

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
CLÁUDIA APARECIDA FERREIRA DE SOUZA

**A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL POR PERFIL GENÉTICO NA
PERSECUÇÃO PENAL: uma análise sob a ótica do princípio do *nemo tenetur se
detegere* e a luz do precedente *Schmerber v. Califórnia*.**

Juiz de Fora
2016

CLÁUDIA APARECIDA FERREIRA DE SOUZA

**A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL POR PERFIL GENÉTICO NA
PERSECUÇÃO PENAL: uma análise sob a ótica do princípio do *nemo tenetur se
detegere* e a luz do precedente *Schmerber v. Califórnia*.**

Artigo apresentado à Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Juiz
de Fora, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Professor João Beccon de
Almeida Neto

**Juiz de Fora
2016**

CLÁUDIA APARECIDA FERREIRA DE SOUZA

**A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL POR PERFIL GENÉTICO NA
PERSECUÇÃO PENAL: uma análise sob a ótica do princípio do *nemo tenetur se
detegere* e a luz do precedente Schmerber v. Califórnia.**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Me. João Becon de Almeida Neto - UFJF.

Prof. Me. Leandro Oliveira Silva - UFJF

Prof. Kelvia de Oliveira Toledo – UFJF

Juiz de Fora, 01 de dezembro de 2016

**A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL POR PERFIL GENÉTICO NA
PERSECUÇÃO PENAL: uma análise sob a ótica do princípio do *nemo tenetur se
detegere* e a luz do precedente *Schmerber v. Califórnia*.¹**

Autor (a): Cláudia Aparecida Ferreira de Souza²

Orientador: João Beccon de Almeida Neto

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Identificação criminal genética: Lei nº 12.654/12 e sua inserção no ordenamento jurídico. 2.1 Breve relato sobre a utilização dos bancos de dados de perfis genéticos na esfera internacional. 2.2 Considerações sobre a identificação criminal no âmbito nacional. 2.3 Alterações da nova previsão legal inserida no contexto jurídico brasileiro. 3. A Lei nº 12.654/2012 em face do princípio do *nemo tenetur se detegere*. 3.1 Aplicabilidade do princípio do *nemo tenetur se detegere* a partir do precedente norte-americano. 3.2 O princípio do *nemo tenetur se detegere* no ordenamento pátrio. 3.3 Não relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* a luz do precedente *Schmerber v. Califórnia*. 4. Considerações finais. 5. Referências.

RESUMO

O presente artigo propõe uma análise acerca do método de identificação criminal introduzido pela Lei nº 12.654/2012 e suas consequências no ordenamento jurídico pátrio à luz dos eventuais conflitos com o princípio do *nemo tenetur se detegere*, além da possibilidade de relativização do princípio. A abordagem inicia-se com um breve relato acerca da identificação criminal no âmbito internacional, após, o desenvolvimento da identificação criminal no contexto brasileiro, posteriormente as alterações trazidas pela Lei nº 12.654/2012. Por fim, dedica-se a exposição do precedente norte-americano *Schmerber v. Califórnia*, examina-se o princípio do *nemo tenetur se detegere* no ordenamento brasileiro e a possibilidade de sua relativização nos termos do precedente norte-americano.

Palavras-chave: Identificação criminal. Lei nº 12.654/2012. *Nemo tenetur se detegere*. *Schmerber v. Califórnia*.

¹ Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito sob a orientação do Prof. João Beccon de Almeida Neto.

² Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Contato: claudia.souza20@hotmail.com

ABSTRACT

The present article proposes an analysis about the criminal identification method introduced by Law nº 12.654/2012 and its consequences in the national legal system in the light of eventual conflicts with the *nemo tenetur se detegere* principle, and the possibility of the relativization the principle. The approach begins with a brief report about the criminal identification internationally and later with the development of the criminal identification in the Brazilian context, after the alterations brought about the Law nº 12.654/2012. Finally, it dedicates to the exposition of the American precedent *Schmerber v. California*, and examines the *nemo tenetur se detegere* principal in Brazilian law and the possibility of its relativization according to the American precedent.

Key words: Criminal identification. Law nº 12.654/2012. *Nemo tenetur se detegere*. *Schmerber v. California*.

1. INTRODUÇÃO

A despeito do aumento dos índices de criminalidade aliado ao clamor popular por políticas públicas eficientes e dirigidas ao combate à violência, o direito penal se viu obrigado a se adaptar aos avanços tecnológicos e genéticos, visando melhorar a prestação jurisdicional na solução de conflitos. Dessa forma, através da Lei da Identificação Criminal Genética, a utilização do DNA – Ácido Desoxirribonucleico - emergiu como um novo meio de identificação para fins de investigação criminal. Surge então, como uma possível solução que busca incrementar a investigação criminal e ser uma fonte de pesquisa na individualização humana no ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa linha, a Lei nº 12.654, promulgada em 28 de maio de 2012, altera dispositivos das Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009 (Identificação Criminal) e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). No que concerne à primeira, passou-se a estabelecer a coleta de material biológico do investigado, mediante autorização judicial. No tocante à segunda, determinou aos condenados o fornecimento de material biológico de forma automática, nos casos de crimes dolosos com violência de natureza grave contra pessoa e crimes previstos como hediondos. Tal lei ainda determina que os dados coletados sejam armazenados em um banco de dados de perfis genéticos gerenciado por unidade oficial de perícia criminal, regulado pelo Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013.

