fundamentação ou da argumentação¹⁵⁴ e para a solução de problemas, no que tange aos direitos fundamentais:

“Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.[...] Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.”¹⁵⁵

Acerca da fundamentação, Alexy faz uma distinção entre a justificação interna e externa. A primeira trata o caráter racional das premissas empregas junto ao aspecto formal da fundamentação jurídica e a segunda tem como alvo a fundamentação das proposições utilizadas na justificação interna.¹⁵⁶

A teoria da argumentação jurídica proporciona parâmetros à justeza nas decisões jurídicas, que são resultado de uma deliberação construída de forma racionalmente controlável e desenvolvida.¹⁵⁷

A explanação acima conduz à aplicação do princípio da proporcionalidade na solução de casos em que haja princípios colidentes a fim de aplicar com maior ênfase aquele mais relevante diante do caso concreto em análise, mas sem retirar os demais do ordenamento.¹⁵⁸

Quando se fala em restrições a direitos fundamentais, a admissibilidade constitucional da medida não deve ser a única preocupação, mas também se a restrição está de acordo com o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. A reserva legal e os meios usados e fins visados pelo legislador são avaliados necessariamente em conjunto com a

¹⁵⁴ Amorim afirma que as estruturas da ponderação devem ser estudadas sob a teoria da argumentação. Ela explica que Robert Alexy propõe os níveis das regras e dos princípios e um terceiro nível que é a teoria da argumentação jurídica que orienta como a decisão racional fundamentada poderá ser tomada com base nos dois outros níveis. (AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. *Revista da Informação Legislativa*, Brasília, Ano XVII, n. 165, p. 123-134, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15545-15546-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2014. p. 133.)

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 85.

¹⁵⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 163-164.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 164.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 205.

adequação destes meios e com a necessidade do seu uso.¹⁵⁹

Mendes e Branco falam nos subprincípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade (ou razoabilidade) em sentido estrito, como parte do princípio da proporcionalidade.¹⁶⁰

O subprincípio da adequação demanda que as medidas restritivas sejam aptas e idôneas a alcançar o objetivo visado. O subprincípio da necessidade denota que nenhum meio mais brando para o indivíduo seria identicamente eficaz no alcance dos fins almejados. Por último, a proporcionalidade *stricto sensu* busca alcançar a exata ponderação entre o sentido da intervenção para o atingido e os fins visados pelo legislador.¹⁶¹

Os doutrinadores resumem que adequação e necessidade não têm a mesma força ou destaque no juízo de ponderação. Assim sendo, somente o adequado é capaz de ser necessário, porém o que é necessário não está apto a ser inadequado e isto dá maior importância para o teste de adequação.¹⁶²

O princípio da proporcionalidade reveste os direitos fundamentais de proteção, em função de as conclusões serem dadas sob uma análise racional do caso, com rigor na exposição argumentativa. O juízo de ponderação enfrenta restrições impostas pelo próprio princípio da proporcionalidade.¹⁶³

Alexy aponta as colisões entre princípios e os conflitos entre regras como o que mais demonstra a diferença entre regras e princípios. Nos conflitos entre regras, a solução deve se pautar pela adoção de alguma cláusula de exceção caso exista, mas se isto não for possível, uma das regras deverá ser considerada inválida.¹⁶⁴

O estudioso destaca a lei de colisão como um fundamento da teoria dos princípios, quando estes seriam mandamentos de otimização, em função da falta de precedência absoluta

¹⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 227.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 227.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 344.

¹⁶² *Ibidem*, p. 227.

¹⁶³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 205-207.

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 91-93.

entre os princípios e da ausência de mensuração exata das ações e situações ligadas a eles.¹⁶⁵

Segundo Alexy, o modelo proposto por Dworkin é muito simples quando propõe um caráter tudo-ou-nada para as regras e *prima facie* para os princípios. O filósofo expõe que há caráter *prima facie* tanto para regras quanto para princípios, com as devidas distinções.¹⁶⁶

Ao contrário do que previa Dworkin, a cláusula de exceção de uma regra pode ser um princípio. Desta forma, para Alexy as cláusulas de exceção que podem incidir sobre uma regra não são numeráveis e isto concede um caráter *prima facie* também às regras. Entretanto, isto não autoriza dizer que tal caráter é o mesmo conferido aos princípios.¹⁶⁷

O caráter *prima facie* dos princípios se fortalece com a inserção de uma argumentação forte que favoreça certos princípios ou classes de princípios.¹⁶⁸

Alexy não tem a pretensão de propor um sistema de ponderação para cada caso isoladamente, mas ao contrário admite que a decisão possa valer para o deslinde de outras questões futuras com mesma essência. O juiz não precisa apreciar todas as circunstâncias que possam estar afetas aos princípios colidentes, mas apenas aquelas do caso concreto.¹⁶⁹

Existe um caráter *prima facie* do sistema de prioridades entre os princípios e estas prioridades poderiam ser alteradas no futuro, porém cabe ao postulante o ônus de argumentar de forma contrária à prioridade anteriormente posta.¹⁷⁰

Sarlet, neste mesmo sentido, destaca que a tradição constitucional alemã foi difundida em diversos ordenamentos constitucionais, inclusive no brasileiro, e estes passaram a contemplar propriedades que “encontram correspondência nas seguintes categorias dogmáticas: âmbito de proteção (ou suporte fático), limites e limites aos limites dos direitos fundamentais”.¹⁷¹

Ferreira Filho destaca a possibilidade de colisão entre direitos como um fenômeno

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 94-99.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 103-104.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 104-105.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 105.

¹⁶⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 189-190.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 190.

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 394-396.

que pode ocorrer em casos concretos. Nestes casos, deve ser tomada uma avaliação do peso dos direitos dentro do princípio da pertinência e dada preferência ao direito mais relevante.¹⁷²

No mesmo sentido, Moraes assinala que os direitos e garantias constitucionais possuem limitações quando confrontados com outros direitos também consagrados pela Constituição, a tornar cabível a aplicação do que o autor chama “princípio da relatividade ou conveniência das liberdades públicas”¹⁷³:

“[...] quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.”¹⁷⁴

Acerca da restrição ao direito fundamental, Mendes cita duas correntes. Uma tem um olhar para a exigência da reserva legal¹⁷⁵ da restrição e outra de cunho externo tem foco na compatibilização entre direitos.¹⁷⁶

A primeira delas admite limitações apenas nos casos admitidos pela própria Constituição por disposições nela contidas ou por meio da reserva legal. A segunda não considera como exclusivas as hipóteses da reserva legal como normas contidas, mas admite uma ponderação entre os direitos no enfrentamento de casos reais.¹⁷⁷

Segundo Gilmar Mendes, os direitos fundamentais individuais estão em nível constitucional e podem ser restringidos por outra disposição de mesma hierarquia (restrição imediata) ou por lei ordinária estabelecida na própria carta política (restrição mediata).¹⁷⁸

Destaca o constitucionalista que a dispensa da reserva legal poderia levar à proliferação dos conflitos entre direitos individuais e poderia abalar a segurança jurídica que

¹⁷² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 127.

¹⁷³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 30-31.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ Segundo José Afonso da Silva: “[...] tem-se, pois, reserva de lei, quando uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal [...]” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 368 apud MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 43.)