A Lei nº 12654/2012 originou-se a partir de duas orientações: a primeira diz respeito à tendência do Brasil em seguir ditames internacionais, de forma que qualquer legislação “importada” com vistas a controlar a criminalidade é absorvida pelo ordenamento. A segunda, por sua vez, faz referência ao fato da predisposição que a população possui em acreditar que basta a edição de leis para solução da problemática. Logo, não há surpresa no fato de não haver pré-questionamentos acerca da conformidade da nova lei³ com os princípios e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, é necessário observar que embora a lei supracitada tenha aumentado as esperanças em relação ao alto índice de impunidade e criminalidade no país, gerou tensão a respeito da mitigação de princípios constitucionais, em especial o princípio do *nemo tenetur se detegere*, ao autorizar que o corpo do acusado/condenado seja objeto de prova contra ele próprio.

A partir dessas questões travadas pela doutrina contemporânea⁴ e o fato do Brasil possuir uma predisposição a aderir institutos norte-americanos como referência para o ordenamento pátrio, o estudo do princípio do *nemo tenetur se detegere* à luz do precedente *Schmerber v. Califórnia* é de grande relevância, uma vez que demonstra a

³ A lei 12.654/2012 tem como origem a PLS/93/2011, cujo autor foi o Senador Ciro Nogueira. O parlamentar apresentou a seguinte justificativa: O presente projeto de lei vem para reforçar um processo já em andamento no Brasil. Nosso País deverá contar, em breve, e já tardiamente, com um banco de perfis de DNA nacional para auxiliar nas investigações de crimes praticados com violência. O sistema, denominado CODIS (*Combined DNA Index System*) é o mesmo usado pelo FBI, a polícia federal dos Estados Unidos, e por mais 30 países. O processo para a implantação do CODIS começou em 2004. O banco de evidências será abastecido pelas perícias oficiais dos Estados com dados retirados de vestígios genéticos deixados em situação de crime, como sangue, sêmen, unhas, fios de cabelo ou pele. O CODIS prevê ainda um banco de identificação genética de criminosos, que conteria o material de condenados. Todavia, a sua implantação depende de lei. É do que trata o presente projeto. De fato, uma coisa é o banco de dados operar apenas com vestígios; outra é poder contar também com o material genético de condenados, o que otimizaria em grande escala o trabalho investigativo. (NOGUEIRA, Ciro. **Lei 12.654/2012.** Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi959uJkJXQAhUETZAKHZaLBYoQFggdMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.senado.leg.br%2Fatividade%2Fprotnas%2Fmateria%2FgetDocumento.asp%3Ft%3D93018&usg=AFQjCNHF6lxvzfsFW0216wS-RVjCrPdxrQ&sig2=NTouQYc1jQAO-mcwQTMUqw&cad=rjt>>. Acesso em: 05 nov. 2016)

⁴ Nesse sentido, o presente trabalho ilustra discussões trazidas por autores como Aury Lopes Junior em suas obras “Direito Processual Penal” e “Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal”; Maria Elizabeth Queijo em seu livro “O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal”; Marcelo Schirmer Albuquerque em “Garantia de Não Autoincriminação – Extensão e Limites”; Cristina Di Gesu em seu livro “Prova Penal e Falsas Memórias”; Eugênio Pacelli de Oliveira em “Curso de Processo Penal e Processo” e “Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais”; Renato Brasileiro de Lima em “Legislação Especial Criminal Comentada”.

limitação do princípio ao direito de permanecer em silêncio e a imposição do acusado de suportar a coleta do material biológico.

Destarte a observação dos aludidos pressupostos, o presente artigo tem como objetivo identificar e analisar, com base no sistema jurídico brasileiro, a utilização do DNA para fins de persecução criminal regulamentado pela Lei nº 12654/2012 à luz do princípio do *nemo tenetur se detegere*, através de uma abordagem jurisprudencial, doutrinária e legislativa e posteriormente examinar a aplicação do precedente norte-americano *Schmerber v. Califórnia* no ordenamento pátrio, que tende a limitar a aplicação do princípio.

Inicialmente este estudo traz um panorama geral acerca da Lei nº 12.654/2012 e como se deu sua inserção no sistema jurídico brasileiro.

Posteriormente, faremos uma exposição do precedente *Schmerber v. Califórnia* que trata da aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere* no sistema norte-americano, com o fim de realizar um estudo comparativo quanto aos limites da aplicação do princípio naquele sistema e no sistema brasileiro. Por fim, será apresentado um breve relato sobre o princípio do *nemo tenetur se detegere* e os motivos para sua não relativização no ordenamento pátrio.

2. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL GENÉTICA: Lei nº 12.654/12 e sua inserção no ordenamento jurídico.

2.1 Breve relato sobre a utilização dos bancos de dados de perfis genéticos na esfera internacional.

O procedimento de coleta do material biológico para fins de identificação criminal e armazenamento em banco de dados vem sendo utilizado em muitos países da Comunidade Europeia, bem como nos Estados Unidos.⁵

⁵ ANSELMO, Márcio Adriano. JACQUES, Guilherme Silveira. **Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país.** Revista Consultor Jurídico. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>>. Acesso em: 01 out. 2016.