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33-43.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 43.

frustra restrições abusivas.¹⁷⁹

Tal afirmação existe a despeito de que alguns doutrinadores possam alçar a previsão na carta maior brasileira que fundamenta o princípio da legalidade (art. 5º, inciso II) para admitir, como uma reserva legal subsidiária, a possibilidade de restrições legais a direitos individuais sem a reserva legal expressa.¹⁸⁰

Branco destaca a crítica e os críticos à ponderação, segundo os quais os direitos fundamentais seriam enfraquecidos diante da aplicação da proporcionalidade alheia ao processo deliberativo do legislador.¹⁸¹

Dentre os argumentos dos críticos, o autor menciona a falta de metodologia no exercício do juízo de ponderação e o afastamento dos direitos fundamentais de proteção contra os interesses das maiorias, equiparando-se a estes diante no caso concreto:

“Apesar de a ponderação se haver firmado como técnica de decisão tanto da Europa como nos Estados Unidos, não lhe faltam os adversários no Novo e no Velho Continente. [...] A ponderação amesquinha os direitos fundamentais, enturvando o sentido de proteção de posições essenciais do indivíduo que anima a proclamação dessas garantias.”¹⁸²

Na outra ponta, pode-se assinalar aqueles que entendem o juízo de ponderação como necessário e nas palavras de Branco estes o entendem como democrático e uma forma alternativa de solucionar conflitos.¹⁸³

Entende-se que sopesar seria necessário pelo menos nos casos mais complexos de colisões de princípios para a regulação de determinada situação. A flexibilidade por meio da ponderação daria vida longa ao sistema normativo, pois a mesma estrutura de regulação poderia ser adotada para diversos casos.¹⁸⁴

Dentre os defensores do poder de ponderação estão os integrantes do

¹⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 46.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 56.

¹⁸¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 104-107.

¹⁸² *Ibidem*, p. 104-106.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 109.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 111-116.

neoconstitucionalismo¹⁸⁵, pois entendem uma ampla discricionariedade do juiz aliada a um dever argumentativo racional. A ponderação seria imprescindível em função dos direitos conflitantes inseridos no texto constitucional.¹⁸⁶

Para os defensores da ponderação, a adoção das normas constitucionais como princípios e não como regras é essencial para que não haja supressão de uma norma em face de outra em caso de contradição. Isto sobressai no enfrentamento aos casos mais complexos nos quais a interpretação do texto constitucional não admita uma única resposta correta.¹⁸⁷

Neste contexto, o sopesamento se destaca da mera subsunção, mas seus adeptos não afastam o respeito ao legislador em um sistema democrático-representativo como ente principal no estabelecimento dos valores e de suas minúcias.¹⁸⁸

Uma hipótese admitida pelo Supremo Tribunal Federal de restrição a um direito fundamental, mesmo fora dos termos da reserva legal, é a inspeção sobre correspondências que chegam para os detentos em presídios.¹⁸⁹

O direito do preso à privacidade, à intimidade e ao contato com o mundo exterior não teria sido considerado mais forte que o direito de se evitar a prática de atividades ilícitas durante o cumprimento das penas.¹⁹⁰

Feita a pesquisa sobre as regras e princípios e sobre os estudos para solucionar conflitos de regras ou colisões de princípios, o próximo passo é analisar os argumentos acerca da colheita coercitiva de material para mapeamento genético em relação à garantia da não autoincriminação.

¹⁸⁵ “O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.” (BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)*. Salvador, n. 9, mar./abr./maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 18 ago. 2014. p. 40.)

¹⁸⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 130-134.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 134-143.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 142.

¹⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 55-56.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

3.2 A conformidade das disposições da Lei n. 12.654/2012 com o *nemo tenerur se detegere*

Nesta seção serão apresentados argumentos de juristas e doutrinadores acerca da relação entre as disposições da Lei n. 12.654/2012, especialmente quanto à coleta coercitiva de material humano e a não obrigatoriedade de autoincriminação.

3.2.1 Argumentos pela constitucionalidade da norma

Neste tópico serão apontados os argumentos que coadunam com a harmonia entre o *nemo tenetur se detegere* e a aplicação da lei que prevê a formação do banco de dados de perfis genéticos no Brasil.

3.2.1.1 Condenados possuem liberdade restrita

O Código Penal brasileiro, mediante atualização conduzida pela Lei n. 7.209/1984, estabelece no art. 38 que o preso conserva todos os seus direitos, exceto os afetados pela perda da liberdade. O art. 40 do mesmo diploma legal dispõe que legislação especial regulará o art. 38 quanto aos direitos e deveres do preso.

Rogério Greco¹⁹¹ entende ser perfeitamente constitucional a coleta de material para mapeamento do perfil genético dos condenados, mesmo que coercitivamente. A identificação por DNA não ocorreria em função de dúvida quanto ao autor da infração penal, mas para a formação probatória do sistema penal e para eventual detecção de autoria em outro delito, auxiliando na identificação do autor.

O professor destaca que é possível, assim como nas clássicas identificações por fotografia e por datiloscopia, o registro e confronto do perfil genético de condenados efetivos, mesmo contra suas vontades, em situações onde há necessidade de material para confronto.¹⁹²

Nucci entende que todos os condenados a penas privativas de liberdade deveriam ser identificados, e não somente aqueles previstos na nova redação da LEP. O pesquisador relata que o perfil genético irá para um banco de dados sigiloso que poderá ser utilizado pelo

¹⁹¹ GRECO, Rogério. Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano XVII, n. 389, p. 32-33, 1º abr. 2013. p. 33.

¹⁹² *Ibidem*.

Estado-investigador no futuro.¹⁹³

Não há autoacusação para delito que ainda não ocorreu. Neste sentido, Guilherme Nucci alerta que o perfil genético obtido mediante coerção não pode ser utilizado para investigar delitos que já tenham ocorrido, mas apenas para investigação de autoria de delitos futuros.¹⁹⁴

3.2.1.2 Coleta por meio indolor e armazenamento sem traços somáticos

Carlos Haddad¹⁹⁵ destaca que a técnica aplicável à lei vedou a revelação de traços somáticos ou comportamentais, exceto características de gênero que são essenciais ao fim a que se volta à identificação.

Esta restrição é consoante às regras constitucionais e internacionais de direitos humanos e preserva direitos de personalidade. O professor lembra a importância da transitoriedade do armazenamento dos perfis genéticos no banco de dados.¹⁹⁶

Deste modo, Haddad ressalta que as dúvidas quanto à segurança dos dados não podem inviabilizar a implantação do mecanismo:

“Seria como proibir a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal sob a alegação de que, preso, o acusado sujeitar-se-ia a tortura ou a tratamento cruel ou degradante. A análise da questão não deve ater-se aos possíveis efeitos reflexos da medida, que precisam ser evitados por outras formas.”¹⁹⁷

Na visão de Avena, as colheitas para a identificação podem ser feitas de forma não consentida com uso de meios moderados, em caso de recusa do identificado.¹⁹⁸

Ainda que a visão geral dos autores seja contrária à constitucionalidade da Lei objeto deste estudo, Lopes Junior e Gloeckne destacam que qualquer célula do corpo é capaz de produzir resultado satisfatório. Como a coleta de saliva e de muco pode ser feita sob processo indolor e inofensivo, o resultado para a Justiça justifica a extração de forma

¹⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Não paginado. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5461-1/epubcfi/6/32>>. Acesso em: 02 set. 2014.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ HADDAD, Carlos H. Borlido. Arquivando o homem de cristal. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano XVII, n. 389, p. 28-29, 1º abr. 2013.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 29.

¹⁹⁸ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal: esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 193-194.

coercitiva neste caso.¹⁹⁹

3.2.1.3. Auxílio na apuração dos crimes e na prevenção ao erro judiciário

Haddad destaca as vantagens do banco de perfis genéticos como mais um meio técnico moderno para localização de autores de crimes e para correção de erros judiciários que vitimam inocentes.²⁰⁰

Segundo Guilherme Jacques²⁰¹, a agilidade com que o Estado localiza um infrator homicida ou estuprador pode evitar que novos crimes sejam praticados. Isto ficou comprovado no caso conhecido como o “maníaco de Contagem”.

Neste caso seriado de estupro seguido de homicídio, quando vários crimes com a mesma característica foram cometidos pelo mesmo autor e da mesma forma, a morosidade do Estado-investigador foi determinante para os crimes subsequentes.²⁰²

Os perfis genéticos dos vestígios em todas as vítimas de estupro foram coletados e mapeados, mas não havia uma ferramenta que confrontasse os vestígios entre si e estes com os perfis genéticos dos suspeitos, no último caso por falta de previsão legal para as coletas.²⁰³

Por fim, o especialista destaca que nos países onde a prática de coleta e registro de perfis genéticos já está difundida, o infrator já estaria cadastrado no banco de dados antes da primeira coleta. No caso analisado por Jacques, o autor dos delitos era reincidente, pela condenação por latrocínio, e no primeiro exame de corpo de delito o autor já teria sido investigado. Possivelmente, este cadastro preservaria as quatro vidas das mulheres vitimadas.