O primeiro banco de dados de perfis genéticos de criminosos foi criado na Inglaterra, em 1994. Desde então, os resultados quanto ao combate a criminalidade se mostraram satisfatórios. Apesar do pioneirismo inglês na utilização desse método, o banco de dados mais conhecido advém dos Estados Unidos e foi criado pelo FBI (*Federal Bureau of Investigation*), o Codis (*Combined DNA Index System* – Sistema Combinado de Índices de DNA), foi o sistema que influenciou diretamente a criação e implementação do banco de dados genéticos no Brasil.⁶

A maioria dos países membros do Conselho da Europa e os Estados Unidos permitem a intervenção corporal sem o consentimento do acusado no processo penal, variando-se entre os ordenamentos jurídicos apenas a necessidade de ordem judiciária.⁷

2.2 Considerações sobre a identificação criminal no âmbito nacional.

A identificação criminal possui um papel substancial no auxílio à aplicação do direito penal. Trata-se de um método utilizado pelos responsáveis pela persecução penal em que são empregados procedimentos para identificação de sujeitos apontados como autores de delitos. Desta forma, possibilita o conhecimento ou a confirmação de sua identidade, a fim de se individualizar a conduta e auferir certeza ao punir o autor da infração e não pessoa diversa, evitando o erro judiciário.⁸ Nesse sentido, “para que o Estado possa punir o autor do delito, é indispensável o conhecimento efetivo e seguro de sua correta identidade”.⁹

Anteriormente a Carta Magna de 1988, a Súmula nº 568 do Supremo Tribunal Federal trazia em seu teor o entendimento que “a identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente”. Dessa forma, a identificação criminal era regra, mesmo que o indivíduo já houvesse sido identificado civilmente. Tal entendimento dava azo a condutas abusivas e

⁶ GODINHO, Neide Maria de Oliveira. **Banco de dados de DNA: uma ferramenta a serviço da justiça**. Disponível em: <<http://revista.ssp.go.gov.br/index.php/rebsp/article/viewFile/193/82>>. Acesso em: 02 out. 2016.

⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte; Del Rey, 2004. p. 216.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. vol. 2. 6ªed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 409.

⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Vol. único. 5ªed. Niterói, RJ: Editora. Impetrus, 2013. p. 117.

autoritárias, como a chamada “prisão para averiguação”, prática em que o sujeito era conduzido coercitivamente até a Delegacia de Polícia para apurar sua identificação e antecedentes, sem mandado judicial.¹⁰

Como fruto do momento histórico, buscando afastar abusos dos órgãos de repressão no que diz respeito à identificação criminal,¹¹ a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVIII,¹² transformou o que era regra em exceção, uma vez que a identificação criminal do civilmente identificado passou a ser condicionada à previsão legal. Trata-se de norma constitucional de eficácia contida, uma vez que a lei pode prever hipóteses em que a identificação criminal é devida, mesmo ao civilmente identificado.

A partir da disposição da Constituição Federal alguns dispositivos legais passaram a dispor sobre a identificação criminal. Neste viés, sobreveio o artigo 109 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA¹³-, estabelecendo a identificação criminal do adolescente civilmente identificado, em casos de dúvida fundada. Na sequência, o art. 5º da Lei nº 9.034/95,¹⁴ o qual trouxe a hipótese de identificação compulsória de pessoas envolvidas com o crime organizado, independentemente da existência de identificação civil.

Posteriormente, houve a edição da Lei nº 10.054/2000 que passou a regulamentar de maneira específica a identificação criminal no ordenamento pátrio, determinando crimes em que a identificação seria compulsória, não constando, entre

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. p.118.

¹¹ A razão histórica para a inclusão do artigo 5º, inciso LVIII no texto constitucional está relacionada à publicidade abusiva que foi conferida a identificações criminais realizadas em Delegacias de Polícia. NUCCI, op. cit., p. 408 observa o emblemático caso envolvendo um general de projeção nacional que, indiciado pela polícia civil do Rio de Janeiro, foi constrangido ao ter o ato conhecido como “tocar piano” acompanhado pela imprensa, transformando a identificação criminal em cena circense e teatral.

¹² Art. 5º Omissis

[...]

LVIII - o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2016.

¹³ Art. 109 do Estatuto da Criança e do Adolescente - o adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 02 out. 2016.

¹⁴ Art. 5º da Lei nº 9.034/95 - a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034>. Acesso em: 05 out. 2016.

eles, a hipótese em que o acusado se envolve com a ação praticada por organizações criminosas, com efeito, revogado o preceito contido no art. 5º da Lei nº 9.034/95.

Nestes termos, discorre Lima:

Como o art. 3º, inciso I, da revogada Lei nº 10.054/00, enumerava, de forma incisiva, determinados crimes em que a identificação criminal seria compulsória – homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados com violência ou grave ameaça, receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público –, não constando, dentre eles, a hipótese em que o acusado se envolve com a ação praticada por organizações criminosas, concluiu a 5ª Turma do STJ que o preceito do art. 5º da Lei nº 9.034/95 teria sido tacitamente revogado pela Lei nº 10.054/00.¹⁵

Todavia, essa lei recebeu diversas críticas, principalmente no que diz respeito à ofensa dos princípios da igualdade e inocência, visto que listou de maneira equivocada um rol de crimes em que a identificação criminal seria obrigatória.

Nessa esteira, foi promulgada a Lei nº 12.037/2009, que é aplicada atualmente a fim de delimitar as exceções previstas pelo art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal de 1988, a qual revogou a Lei nº 10.054/00, abandonando-se qualquer rol taxativo de delitos que comportem identificação criminal, esta lei também delimitou que a identificação criminal poderá ser feita através dos processos datiloscópico e fotográfico.

Por fim, entrou em vigor a atual lei 12.654/2012, que introduziu no ordenamento brasileiro, além das supracitadas datiloscopia e identificação fotográfica, a possibilidade da coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético como meio de identificação criminal.

É notável que a Lei nº 12.037/09 trouxe grandes avanços no que diz respeito à identificação criminal, todavia, acompanhando as inovações tecnológicas e o clamor social oriundo da criminalidade no país, a possibilidade de identificação por perfil genético (Lei nº 12.654/12) surge como um novo instrumento para combater esse preocupante quadro nacional.