204

Há a possibilidade de prevenção ao erro na condução de investigações e de julgamentos criminais com a adoção do banco de perfis genéticos, evitando a repulsa do

¹⁹⁹ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNE, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 497.

²⁰⁰ HADDAD, op. cit., p. 28-29.

²⁰¹ JACQUES, Guilherme Silveira. Banco de perfis genéticos: a ciência em prol da Justiça. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano XVII, n. 389, p. 25-27, 1º abr. 2013. p. 25-26.

²⁰² Ibidem.

²⁰³ Ibidem.

²⁰⁴ Ibidem.

sistema jurídico em assistir à condenação de um inocente.²⁰⁵

Outro caso analisado foi o projeto inocência nos Estados Unidos, em que uma organização não governamental daquele país busca a reanálise de processos em que havia vestígio biológico dentre as provas dos autos e não foi feito cadastro do perfil genético no banco de dados.²⁰⁶

A maior causa até então detectada para os erros de julgamento é o reconhecimento equivocado do suposto autor, seja por testemunhas ou pela vítima.²⁰⁷

Oliveira admite uma interpretação conforme a Constituição para que crimes que geram vestígios, em especial os de maior complexidade ou que causem maiores danos, possam contar com os recursos tecnológicos para contribuir com o esclarecimento imediato da autoria.²⁰⁸

Tais recursos não devem ferir os direitos efetivamente visados pela não autoincriminação. Eugênio Pacelli cita como exemplo os crimes sexuais que, por determinação da Lei n. 12.845/2013, devem ter os vestígios de material biológico coletados por médicos.²⁰⁹

Marteleteo Filho, embora apresente várias críticas à Lei n. 12.654/2012, ressalta que caso o banco de dados de perfis genéticos seja operado sob o controle necessário, poderá ser uma ferramenta habilitada a diminuir os erros processuais, tanto pela contribuição na identificação da autoria quanto na redução da condenação de inocentes.²¹⁰

Carlos D'Urso²¹¹ concorda que o Brasil já entrou tarde para o rol de países que utilizam a genética na solução de crimes, seja para a determinação da inocência ou da comprovação da autoria.

Para o advogado, a utilização do banco de perfis genéticos é um inegável avanço à

²⁰⁵ JACQUES, Guilherme Silveira. Banco de perfis genéticos: a ciência em prol da Justiça. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano XVII, n. 389, p. 25-27, 1º abr. 2013. p. 25-26.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 27-28.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 400.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ MARTELETO FILHO, Wagner. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 164-165.

²¹¹ D'URSO, Luiz Flávio Borges. O Brasil e a criação do banco de dados genético. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano XVII, n. 389, p. 30-31, 1º abr. 2013.

persecução penal. Por outro lado, lembra a preocupação que a sociedade deve exercer sobre a aplicação dos dados de perfis genéticos armazenados, a fim de não comprometer os direitos do cidadão.²¹²

Não obstante seu posicionamento reticente quanto à identificação criminal genética, Machado admite a prova por DNA como meio eficaz no processo penal, desde que respeite as disposições constitucionais e internacionais de direitos humanos sobre respeito ao sigilo, à intimidade e à proteção contra a discriminação de qualquer natureza.²¹³

Nucci entende que nada há na identificação criminal por DNA de violador da não autoincriminação, desde que esta não seja utilizada como prova a fim de confrontar com dados coletados em cenas de crime.²¹⁴

Vislumbra-se como importante uma identificação robusta de todas as pessoas, para fins civis e penais, inclusive a genética. Isto não fere a produção de prova contra si, pois ocorreria em momento anterior ao crime sob investigação.²¹⁵

Ainda quanto à vantagem de evitar o erro judiciário, o confronto do perfil genético de um condenado com o coletado em uma cena de crime pode excluir absolutamente a possibilidade de este condenado ser denunciado, em função do afastamento do indício de autoria.²¹⁶

3.2.1.4 Possibilidade de restrições ao *nemo tenetur se detegere*

A discussão está restrita ao eventual ferimento à não autoincriminação e a questão da coleta coercitiva de material biológico em pessoas, como determina por interpretação literal a Lei n. 12.654/2012 quando insere o art. 9º-A na Lei n. 7.210/84.

Sem a pretensão de fazer uma análise comparada do tema, este estudo aponta apenas os argumentos lançados pelos estudiosos.

²¹² D'URSO, Luiz Flávio Borges. O Brasil e a criação do banco de dados genético. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano XVII, n. 389, p. 30-31, 1º abr. 2013.

²¹³ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 546-547.

²¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Não paginado. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5461-1/epubcfi/6/32>>. Acesso em: 02 set. 2014.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ *Ibidem*.

Albuquerque destaca que a Declaração Universal dos Direitos Humanos protege o homem da tortura, do tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, assim como assegura todas as garantias relevantes à sua defesa. Não obstante, o acusado não tem resguardo ao impedir ou dificultar a produção probatória que está além da proteção da pessoa investigada ou acusada.²¹⁷

Queijo²¹⁸ menciona que a Itália não é dotada de previsão legal sobre o tema, mas se admite a realização de exames pessoais e de intervenções médicas para a elucidação de crimes, sempre limitados pela ausência de perigo à vida e à saúde. Coletas coercitivas de cabelos ou saliva podem ser realizadas com autorização escrita do Ministério Público.

Em Portugal, não se admite violação à integridade física, assim como violações à vida privada, ao domicílio e às correspondências. Por outro lado, o cidadão não pode se opor a submeter-se a perícias e inspeções pessoais, sempre respeitando a dignidade e o pudor das pessoas.²¹⁹

Perícias sobre características físicas ou psíquicas deverão ser realizadas por médico ou pessoa com autorização legal. Coletas de sangue ou células do corpo são admitidas mediante coerção, mas deverão ser somente no processo em curso ou em outro que já tenha sido iniciado.²²⁰

Na Alemanha, de quem sofremos grande influência processual penal, há o direito ao silêncio, mas as autoridades podem determinar a coleta de materiais corpóreos, como sangue, coercitivamente, ou exames físicos, desde que não haja risco à saúde e sejam realizados por profissionais de saúde.²²¹

A Inglaterra classifica as coletas como invasivas e não invasivas. A saliva e as células da boca são materiais de coleta não invasivas e esta pode ser realizada coercitivamente. As coletas invasivas, como sangue, poderão ser determinadas por oficial de polícia, mas deve ser comprovada a importância da prova e a gravidade do delito.²²²

²¹⁷ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 58-59.

²¹⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 322-324.

²¹⁹ Ibidem, p.339-341.

²²⁰ Ibidem.

²²¹ Ibidem, p. 167-168.

²²² Ibidem, p. 348-352.

Há na Inglaterra um banco de dados de DNA. O material para mapeamento do perfil genético pode ser coletado de pessoas que tenham sido condenadas por crimes de menor gravidade e estas passarão a compor a base de dados.²²³

Da mesma forma prevê a constituição espanhola ao proteger o direito ao silêncio e a faculdade da confissão, mas não se entende que a contribuição do cidadão com a formação do conjunto probatório tenha relação com a sua incriminação.²²⁴

Intervenções corporais são admitidas, tendo como parâmetro o direito à saúde, ou seja, com vedação a processos indolores ou com riscos. Exames de urina e sangue podem ser realizados como meio de prova em crimes de trânsito.²²⁵

Nos Estados Unidos, a não autoincriminação tem relação apenas com as declarações do acusado e neste sentido ficou destacado o *leading case* *Schmerber versus Califórnia*, onde a Suprema Corte decidiu pela validade da prova oriunda de uma amostra de sangue extraída do réu sem seu consentimento.²²⁶

Vários outros casos são trazidos na obra dentro da jurisdição americana. Neste caso, destaca a autora que a citada decisão de 1966 antecede as medidas exageradamente restritivas de direitos tomadas atualmente de lei e ordem pelos Estados Unidos.²²⁷

Na Argentina, a legislação é mais detalhada que a nossa quanto à proteção dos direitos humanos. Por outro lado, admite a inspeção corporal e mental por determinação judicial com adoção de metodologia científica por peritos oficiais, tendo como limite o pudor do acusado.²²⁸

Os exames de sangue também são admitidos desde que seja afastado o perigo à vida, mesmo contra a vontade do investigado. As intervenções corporais devem ser mediante fundada suspeita de autoria.²²⁹

No Chile, o acusado não pode se negar aos exames de intervenção corporal, que

²²³ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 348-352.

²²⁴ Ibidem, p. 336-338.

²²⁵ Ibidem.

²²⁶ Ibidem, p. 354-356.

²²⁷ Ibidem.

²²⁸ Ibidem, p.343-345.

²²⁹ Ibidem.

abrangem os meios de prova biológicos, como sangue. As exigências são a autorização judicial e o respeito à saúde e à integridade do examinado.²³⁰

Nas palavras de Marcelo Albuquerque,²³¹ não pode haver um abuso da garantia por parte do indivíduo e sua aceitação pelo poder público com injustificável convivência com práticas delituosas que violam outros direitos fundamentais dos cidadãos e da sociedade.

Esta abordagem dos argumentos favoráveis à implantação da coleta coercitiva, seja para identificação criminal por perfil genético ou para identificação de condenados, merece ser confrontada com a visão de outros estudiosos que apontam para outro vértice.

3.2.2 Argumentos pela inconstitucionalidade da norma

Em contraponto, há argumentos pela invalidade da coleta de condenados, em grande parte por entenderem tratar-se de ofensa a garantias e direitos fundamentais. Outro entendimento desfavorável que merece atenção nesta parte do trabalho é a crítica à adoção do mapeamento genético na identificação criminal.

3.2.2.1 Identificação criminal utilizada para formação probatória

Alguns defendem, a exemplo de Carlos Alberto Machado,²³² que a lei não trata de identificação criminal, por não amparar a coleta de DNA em todos os casos em que cabe tal identificação e por depender de determinação judicial para a coleta, ao passo que a identificação criminal é prevista e autorizada expressamente no art. 5º, LVIII, da CRFB/88, combinado com art. 3º, *in fine*, da Lei n. 12.037/09. Neste ponto o professor afirma:

“Não se pode, portanto, estabelecer nenhuma similitude entre a identificação criminal pela fotografia ou pela impressão digital, que são meios normais de identificação das pessoas (inclusive civilmente), com a identificação genética pelo DNA, que é medida destinada a apurar a autoria do delito. A perícia genética é, pois, um autêntico meio de prova, e não simples identificação de indiciados e réus.”²³³

No aspecto da inovação à regra regulamentadora da identificação criminal,

²³⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 347.

²³¹ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

²³² MACHADO, Antônio Alberto. *Identificação criminal pelo DNA*. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf>. Acesso em: 22 set. 2013.

²³³ Ibidem.

Rogério Greco²³⁴ indaga que os métodos tradicionais de identificação, que são a datiloscopia e a fotografia, não representam problema ao serem aplicados para o caso em que a autoridade policial observa a necessidade de melhor caracterização da pessoa, em função da exceção prevista no inciso LVIII do art. 5º da CRFB/88.

Por outro lado, na visão do jurista, o método de identificação genética põe em risco a constitucionalidade desta parte da Lei, pois ao ser obtido o perfil genético de um indiciado e este sendo o autor do delito em questão, o suspeito será condenado, pois a Justiça aceitará o exame de DNA como prova, mesmo que tenha sido efetuado contra a vontade do indiciado.²³⁵

Isto, no entendimento de Greco, eiva de inconstitucionalidade o ato, pois fere o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Uma ressalva ao seu entendimento é que há os crimes em que o perfil genético em nada contribuiria para a elucidação do caso, como o roubo e a extorsão mediante sequestro.²³⁶

A exceção seria quando há vestígios biológicos depositados nas cenas de crimes e há interesse em confrontá-los com o DNA dos identificados criminalmente.²³⁷

Rogério Greco adverte, ao citar Paulo Rangel, que os fins do perfil genético coletado segundo os preceitos da LIC somente podem ser utilizados para identificação criminal e jamais fora deste limiar; a coleta do perfil genético não pode ser utilizada em desfavor do identificado, ou seja, como meio de prova.²³⁸

Acerca da identificação criminal, Nicolitt e Wehrs reforçam que o legislador ao elaborar a Lei n. 12.654/2012 não admite a confusão entre os institutos da identificação e da prova: “O objetivo e a autorização do legislador para a colheita do material biológico diz respeito exclusivamente à identificação do indiciado, não à comparação de eventual vestígio genético deixado na cena do crime com o perfil genético colhido.”²³⁹

Oliveira, embora não conduza neste momento a um argumento declaradamente

²³⁴ GRECO, Rogério. Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano XVII, n. 389, p. 32-33, 1º abr. 2013.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ NICOLITT, André Luiz; WEHES, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei 12.654/2012*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 136.

desfavorável, destaca que a inserção do perfil genético no rol dos métodos de identificação criminal foi feita com finalidade eminentemente probatória.²⁴⁰

Machado entende ser inviável a adoção do perfil genético como meio de identificação criminal, pois a lei o admite apenas quando for crucial às investigações, ou seja, para provas na apuração e não para identidade do investigado.²⁴¹

A exigência de autorização judicial afasta o caráter automático com que os demais métodos de identificação criminal (fotografia e datiloscopia) são aplicados.²⁴²

Em função disto, Machado entende ser inadmissível a imposição da medida, em função de ser meramente para formação de meio de prova e não pode ser exigida sob o manto da ampla defesa.²⁴³

Lopes Jr. e Gloeckne²⁴⁴ deduzem que o fim da Lei n. 12.654/2012 é a constituição probatória. A alteração da LIC visa a formar prova para crime em investigação e a modificação da LEP busca alimentar banco de dados para apuração de crimes que poderão ocorrer.

Os escritores continuam afirmando que a prova genética, na identificação criminal, deve ser especializada com relação ao caso, ou seja, somente pode ser utilizada para a investigação que dá ensejo à identificação e não deve ser autorizada de ofício pelo juiz, pois deve ter base na essencialidade para a investigação.²⁴⁵

Não deve haver autorizações judiciais genéricas, para vários investigados ao mesmo tempo, sem a análise individualizada do caso.²⁴⁶

Por outro lado, ao tratarem da ausência de oferta da denúncia ou sua recusa ou da absolvição do réu, os juristas adotam analogamente a disposição da LIC acerca da retirada da fotografia dos autos do processo ou do inquérito. Neste momento, dá-se tratamento

²⁴⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 396-397.

²⁴¹ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 110-111.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNE, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 236.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 236-237.