2.3 Alterações da nova previsão legal inserida no contexto jurídico brasileiro

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. p.119.

Anteriormente, a identificação criminal era realizada através de identificação datiloscópica e fotográfica. O artigo 5º da Lei Federal nº 12.654/2012,¹⁶ acrescentou mais uma possibilidade, qual seja, a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético e o seu armazenamento em um banco de dados.

Assim, salienta Lima:

Esta Lei introduziu no ordenamento pátrio a possibilidade de coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. Também introduziu na Lei de Execução Penal o art. 9º-A, que dispõe que “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 8.072/90 serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor”.¹⁷

Conforme mencionado acima, a Lei nº 12.654/2012 altera a lei de Identificação Criminal e a lei de Execução Penal, trazendo duas hipóteses de coleta de material genético para fins de identificação criminal, primeiramente na fase da persecução penal, onde o juiz de ofício ou mediante representação da autoridade policial, Ministério Público ou da Defesa, pode determinar a coleta do material biológico do investigado, se considerar essa prova essencial às investigações policiais. Na execução, a coleta do material genético é compulsória e automática, quando há condenação em crimes dolosos, com violência de natureza grave contra pessoa ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072/90.¹⁸

Nesse raciocínio Lopes Junior corrobora:

A lei disciplina, como dito antes, duas situações distintas: a do investigado e a do apenado. A finalidade da coleta do material biológico será diferenciada: para o investigado, destina-se a servir de prova para um caso concreto e

¹⁶ Art. 1º lei 12654/2012 O art. 5º da Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 5º Omissis

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.”

¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. p.120.

¹⁸ Art. 3º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 9ºA:

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

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

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

determinado (crime já ocorrido); já em relação ao apenado, a coleta se destina ao futuro, a alimentar o banco de dados de perfis genéticos e servir de apuração para crimes que venham a ser praticados e cuja autoria seja desconhecida.¹⁹

Ao mesmo passo, criou-se o art. 5º-A,²⁰ que dispõe que todo o material biológico coletado será acrescentado ao Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), ambos fundados pelo Decreto-Lei nº 7.950/2013, dessa forma haverá a instituição de um banco de dados nacional para o armazenamento dos materiais colhidos. Esse banco de dados será gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. As informações contidas no banco de dados a respeito do acusado possuem caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei. Outrossim, as informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.

Por fim, nos termos do art. 7º-A, “a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito”. Destarte, as informações genéticas do acusado devem ser excluídas dos bancos de dados no prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito, preservando o direito de intimidade do réu.

Contudo, é possível notar que a lei mencionada, tem o objetivo de auxiliar o Estado no que diz respeito ao controle de criminalidade, através do aperfeiçoamento de técnicas de identificação criminal. Todavia, a adoção dessa técnica requer alguma cautela do legislador no que tange aos preceitos constitucionais, em especial ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.

¹⁹ LOPES Jr. Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2013. p.633.

²⁰ “Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.”

3. A LEI Nº 12.654/2012 EM FACE DO PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*.

3.1 Aplicabilidade do princípio do *nemo tenetur se detegere* a partir do precedente norte-americano

Superadas as questões formais acerca da Lei nº 12.654/12, não há como desprezar que a coleta compulsória de material genético pode afetar a esfera dos direitos fundamentais do indivíduo, em especial o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Os Estados Unidos, em decorrência do seu poder econômico, se apresenta como fonte de modelos sociais e políticos, assim o Brasil tem propensão a aderir alguns institutos desse país. Exemplo disso é a edição da Lei nº 11.690 de 2008 que acrescentou a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação (*fruit of the poisonous tree* ou *fruit doctrine*) ao Código Penal Brasileiro. O instituto foi criado pela Corte norte-americana no ano de 1920 a partir do caso *Silverthorne Lumber Co v. United States*²¹ e aprimorado em 1939 com o caso *Nardone v. United States*.²² A Suprema Corte Americana fixou o entendimento que o vício da ilicitude da prova obtida com violação a regra de direito material se comunica a todas as demais provas produzidas a partir daquela.²³

Logo, não se pode ignorar a influência que o direito norte-americano exerce no ordenamento pátrio, uma vez que já serviu como influência e possui inclinação a

²¹ No caso *Silverthorne Lumber Co v. United States*, em 1920, a empresa Silverthorne Lumber tentou sonegar o pagamento de tributos federais. No combate à fraude, agentes federais copiaram de forma irregular os livros fiscais da referida empresa. A questão chegou ao conhecimento da Suprema Corte e se questionou, se as provas derivadas de atos ilegais poderiam ser admitidas em juízo. A Suprema Corte, formou o posicionamento no sentido de que, ao se permitir a utilização de evidências derivadas de atos ilegais, o Tribunal estaria encorajando os órgãos policiais a desrespeitar a 4ª Emenda da Constituição norte-americana. Assim, o tribunal decidiu pela inadmissibilidade das provas derivadas de provas obtidas ilicitamente. (CABRAL, Bruno Fontenele. A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2118, 19 abr. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12658>>. Acesso em: 17 nov. 2016.)

²² No caso *Nardone v. United States*, o tribunal determinou que as escutas feitas pelos funcionários federais que interceptavam e simultaneamente divulgavam as informações violava a seção 605 da lei Federal de comunicações de 1934. (U.S. Supreme Court - *Nardone v. United States* 308 U.S. 338 (1939). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/case.html>>. Acesso em: 17 nov. 2016).