²⁴⁶ *Ibidem*.

eminentemente de identificação criminal ao registro genético.²⁴⁷

A Lei em apreciação foi omissa, pois não limitou os casos em que caberia a identificação criminal. Há delitos como os de menor potencial ofensivo ou de baixa agressividade em que a produção da sofisticada prova genética não se justifica, ao passo que a lei refere-se à adoção deste método quando necessário às investigações.²⁴⁸

Nicolitt e Wehrs lamentam que o perfil genético para identificação criminal poderá ser utilizado erroneamente em processo criminal, ainda que não seja esta sua finalidade. A mera disposição legal não é suficiente para evitar o desvio na destinação da identificação criminal.²⁴⁹

3.2.2.2 Meio abusivo de produção probatória e de identificação criminal

Para Machado, não se admite que a coleta possa ser feita compulsoriamente, por ferir o princípio da não obrigatoriedade à autoincriminação, ou seja, ninguém será obrigado a produzir prova contra si.²⁵⁰

Os tribunais superiores ainda não tiveram a oportunidade para se debruçar sobre a identificação coercitiva para fins penais, embora a tendência destes é pela não obrigatoriedade na esfera cível.²⁵¹

A doutrina certamente discorrerá bastante sobre a matéria, que possui grande relevância para a prática processual e para as atividades de defesa, acusação e de processamento e julgamento justo e com respeito aos direitos do homem, especialmente na repulsa dos frequentes e intoleráveis erros judiciários com condenação de inocentes.²⁵² Na mesma discussão, Machado adverte:

“[...] os suspeitos e acusados não têm a obrigação legal de fornecer material genético para a realização de perícias que possam incriminá-los. Assim é por força do princípio constitucional de inocência presumida e do direito de não produzir prova contra si mesmo, este último expresso no aforismo latino *nemo tenetur se*

²⁴⁷ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNE, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 238.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 500.

²⁴⁹ NICOLITT, André Luiz; WEHES, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei 12.654/2012*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 139-140.

²⁵⁰ MACHADO, Antônio Alberto. *Identificação criminal pelo DNA*. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf>. Acesso em: 22 set. 2013.

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² *Ibidem*.

*detegere.*²⁵³

Outra questão levantada, não em crítica direta à Lei n. 12.654/2012, é a necessidade de a perícia genética nas disposições legais, por ser probatória, ser feita privilegiando o contraditório, com a participação das partes e admitindo o acompanhamento do assistente técnico.²⁵⁴

Há ainda a necessidade de vigília acerca da bioética, para que não se retome a teoria de Cesare Lombroso que idealizava prever uma pessoa como tendente a delinquir apenas em função de suas características biométricas.²⁵⁵

Para Nicolitt e Wehrs, o mapeamento genético como método de identificação criminal é oneroso e a coleta expõe a pessoa identificada, ao compará-lo à datiloscopia. Ressaltam que identificação exige a existência prévia de outro registro da pessoa identificada para confronto e isto não ocorreria com o DNA.²⁵⁶

3.2.2.3 Violação a direitos fundamentais

Queijo²⁵⁷ alerta que os métodos obtidos com o avanço da tecnologia e que garantam maior precisão na produção de provas, a exemplo do DNA, não justificam a lesão aos direitos do réu na busca do Estado pela verdade.

Martelete Filho alerta que o princípio da não autoincriminação pode ser restringido, mas o da legalidade não. O autor utiliza esta informação para destacar que a lei do banco de dados de perfis genéticos deixou vários aspectos em aberto que deveriam ter sido enumerados.²⁵⁸

O jurista cita como exemplo a ausência de autorização para coerção na coleta de material com fim de identificação criminal, a falta de previsão do tipo de intervenção corporal – invasiva ou não invasiva – que deve ser empregada e qual material humano deverá ser

²⁵³ MACHADO, Antônio Alberto. *Identificação criminal pelo DNA*. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf>. Acesso em: 22 set. 2013.

²⁵⁴ Idem. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 111-112.

²⁵⁵ Ibidem, p. 111-112.

²⁵⁶ NICOLITT, André Luiz; WEHES, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei 12.654/2012*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 144.

²⁵⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 67.

²⁵⁸ MARTELETO FILHO, Wagner. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 161-163.

utilizado para a amostragem no mapeamento em pauta.²⁵⁹

Um Estado de Direito não poderia conceber que a verdade processual possa ser obtida por meio de violações aos direitos e garantias do acusado, mas deve ser alcançada por meio ético e legal.²⁶⁰

Lopes Junior e Gloeckne lembram que a coleta forçada no corpo de um investigado ou indiciado fere a presunção de inocência. A construção da carga probatória é dever de quem acusa e isto privilegia o direito de defesa negativo.²⁶¹

Forçar alguém a auxiliar esta construção da prova compara-se com a tortura com fins de confissão. Ao mencionarem decisões do STF, os autores apontam as garantias constitucionais da intimidade, dignidade e inviolabilidade do corpo humano como as ameaçadas pela força na coleta do material para mapeamento genético.²⁶²

Os estudiosos persistem no entendimento de que lei ordinária não pode restringir livremente direitos fundamentais tratados na Constituição e sem reserva legal. Neste aspecto, a Lei n. 12.654/2012 teria sido um regresso no que citam como adequação do sistema processual brasileiro ao sistema “eficientista” norte-americano.²⁶³

As disposições da Lei em análise colocam o investigado como objeto de prova e eleva o exame de DNA ao patamar de prova plena. Segundo Lopes e Gloeckne, a Lei tenta transformar a garantia à não autoincriminação de uma norma constitucional de eficácia plena em norma de eficácia contida.²⁶⁴

Nicolitt e Wehrs destacam que a colheita forçada do material biológico fere a dignidade da pessoa humana e o *nemo tenetur se detegere*, equivalendo-se à tortura nos termos das disposições internacionais de direitos humanos.²⁶⁵

²⁵⁹ MARTELETO FILHO, Wagner. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 161-163.

²⁶⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 67.

²⁶¹ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNE, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 491-492.

²⁶² *Ibidem*, p. 493.

²⁶³ *Ibidem*, p. 494.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 496.

²⁶⁵ NICOLITT, André Luiz; WEHES, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei 12.654/2012*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 140.

3.2.2.5 Necessidade de balizamento do uso do mapeamento genético

Machado²⁶⁶ adverte que a aplicação da prova genética deve ser limitada pelo direito à privacidade da pessoa e utilizada apenas quando a prova for fundamental ao processo ou às investigações, respeitar o contraditório e a ampla defesa, e se restringir aos limites da lei. Não deve haver meio coercitivo e nem deve promover a discriminação do cedente do material.

Assim como na identificação criminal, Machado ao escrever sobre os condenados entende amplamente que os dados do DNA deverão permanecer no banco de dados apenas durante a dilação do anseio executório da pena.²⁶⁷

Lopes Jr. e Gloeckne observam que a aplicação do mapeamento genético na identificação criminal deve ser pautada pelo princípio da proporcionalidade, sob o viés da adequação e da necessidade. Não deve haver a vulgarização do emprego desta medida.²⁶⁸

Os pesquisadores consideram que a identificação de condenados, por ser de coleta de ofício e sem a necessidade de autorização judicial, o perfil armazenado deve ser liberado aos investigadores em *ultima ratio*, em função da limitação que ora se impõe aos direitos fundamentais do cidadão.²⁶⁹

Nicolitt e Wehrs entendem que a lei de identificação criminal, ao não mencionar a possibilidade de colheita não consentida, deve receber tratamento conforme a CRFB/88 a fim de se exigir a anuência do identificado como requisito.²⁷⁰

Finda a parte dos argumentos favoráveis e contrários à aplicação da Lei n. 12.654/2012, estes especialmente por afronta à não autoincriminação, conclui-se este último capítulo da pesquisa. A Declaração Universal dos Direitos Humanos admite o equilíbrio entre os direitos a fim de evitar injustiças.

Estudou-se as noções das teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy acerca das regras, princípios e da aplicação destas normas mediante o equilíbrio que possa solucionar

²⁶⁶ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 547.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 110.

²⁶⁸ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNE, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 238.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 238-239.

²⁷⁰ NICOLITT, André Luiz; WEHES, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei 12.654/2012*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 139.

questões em que mais de um direito fundamental esteja envolvido no caso concreto.

Para a questão em estudo neste trabalho, parece apropriado adotar a linha de Alexy que aplica a lei de colisão para a teoria dos princípios, destacando a falta de precedência absoluta entre os princípios e a ausência de mensuração exata das ações e situações ligadas a eles.

Da noção de Alexy, a ponderação seria imprescindível para o equilíbrio entre as controversas disposições da Lei n. 12.654/2012 e o *nemo tenetur se detegere*. Isto seria necessário caso se conclua por um convívio harmônico dos direitos protegidos e se considere a validade da lei.