²³ CABRAL, Bruno Fontenele. A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2118, 19 abr. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12658>>. Acesso em: 30 out. 2016.

continuar sendo adotado como referência no sistema. Por conseguinte, a análise do ulterior precedente de acordo com os limites da aplicabilidade do princípio do *nemo tenetur se detegere* possui tamanha expressividade.

Em, *Schmerber v. Califórnia*, decidido em 20 de junho de 1966, Armando Schmerber foi hospitalizado após acidente automobilístico. Ao atender a ocorrência um policial notou sintomas de embriaguez e o colocou sob prisão, solicitando ao médico que realizasse a colheita de amostra de sangue do paciente, procedimento que se deu sem sua permissão. A perícia realizada confirmou a ingestão de bebida alcoólica acima dos limites permitidos e esse relatório foi admitido como evidência no julgamento, sendo imprescindível para sua condenação. Armando Schmerber, opôs resistência a observância desta prova com o fundamento de que o sangue havia sido retirado sem seu consentimento, aliás, sem sequer seu conhecimento e sem que, tampouco, pudesse manifestar sua recusa. Foi usada como matéria de defesa a violação de uma série de direitos constitucionais, dentre eles o privilégio a não autoincriminação.

A corte rejeitou o argumento de que a retirada de sangue e a admissão da prova ao processo violava o privilégio da Quinta Emenda, que garante a qualquer pessoa o direito a não ser compelida a testemunhar contra ela própria.²⁴

Sobre o caso em tela, a Corte entendeu que o privilégio protege o acusado apenas de ser obrigado a testemunhar contra si mesmo, ou de outro modo, a fornecer ao Estado depoimento oral ou escrito que o incrimine, de forma que, a retirada de sangue, em tese, não violaria a Quinta Emenda.²⁵

Tão logo, a decisão não deveria ser modificada, uma vez que a prova obtida não implicaria em nenhuma espécie de compulsão a prestar depoimentos.

²⁴ Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar. ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.” (Disponível em: <<http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>> Acesso: 22 nov. 2016)

²⁵ The privilege against self-incrimination is not available to an accused in a case such as this, where there is not even a shadow of compulsion to testify against himself, or otherwise provide the State with evidence of a testimonial or communicative nature. he test chosen to measure petitioner's blood alcohol level was a reasonable one, since it was an effective means of determining intoxication, imposed virtually no risk, trauma or pain, and was performed in a reasonable manner by a physician in a hospital. (Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/>>. Acesso em: 31 out. 2016).

Dessa forma, é notável que o leading case *Miranda v. Arizona* (1966),²⁶ em que restou reconhecido o direito do acusado permanecer em silêncio, sem que este seja interpretado em seu desfavor, teve seu alcance reduzido. Destarte, refere-se somente a produção compulsória de provas de natureza testemunhal, as quais exigem que o acusado revele o conteúdo de seus pensamentos, ao passo que as provas de natureza diversa, como coleta de sangue, não estariam abarcadas pelo *privilege*, visto que são práticas “não comunicativas”.²⁷

No entendimento de Queijo:

O que ocorre, ao longo do tempo, é que o conjunto de regras de proteção contra a autoincriminação estabelecidas em *Miranda*, foi sofrendo interpretações restritivas sob vários aspectos. Alega-se que as garantias de *Miranda* não eram compatíveis com o combate à criminalidade, justificando-se, assim, as restrições impostas.²⁸

Contudo, é possível concluir que na Corte norte-americana, o princípio do *nemo tenetur se detegere*, conhecido no direito anglo-americano como *privilege against self-incrimination*, tem aplicação limitada, em síntese, o privilégio se restringe ao direito de permanecer em silêncio. Logo, as provas que dependem da cooperação do acusado para sua produção são permitidas coercitivamente sem configurar afronta ao *privilege*.²⁹

3.2 O princípio do *nemo tenetur se detegere* no ordenamento pátrio

²⁶ Em março de 1963, Ernesto Miranda foi preso na cidade de Phoenix, Arizona, por roubo. Na delegacia os policiais constataram a existência de uma investigação policial que o apontava como suspeito de um crime de sequestro seguido de estupro, pelo qual foi reconhecido. Ernesto foi interrogado por duas horas seguidas, onde confessou a autoria dos delitos mencionados, escrevendo e assinando o termo de confissão narrando que a mesma tinha sido manuscrito sem qualquer tipo de ameaça ou coação. A confissão foi utilizada no Júri como prova e houve a condenação por estupro e rapto, a qual foi confirmada pelo Tribunal do Arizona. Sua defesa recorreu à Suprema Corte alegando que o acusado não teve conhecimento dos direitos de permanecer calado ou de se fazer acompanhar por um advogado. A Corte decidiu favorável a Miranda, com o objetivo de afastar a ignorância do suspeito a ser usado como fator de contribuição para a obtenção de confissões involuntárias. (PEDROZA, Robson. **O aviso de Miranda e direito a não autoincriminação**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4797, 19 ago. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51420>>. Acesso em: 6 nov. 2016).

²⁷ 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, SP: Saraiva, 2012. p.356

²⁸ *Ibidem*, p. 213.

²⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Jacobo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Navarra: Aranzadi, 2004. pp. 558-559.

O princípio da não autoincriminação é expresso pela máxima latina *nemo tenetur se detegere*, em tradução livre, significa que ninguém é obrigado a se descobrir, assegurando a esfera de liberdade do indivíduo.³⁰

Destarte, o princípio do *nemo tenetur se detegere* é de suma importância para o Estado Democrático de Direito, na medida em que assegura o direito a não autoincriminação. É considerado um direito fundamental de primeira geração, que corresponde àqueles com resistência ou oposição ao Estado.

Essa concepção advém do modelo acusatório, no qual já não se considera o acusado como meio de prova. Com o abandono do sistema inquisitivo, o acusado passou a ser tratado como sujeito processual e não mais como objeto dentro do processo.³¹

A doutrina ainda não chegou a um consenso a respeito do momento exato do surgimento do princípio,³² todavia, consoante é o entendimento de que o direito a não autoincriminação foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro como resposta as violações à integridade física, psíquica e moral, praticadas pelos regimes militares.

Nesta acepção, conclui Abulquerque que “é de automática conclusão que a consagração do *nemo tenetur se detegere* decorreu da necessidade política de se verem superados os abusos perpetrados pelo regime absolutista no campo do Processo Penal.”³³

A despeito de não restar previsão legal expressa no texto constitucional brasileiro, no artigo 5º, inciso LXIII,³⁴ há regra assegurando ao acusado, em todas as

³⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** p. 08

³¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Jacobo. **Tratado de Derecho Procesal Penal.** p. 1073.

³² GIOVANNI PUGLIESE, Mauro Cappelletti e HELMOLZ, R.H. citados por Maria Elizabeth Queijo, negam que o *nemo tenetur se detegere* tenha origem no direito romano, afirmando, os três, “que esse princípio era desconhecido no direito romano clássico” (O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)

³³ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **Garantia de Não Autoincriminação – Extensão e Limites.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 48.

³⁴ 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.

fases do processo, o direito de permanecer calado, bem como no Código de Processo Penal mediante alteração do artigo 186.³⁵

Por se tratar de direito fundamental também foi reproduzido em normas de direito internacional, inicialmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que não cita expressamente, mas prescreve a presunção de inocência. A Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, que acolhe a presunção de inocência e também no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966,³⁶ que assegura a garantia à desobrigação de a pessoa confessar algo em seu prejuízo. Por último, temos previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica),³⁷ que prevê expressamente que toda pessoa tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada.

Em que pese a condição de direito fundamental do *nemo tenetur se detegere* e seu reconhecimento internacional, é possível observar, principalmente com o precedente já exposto, uma tendência a relativizar os direitos advindos desse princípio.

No que diz respeito a esta limitação do princípio do *nemo tenetur se detegere* ao direito de permanecer em silêncio, não há que se negar que a maior manifestação se encontra no direito ao silêncio, todavia, não pode ser confundido com o mesmo e nem aplicado de forma tão limitada no ordenamento pátrio.

Nesse passo, Gesu filiando-se à Lopes Jr., preleciona:

Conforme LOPES Jr., o “direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, esculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo a qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando interrogado” e acrescenta que do exercício do direito ao silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico ao imputado, Apesar de a previsão constitucional prescrever ao “direito de permanecer calado”, o

³⁵ Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

³⁶ Artigo 14.2 Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

³⁷ 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;

princípio do *nemo tenetur se detegere* não se reduz as manifestações orais, deve abranger todas ações físicas e não verbais, capazes de contribuir para a própria condenação. O princípio inclui tanto o direito ao silêncio quanto o direito de não ser constrangido a produzir prova contra si mesmo. Na medida em que no processo penal só há presunção de inocência. Por consequência, qualquer tipo de recusa não autoriza presumir-se a culpabilidade, muito menos por configurar delito de desobediência. Portanto, o princípio da não autoincriminação decorre não só de poder calar no interrogatório, como também do fato de o imputado não poder ser compelido a participar de acareações, de reconhecimentos, de reconstituições, de fornecer material para exames periciais, tais como exame de sangue, de DNA ou de escrita, incumbindo à acusação desincumbir-se do ônus ou carga probatória de outra forma.³⁸

Assim, no direito brasileiro o princípio deve ser visto de forma extensiva, como afirma Pacelli o *nemo tenetur se detegere* é o gênero do qual o direito ao silêncio e a não autoincriminação são espécies, assim, além de autorizar o acusado a não se manifestar durante a fase de investigação ou em juízo, também lhe garante a desnecessidade de contribuir na formação de prova que possa lhe prejudicar.³⁹

Dessa forma, diante da redução dos limites de aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere* às manifestações orais, de modo a permitir os demais meios de autoincriminação, como a coleta de sangue, estaríamos diante da mitigação de uma série de direitos ao se coibir um acusado a fornecer provas contra si mesmo.

Em atenção à Lei nº 12.654/2012, considerando o fornecimento do material genético, o investigado não pode ser obrigado a contribuir com as investigações, e qualquer decisão judicial que lhe obrigue a fornecer material biológico para fins probatórios, configura uma afronta ao princípio constitucional que veda a autoincriminação.⁴⁰ O acusado não é obrigado a praticar nenhum comportamento ativo habilitado a incriminá-lo, muito menos pode se submeter a provas invasivas sem o seu consentimento.

Nessa perspectiva, as provas que necessitam da cooperação do acusado podem ser consideradas invasivas ou não invasivas, assim, infere Queijo:

No que diz respeito às provas que dispensam a cooperação do investigado, parece não existir maiores controvérsias sobre a ausência de violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, uma vez que não se exige dele uma atuação contra si mesmo, podendo ser objeto de prova os vestígios deixados

³⁸ GESU, Cristina Di. **Prova penal e falsas memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 1ª edição. p.50.

³⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 27.