Ressalta-se que a lei não goza de reserva legal imediata nem mediata, dentro das menções clássicas expostas neste capítulo. A reserva legal poderia ser a subsidiária do art. 5º, inciso II da CRFB/88 e do mencionado art. 29, item 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Na parte dos argumentos favoráveis e contrários à lei ou parte dela, alguns estudiosos defendem a validade e aplicabilidade da lei em análise. Ao se falar do condenado como alguém com liberdade restrita, valora-se a eficiência no esclarecimento de novos crimes, que ainda não tenham ocorrido ou não tenham investigação iniciada ou denúncia oferecida. Um dos direitos em tela seria a segurança que é dever do Estado perante a sociedade.

Aqueles que tendem a tratar o aspecto da vedação de captura de traços somáticos e meio indolor impostos pela lei, compreendem pela preservação da personalidade e o direito à solução das infrações penais. Viabilizam a validade da coleta de material que não fere nem ofende o identificado, como a saliva, sem configurar autoacusação.

Outros especialistas apontam o auxílio da apuração de crimes e prevenção ao erro judiciário. Para eles, os direitos fortalecidos pela lei são o combate ao erro judiciário, a proteção de vidas humanas especialmente em crimes em série contra a pessoa praticados pelo mesmo agente, o fortalecimento das provas que comprovem inocência do réu e a adoção dos recursos da ciência para a solução de crimes.

Quanto aos argumentadores contrários às disposições em estudo, alguns apontam que a identificação criminal será utilizada como prova no processo penal. Para estes, seria

afetado o direito de o identificado criminalmente não ter material coletado, sem a sua anuência ou sem o seu conhecimento quanto à finalidade de transformação em meio de prova.

Na mesma linha crítica, alguns juristas apontam a lei como meio abusivo de produção de prova e de identificação criminal. Neste caso, para os críticos, a afronta seria à não autoincriminação e também ao contraditório pelo fato de a perícia não ser feita sob possível acompanhamento do assistente técnico da defesa.

Por último, ao prever a coleta coercitiva, a lei violaria direitos fundamentais na visão de outros juristas, como a presunção de inocência, a intimidade, a dignidade, a inviolabilidade do corpo humano e dignidade da pessoa humana.

3.3 Visão do autor

De antemão, é imprescindível retornar à questão se a coleta não consentida de material biológico em seres humanos para fins de identificação genética e posterior armazenamento em banco de dados para fins penais fere o *nemo tenetur se detegere* a ponto de inviabilizar a aplicação de lei que preveja esta medida.

Diante do que fora pesquisado e apresentado até o momento, cumpre a honrosa e complexa tarefa de apontar a visão deste autor acerca da validade da Lei n. 12.654/2012, quando estudada em face da garantia da não autoincriminação.

3.3.1 Da validade da identificação criminal genética

A técnica de identificação humana por DNA proporciona precisão maior e pode produzir resultados mais eficazes para se evitar que um terceiro seja investigado ou julgado indevidamente.

Desta forma, conclui-se que as alterações que a Lei n. 12.654/2012 inseriu na Lei de Identificação Criminal são constitucionais, pois:

- 1) A Lei, afastando os argumentos de que a coleta é abusiva ou fere a dignidade da pessoa humana, impõe restrições à coleta e manipulação do perfil genético na identificação criminal que são indispensáveis à validade da medida, tais como (a) gerência e controle do banco de dados por peritos criminais e não por investigadores, (b) a proibição de

levantamento de características comportamentais ou identificadoras de traços físicos do corpo, (c) o respeito aos direitos fundamentais e aos preceitos internacionais de direitos humanos, (d) a obediência a preceitos da bioética, (e) a preservação do sigilo com responsabilização civil, penal e administrativa a quem violá-lo, (f) o tempo de vida do armazenamento dos perfis limitado ao lapso prescricional do crime que originou o procedimento, (g) somente pode ocorrer mediante autorização judicial, (h) deve ser essencial às investigações e (i) a adoção de meio adequado e indolor para as intervenções corporais que visem a coleta de material;

2) A Lei n. 12.654/2012 não dispõe sobre a utilização do perfil genético como meio de prova. Na identificação criminal, o receio de excesso na aplicação da lei apontado por alguns autores deve ser tratado com eventuais medidas punitivas aos agentes responsáveis e não com a vedação à aplicação das disposições legais. Na interpretação desta redação da LIC, o *nemo tenetur se detegere* sequer é envolvido, pois este está relacionado à prova que não é o objeto da identificação criminal;

3) A identificação criminal genética pode ser realizada, de forma similar à datiloscópica, devendo apenas ser atendidos os requisitos adicionais da autorização judicial e da essencialidade para as investigações;

4) A necessidade de balizamento do mapeamento genético não nos parece matéria a ser detalhada por lei ordinária, mas sim as premissas restritivas já apontadas, como respeito à bioética e aos direitos humanos. Os balizamentos mencionados deverão ser delineados em regulamento e em ato administrativo, por grupo de trabalho de cientistas especializados, pela sociedade organizada e por órgãos ligados aos direitos humanos e à defesa e proteção dos direitos fundamentais;

5) Acerca da medida coercitiva da colheita, ainda que se alegue que a Lei em estudo não a prevê expressamente, isto não invalida a exigência de colaboração do investigado. Não há previsão para a força na coleta de impressões digitais e, mesmo desta forma, a identificação criminal datiloscópica ocorre. A legislação brasileira impõe a submissão à identificação criminal ao prever a possibilidade de prisão preventiva daquele que se negar a tal identificação, conforme o Código de Processo Penal em seu art. 313, parágrafo único, inserido pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011.

3.3.2 Da validade da obtenção coercitiva do material genético de condenados

Este ponto da lei merece maior esforço de análise. O caso em destaque traz, dentro do que foi obtido da literatura jurídica, um confronto de argumentos com a apresentação de direitos protegidos quando se aplica a obtenção prova genética, mesmo com coleta forçada de material humano, e outros direitos eventualmente atingidos pela referida medida.

Como vários juristas destacam a necessidade de lei para impor restrições a direitos fundamentais, um aspecto importante é que este autor não localizou previsão legal interna que autorize o emprego dos métodos da fotografia e da datiloscopia para identificação com fim de formação probatória. Desta forma, a Lei em estudo parece-nos ser a única previsão normativa que admita a utilização de dados biométricos obtidos diretamente da pessoa como meio válido de prova.

Adota-se a teoria de Robert Alexy, que prevê a possibilidade da colisão de direitos fundamentais interpretados sob a forma de princípios, de caráter *prima facie*. Nestas situações, o filósofo propõe a aplicação do princípio da proporcionalidade para a solução de tais conflitos.

Da mesma forma, adota-se o entendimento de vários constitucionalistas, como Gilmar Mendes e Paulo Gonet, que admitem que a maioria dos direitos fundamentais são princípios, podendo ser limitados por restrições que visem à proteção de outros direitos fundamentais.

Alexy destaca a importância em se delimitar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais para a aplicação da proporcionalidade e para se definir se as restrições em análise de fato afetam o direito colidente. Apesar disso, este autor encontrou grande dificuldade em delinear o âmbito de proteção dos direitos fundamentais envolvidos neste trabalho, pois os autores apenas enumeram os direitos, sem detalhá-los em profundidade.

Uma dificuldade na parte conclusiva deste trabalho é apontar quais são os direitos fundamentais efetivamente atingidos pela coleta coercitiva de material humano em pessoas, para a constituição de meio de prova na esfera penal.

Da mesma forma, não se obteve o arrolamento taxativo dos direitos fundamentais

protegidos pela aplicação de um meio de prova ágil, mais preciso e de existência mais frequente, especialmente nos crimes contra a vida ou contra a pessoa. Os autores não delimitam de forma unânime estes direitos fundamentais.