⁴⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. p. 106.

na cena do crime ou colhidos em outros locais. Por outro lado, maior atenção parece merecer a colheita de provas que dependam da sua cooperação, uma vez que, em tese, ele poderia se recusar a tanto por não ter o dever de produzir prova contra si mesmo, especialmente, no que diz respeito à coleta de material biológico, nas hipóteses em que impliquem intervenção corporal.⁴¹

As provas invasivas não podem ser realizadas contra a vontade do acusado, uma vez que necessitam da intervenção corporal deste, pois pressupõem penetração no organismo humano, ferindo além do princípio do *nemo tenetur se detegere*, outros valores fundamentais como a liberdade, intimidade, dignidade da pessoa humana e a intangibilidade corporal.

Há provas que, embora não necessitem de intervenção corporal para sua produção, dependem da cooperação do acusado. Dessa forma, também não se pode exigir colaboração ativa do acusado, sendo inadmissível a execução coercitiva para compeli-lo a colaborar, em vista do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Além disso, cabe destacar que tão importante quanto essa manifestação positiva do acusado é a manifestação negativa. Deste modo, diante da extração de material biológico daquele que se encontra impossibilitado de manifestar-se, como o desacordado, estaríamos diante da afronta ao princípio do *nemo tenetur se detegere* e aos direitos da personalidade que abrange a integridade física, moral, intelectual, psíquica e a intimidade, protegendo a inviolabilidade do corpo humano.

Ainda cabe destacar que da negativa não se pode extrair presunção de veracidade nem acarretar crime de desobediência, pois diante do modelo acusatório o acusado não é mais o objeto de prova de forma a não ser compelido a colaborar com sua incriminação.

Sobre a matéria, Aury é enfático:

O sujeito passivo não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar a defesa. Não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita etc.) etc. Por elementar, sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízo ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência.⁴²

⁴¹ Queijo, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** p. 244-261

⁴² LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** 5ª Ed. São Paulo, SP: Saraiva. 2013 p. 344

Por fim, o princípio do *nemo tenetur se detegere* ostenta significativa dimensão no processo penal, uma vez que assegura ao acusado o direito de não produzir prova contra si mesmo. Estando diretamente relacionado ao direito a intimidade, liberdade moral, dignidade e intangibilidade corporal, dado que as provas de sua culpabilidade devem ser colhidas sem a sua cooperação proveniente da visão de que o acusado não pode mais ser considerado objeto da prova na atual feição do processo penal.

3.3 Não relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* a luz do precedente *Schmerber v. Califórnia*

Em que pese, a limitação do princípio do *nemo tenetur se detegere* na Corte norte-americana, surge a preocupação que essa tendência passe a ser adotada no Brasil, relativizando a aplicação do princípio.

Essa orientação é defendida com base em três premissas: busca da verdade material, a supremacia do interesse coletivo sob o privado e o fracasso da persecução penal devido à falta de cooperação do acusado. Todavia passemos a desconstruir essas hipóteses.

Como expõe Queijo “um dos principais óbices ao reconhecimento do princípio do *nemo tenetur se detegere* é o mito da verdade material, vinculado as ideias de liberdade absoluta do juiz, sem limitação de seus poderes na produção de provas”.⁴³

Ainda sustenta, que:

[...] com relação às provas que dependem da colaboração do acusado, modernamente argumenta-se contra o princípio *nemo tenetur se detegere*, que, se fosse, ele aplicado em toda sua extensão, levaria à completa inviabilização da apuração da verdade material.⁴⁴

Dessa forma, a ideia de busca da verdade material se apresenta como um resquício do modelo inquisitório, baseado na concepção que o acusado deve servir como meio de prova, surgindo como uma autêntica forma de limitação a verdadeira dimensão do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

⁴³ Queijo, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal*. p. 64

⁴⁴ *Ibidem*. p. 66

No entanto, ocorre que essa noção de verdade material não passa de um mito, não há possibilidade de atingi-la na instrução processual, pois até mesmo o grau máximo de certeza gerado pelas provas representa apenas a verdade processual, não passando de uma verdade aproximativa.

Dessa forma, diante da impossibilidade de se atingir a verdade material, restando tão somente à verdade processual a ser alcançada, ela não pode ser considerada como meta absoluta, permitindo o sacrifício de direitos e garantias fundamentais do acusado. “O valor “verdade”, no processo, não se sobrepõe aos outros valores que estão envolvidos nem à função social do processo, que é a pacificação social”.⁴⁵

Assim, a limitação do princípio em face da busca da verdade real não se justifica.

Quanto à alegação a respeito da limitação do princípio diante da prevalência do interesse coletivo sob o privado, não há dúvida que se faz necessária à existência de uma ponderação entre esses interesses. Diante da prevalência do interesse individual teríamos o fracasso da persecução penal, por outro lado, diante da prevalência absoluta do direito coletivo estaríamos diante um método autoritário que iria suprimir direitos e garantias fundamentais.

Ainda cabe observar que, essa contraposição existente entre direito coletivo e privado é apenas aparente, dado que há interesse público na obtenção de um processo penal ético com cumprimento das garantias fundamentais do indivíduo.⁴⁶

Isto posto, o princípio do *nemo tenetur se detegere* não deve ser limitado em prol do interesse coletivo, uma vez que iria suprimir direitos e garantias fundamentais, e a defesa dessas garantias é de interesse da própria coletividade.

Todavia, parte da doutrina defende que uma vez que não existe direito fundamental absoluto, tal princípio deve passar pelo crivo da proporcionalidade. Na sua aplicação deve existir o sopesamento de outros direitos e garantias constitucionais.