Com base nestas asserções, conclui-se que as alterações na Lei de Execuções Penais inseridas pela Lei n. 12.654/2012 são constitucionais, pois:

- 1) Da mesma forma que para a identificação criminal, a Lei, afastando os argumentos de que a coleta é abusiva ou fere a dignidade da pessoa humana, impõe restrições à coleta e manipulação do perfil genético na identificação de condenados para fins probatórios que são indispensáveis à validade da medida, tais como (a) gerência e controle do banco de dados por peritos criminais e não por investigadores, (b) a proibição de levantamento de características comportamentais ou identificadoras de traços físicos do corpo, (c) o respeito aos direitos fundamentais e aos preceitos internacionais de direitos humanos, (d) a obediência a preceitos da bioética, (e) a preservação do sigilo com responsabilização civil, penal e administrativa a quem violá-lo e (f) a adoção de meio adequado e indolor para as intervenções corporais que visem a coleta de material;
- 2) Acerca da coleta coercitiva do material humano, há uma possível colisão do direito fundamental do *nemo tenetur se detegere* com outros direitos fundamentais protegidos pelas medidas adotadas pela lei objeto deste estudo. Neste caso, a lei não deve ser afastada de plano, mas ao contrário deve ser adotado o princípio da proporcionalidade, mediante a adequação e a avaliação da necessidade de adoção ou não da medida de coerção e por fim consideradas as circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto, para se ponderar os direitos em colisão mediante vasta fundamentação;
- 3) Com relação à aplicação da proporcionalidade por se entender que a interpretação da Lei conduz a restrições à garantia da não autoincriminação, o legislador foi cauteloso ao inserir várias restrições à própria restrição, como os constitucionalistas chamam de limites dos limites;
- 4) O objetivo da lei, do que se observou, é a proteção de vários direitos fundamentais de estatura constitucional, como a prevenção ao erro judiciário, a intimidade pela ausência de traços físicos ou de personalidade, o direito à solução eficiente e justa dos crimes, a proteção a vítimas potenciais de *serial killers*, a segurança, a proteção do condenado com uso de técnica inofensiva à sua dignidade e à sua integridade física e mental;

5) A obtenção do perfil genético de condenados não visa à formação de meio de prova para crime em fase de processamento, pois já terá ocorrido a condenação que deu causa à coleta. Adota-se em parte o entendimento de Guilherme Nucci, a fim de que este meio de prova deva ser utilizado prioritariamente para crimes cometidos depois do colhimento do material. Para os delitos que já tenham ocorrido antes da data do mapeamento do perfil genético, mesmo que ainda estejam na fase pré-processual, a prova genética deve ser utilizada em casos restritos, mediante a aplicação da proporcionalidade, como nos casos em que a prova beneficia o investigado ou réu;

6) A obrigatoriedade do condenado em ceder material para o mapeamento genético não extrapola os limites da pena, pois ao alterar a LEP, a Lei possui previsão no art. 40 do Código Penal que prevê a existência de legislação especial a definir as restrições aos direitos do condenado, que serão ou poderão ser afetados em função da aplicação de pena. Portanto, a obtenção de perfil genético na forma da Lei não consiste em meio abusivo de produção de prova;

7) Assim como na identificação criminal, o balizamento da técnica de mapeamento genético não precisa ser tratado no texto de lei ordinária, desde que venha a ser regulamentado posteriormente. O dever do legislador, neste caso, foi cumprido quando foram inseridas as já mencionadas restrições perante as quais a coleta deve ser realizada. Em função disto, a sua ausência não macula as disposições legais em estudo.

CONCLUSÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a compatibilidade da Lei n. 12.654/2012 com a garantia da não autoincriminação, especialmente no ponto em que o texto legal prevê a coleta obrigatória de material em pessoas vivas para registro do perfil genético em banco de dados.

A baixa capacidade do Estado em solucionar crimes desde o início das investigações até uma justa sentença definitiva tem levado juristas e especialistas em diversas áreas do conhecimento humano a debruçarem-se sobre projetos e estudos que auxiliem nesta questão, sem regredir nos devidos direitos e garantias individuais e sociais conquistados à custa de milhares de vidas ao longo dos séculos.

Do que se depreende do primeiro capítulo deste trabalho, a identificação criminal tem o fim exclusivo de garantir que a pessoa investigada ou processada é quem ela diz ser, não devendo assumir a natureza jurídica de prova no processo criminal. A identificação de condenados, por outro lado, tem o objetivo de formação de acervo de registros biométricos humanos que poderá ser empregado como meio de prova para apurações futuras, mediante autorização judicial.

Acerca dos métodos de identificação humana, a legislação pátria adota a fotografia, a datiloscopia e o perfil genético. O emprego eficiente das técnicas recomenda a combinação de todas elas a fim de aumentar a certeza sobre a identificação.

Em que pese não haver hierarquia entre os métodos, o perfil genético demonstra ser o mais seguro, por ser oriundo de células que estão em todas as partes do corpo humano e por não ser alterado ou retirado por elementos externos ao longo da vida humana, além da maior precisão do valor obtido.

Ao passar para o segundo capítulo, deduz-se que todo o cotejo histórico do *nemo tenetur se detegere* apurado foi em torno do interrogatório – na prevenção da confissão forçada –, do qual inegavelmente o investigado ou réu merece toda a proteção contra abusos que o levem a afirmar algo contra sua vontade. Como afirma Beccaria, contra tortura somente os fisicamente fortes opõem-se e os fracos são condenados.

A não autoincriminação, na aglutinação dos entendimentos esposados, pode ser

entendida como uma garantia, pois constitui um direito que protege outros direitos, como defesa da dignidade humana, da presunção de inocência, da integridade física e psíquica, da capacidade de autodeterminação e da efetiva exoneração de afirmar algo contra si.

Tal garantia abarca a prova material na atualidade por força dos textos que legislam acerca de direitos humanos e na CRFB/88 de forma discreta e com fim específico ao garantir o direito de silêncio do preso.

A viabilidade de impor limites à não autoincriminação se afigura possível, preliminarmente, desde que positivada em lei a fim de que se opere a aplicação do princípio da proporcionalidade. Por fim, no terceiro capítulo percebe-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos admite o equilíbrio entre os direitos a fim de evitar injustiças.

Estudou-se as noções das teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy acerca das regras, princípios e da aplicação destas normas mediante o equilíbrio que possa solucionar questões em que mais de um direito fundamental esteja envolvido no caso concreto.

Para a questão em estudo neste trabalho, parece apropriado adotar a linha de Alexy que aplica a lei de colisão para a teoria dos princípios, destacando a falta de precedência absoluta entre os princípios e da ausência de mensuração exata das ações e situações ligadas a eles.

Da noção de Alexy, a ponderação seria imprescindível para o equilíbrio entre as controversas disposições da Lei n. 12.654/2012 e o *nemo tenetur se detegere*. Isto seria necessário caso se conclua por um convívio harmônico dos direitos protegidos e se considere a validade da lei.

Ressalta-se que a questão não goza de reserva legal imediata nem mediata, dentro das menções clássicas expostas no terceiro capítulo. A reserva legal poderia ser a subsidiária do art. 5º, inciso II, da CRFB/88 e do mencionado art. 29, item 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Na parte dos argumentos favoráveis e contrários à lei ou parte dela, alguns estudiosos defendem a validade e aplicabilidade da lei em análise. Ao se falar do condenado como alguém com liberdade restrita, valora-se a eficiência no esclarecimento de novos crimes, que ainda não tenham ocorrido ou não tenham investigação iniciada ou denúncia oferecida. O direito em tela seria a segurança que é dever do Estado perante a sociedade.

Aqueles que tendem a tratar o aspecto da vedação de captura de traços somáticos e meio indolor impostos pela lei, compreendem pela preservação da personalidade e o direito à solução das infrações penais. Viabilizam a validade da coleta de material que não fere nem ofende o identificado, como a saliva, sem configurar autoacusação.

Outros especialistas apontam o auxílio da apuração de crimes e prevenção ao erro judiciário. Para eles, os direitos fortalecidos pela lei são o combate ao erro judiciário, a proteção de vidas humanas especialmente em crimes em série contra a pessoa praticados pelo mesmo agente, o fortalecimento das provas que comprovem inocência do réu e a adoção dos recursos da ciência para a solução de crimes.

Quanto aos argumentadores contrários às disposições em estudo, alguns apontam que a identificação criminal será utilizada como prova no processo penal. Para estes, seria afetado o direito de o identificado criminalmente não ter material coletado, sem a sua anuência ou sem o seu conhecimento quanto à finalidade de transformação em meio de prova.

Na mesma linha crítica, alguns juristas apontam a lei como meio abusivo de produção de prova e de identificação criminal. Neste caso, para os críticos, a afronta seria à não autoincriminação e também ao contraditório pelo fato de a perícia não ser feita sob possível acompanhamento do assistente técnico da defesa.

Por último, ao prever a coleta coercitiva, a lei violaria direitos fundamentais na visão de outros juristas, como a presunção de inocência, a intimidade, a inviolabilidade do corpo humano e a dignidade da pessoa humana.

Após a síntese conclusiva dos capítulos, reforça-se que no entendimento deste autor a Lei n. 12.654/2012 é constitucional, no que tange à identificação criminal, pois:

- a) A Lei apresenta necessárias restrições a fim de evitar abusos, especialmente com respeito à bioética, aos direitos humanos, ao sigilo e à dignidade da pessoa humana;
- b) A identificação criminal não visa à produção de prova, portanto não atinge a garantia da não autoincriminação;
- c) O perfil genético pode ser utilizado assim como os demais métodos da datiloscopia e da fotografia, a fim de robustecer a prevenção ao erro de

identificação do investigado ou acusado;

- d) A coercitividade da coleta é a mesma já aplicada aos demais meios de identificação criminal, por meio da possibilidade de prisão preventiva que em todos os casos ocorre em sede de decisão judicial.

Em mesmo sentido, a identificação genética de condenados para fins probatórios prevista na Lei n. 12.654/2012 não se mostra inconstitucional, pois:

- a) A Lei apresenta necessárias restrições à execução da coleta e do mapeamento genético a fim de se evitar abusos, como respeito à bioética, aos direitos humanos, ao sigilo e à dignidade da pessoa humana, prevendo punições aos agentes que descumprirem tais restrições;
- b) A Lei, portanto, é dotada também de limites dos limites, que possibilitam o alcance dos seus fins sem desrespeitar em absoluto os direitos da pessoa;
- c) A garantia da não autoincriminação e os demais direitos fundamentais afetáveis pelas normas advindas da Lei são princípios e podem ser ponderados por meio da aplicação da proporcionalidade;
- d) A Lei visa à proteção a direitos fundamentais, como prevenção ao erro judiciário, segurança, eficiência no processamento penal, proteção à intimidade e à integridade física e mental;
- e) A prova produzida nos termos da Lei deve ser utilizada prioritariamente para eventuais atos delituosos ulteriores, afastando a ocorrência da autoincriminação;
- f) A lei penal brasileira autoriza restrições de direitos em função da aplicação da pena desde que prevista em legislação especial, não tornando a coleta coercitiva um excesso da Lei em estudo.

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. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. *Revista da Informação Legislativa*. Brasília, Ano XVII, n. 165, p. 123-134, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/273>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal: esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

BANDEIRA, José Ricardo Rocha. *Fotografia forense é importante como prova pericial*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-mai-17/fotografia_forense_importante_prova_pericial>. Acesso em: 11 ago. 2014.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)*. Salvador, n. 9, mar./abr./maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BENTHAM, Jeremy. *Tratados de las pruebas judiciales*. Tradução e comentários de Don Baltasar Anduaga Espinosa. v. 4. Madrid: Oficina del Establecimiento Central, 1845.

BITTAR, Eduardo C. B. Direitos fundamentais. In: BONAVIDES, Paulo (Coord.) et al. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUTLER, John M. *Forensic DNA typing: biology, technology, and genetics of STR markers*. 2. ed. Burlington: Elsevier Academic Press, 2005.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. O Brasil e a criação do banco de dados genético. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, Ano XVII, n. 389, p. 30-31, 1º abr. 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Fontes Martins, 2010.

ESTADOS UNIDOS. *Integrated Automated Fingerprint Identification System*. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/fingerprints_biometrics/iafis/iafis>. Acesso em: 8 jul. 2014.

_____. *Next Generation Identification*. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/fingerprints_biometrics/ngi>. Acesso em: 5 ago. 2014.

_____. *A review of the FBI's handling of the Brandon Mayfield Case*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/oig/special/s0601/exec.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2014.

_____. *Statement on Brandon Mayfield Case*. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/news/pressrel/press-releases/statement-on-brandon-mayfield-case>>. Acesso em: 6 ago. 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FREITAS, Jéssica Oniria Ferreira de. Sobre a tortura e sua configuração jurídica e fática no Brasil. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena*, Belo Horizonte, Ano XVII, n. 1, p. 161-187, 2009. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadoacaap/index.php/revista/article/view/76/75>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

GALLOWAY, Vivianne; CHARLTON, Dave. Fingerprints. p. 57-72. In: THOMPSON, Timothy; BLACK, Susan (Orgs.). *Forensic human identification: an introduction*. Boca Raton: CRC Press, 2006.

GOODWIN, Wolliam; HADI, Sibte. DNA. p. 5-28. In: THOMPSON, Timothy; BLACK, Susan (Orgs.). *Forensic human identification: an introduction*. Boca Raton: CRC Press, 2006.

GRECO, Rogério. Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, Ano XVII, n. 389, p. 32-33, 1º abr. 2013.

GUZELLA, Tathiana Laiz. A expansão do Direito Penal e a sociedade de risco. In: XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONDEPI, 2008, Brasília. *Anais do XVII Congresso nacional do CONDEPI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

HADDAD, Carlos H. Borlido. Arquivando o homem de cristal. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano XVII, n. 389, p. 28-29, 1º abr. 2013.

INGLATERRA. *National DNA database: annual report 2011-2012*. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/200407/NDNAD_Annual_Report_2011-12.pdf>. Acesso em: 05 maio 2014.

INTERPOL. *Disaster victim identification guide*. Disponível em: <<http://www.interpol.int/Media/Files/INTERPOL-Expertise/DVI/DVI-Guide>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

JACQUES, Guilherme Silveira. Banco de perfis genéticos: a ciência em prol da Justiça. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, Ano XVII, n. 389, p. 25-28, 1º abr. 2013.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNE, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 236.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Identificação criminal pelo DNA*. Disponível em: <<http://www.midia.apmp.com.br/>>

arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf>. Acesso em: 22 set. 2013.

MARTELETO FILHO, Wagner. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Michaelis moderno dicionário da língua portuguesa. Melhoramentos, 2010. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/>>. Acesso em 5 ago. 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NATIONAL ARCHIVES. *The Magna Carta*. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/featured_documents/magna_carta/index.html>. Acesso em: 14 ago. 2014.

NICOLITT, André Luiz; WEHES, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei 12.654/2012*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Não paginado. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5461-1/epubcfi/6/32>>. Acesso em: 02 set. 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*. 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

_____. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. 1966. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

PALACIN, Vitché. *Fotografia: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PENA, Sérgio D. J. Segurança pública: determinação de identidade genética pelo DNA. In: Seminários Temáticos para a 3ª Conferência Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, 2005, Brasília. *Parcerias Estratégicas*, Brasília, n. 20, p. 485-489, jun.2005. Disponível em: <http://www.cgee.org.br/arquivos/p_20_1.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2014.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Papiloscopia 1*. Disponível em: <http://ead.senasp.gov.br/modulos/educacional/conteudo/01017/paginas/Papiloscopia1_completo.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2014.

The Law Dictionary. Disponível em: <<http://thelawdictionary.org/leading-case/>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

TOCHETTO, Domingos (Org.). *Identificação humana*. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1999.

WILLIAMS, Robin; JOHNSON, Paul. *Genetic policing: the use of DNA in criminal investigations*. Cullompton, Devon: Willan Publishing, 2008.