Nestes termos, expressa Queijo:

⁴⁵ Queijo, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** p.67

⁴⁶ *Ibidem.* p. 288

O *nemo tenetur se detegere*, como outros direitos fundamentais, não é absoluto, devendo coexistir no ordenamento jurídico com outros direitos e valores, como a paz social e a segurança pública, igualmente tutelados (limites implícitos imanentes). Por isso, admitem-se restrições ao referido direito, em caráter excepcional, que deverão ser operados sempre por lei, estrita e previa, que atenda ao princípio da proporcionalidade, sob pena de inconstitucionalidade.⁴⁷

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu na RCL-QO 2040, pela possibilidade da coleta de material descartado, para a realização do exame de DNA, realizando uma ponderação entre valores constitucionais contrapostos, de um lado, o direito a intimidade e a vida privada, e de outro, o direito a honra e a imagem.⁴⁸

Por fim, no que diz respeito ao fato da não cooperação do acusado gerar o fracasso da persecução penal, tal também não se sustenta.

O acusado não é mais um objeto de prova como no sistema inquisitório, o Estado não tem direito ilimitado à prova, há limites para a busca da verdade no processo, dessa forma o acusado não pode ser compelido a produzir provas, pois uma vez forçado além de ferir o *nemo tenetur se detegere* viola outros direitos, tais como a dignidade humana, a intimidade e a intangibilidade corporal.

⁴⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** p. 485

⁴⁸ Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante." (STF. RECLAMAÇÃO Nº 2.040-1/DF. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87540>>. Acesso em: 22 nov. 2016).

O princípio do *nemo tenetur se detegere* afeta o Estado na sua perspectiva acusatória, de modo que o ônus da prova é da parte acusatória, não podendo exigir do acusado que colabore para sua acusação. Dado que o imputado é presumidamente inocente não lhe incumbe provar nada e esta presunção deve ser descaracterizada pelo acusador, sem que o acusado tenha qualquer dever de contribuição.⁴⁹

Porém, na esfera processual civil essa obrigatoriedade de fornecimento de material genético já foi objeto de debates, chegando-se ao entendimento que não é possível obrigar o réu a fornecer o material genético para realização do exame de DNA para fins de comprovação de paternidade, por desrespeitar direitos fundamentais do cidadão, como a dignidade da pessoa humana, intangibilidade corporal, entre outros. No entanto, no processo civil existe uma atribuição às partes do ônus de produzir as provas necessárias à demonstração das alegações, sob pena de suportarem os efeitos por não terem se desincumbido da atividade probatória.

Assim, apesar de não serem obrigados a fornecer o material genético, quando o agente nega a submeter-se ao exame, há presunção de veracidade.⁵⁰ Dessa forma, a relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* possui maior aceitação no âmbito civil.

Contudo, o precedente norte-americano anteriormente exposto não pode servir para relativizar o alcance do princípio do *nemo tenetur se detegere* em nosso ordenamento, uma vez que ficou claro que a extensão do princípio além do direito ao silêncio não obsta a atividade estatal na busca da verdade real, a persecução penal e nem viola a supremacia do interesse coletivo. Como um direito fundamental ele deve coexistir no sistema juntamente com outros princípios, de modo a não inviabilizar a atividade estatal a partir da violação de direitos constitucionais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁴⁹ Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “ao indiciado não cabe o ônus de cooperar de qualquer modo com a apuração dos fatos que o possam incriminar - que é todo dos organismos estatais da repressão penal” (HC nº 79.781-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 18/04/2000).

⁵⁰ Súmula nº 301 do Superior Tribunal de Justiça: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

Com todo o exposto, podemos concluir que influenciado pelas experiências internacionais e pelo anseio social por medidas efetivas ao combate à criminalidade, o Congresso Nacional, aprovou a Lei nº 12.654/2012, que trata da identificação criminal por perfil genético.

Com o advento do referido diploma legal, a coleta de material genético passou a ser considerada como uma forma de identificação criminal, juntamente com as já existentes identificação dactiloscópica e identificação fotográfica. Para tanto, promoveu alterações em dois estatutos jurídicos, quais sejam, a Lei nº. 12.037/09, que disciplina a identificação criminal, e a Lei nº. 7.210/84, que regula a Execução Penal.

A possibilidade de coleta de material biológico levantou inquietude a respeito do fato de se compelir o acusado a fornecer material biológico para fins de persecução penal, assim sendo, restaria desconsiderado o princípio do *nemo tenetur se detegere*, uma vez que o acusado estaria gerando provas que possivelmente seriam usadas contra ele.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* consiste no direito conferido ao acusado de não produzir provas que o incriminem, com o objetivo de proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, quando da persecução criminal. Está ligado diretamente ao modelo acusatório em que o acusado deixa de ser visto como objeto de prova.

Todavia, não obstante seja reconhecido por importantes diplomas internacionais, e possuir o status de direito fundamental na ordem jurídica nacional, registra-se forte propensão em mitigar garantias advindas desse princípio.

Em atenção ao exposto anteriormente e a tendência do Brasil em adotar modelos norte-americanos, a análise do precedente *Schmerber v. Califórnia* é de grande relevância, uma vez que demonstra essa vocação de relativização do princípio ao direito de permanecer em silêncio e a imposição do acusado de suportar a coleta do material biológico.

Ocorre que no Brasil o princípio do *nemo tenetur se detegere* não deve ser relativizado, deve abranger além do direito ao silêncio o direito a não autoincriminação, uma vez que, ignorar o direito a não autoincriminação é uma afronta às garantias

individuais da pessoa humana, que só podem ser objeto de disposição com a manifestação do detentor.

A relativização do princípio tem por base a busca da verdade real, a prevalência do interesse público em relação ao privado e o prejuízo que a falta de cooperação do acusado pode gerar na persecução penal.

Dessa forma, o Estado ao primar por uma equivocada ideia de segurança pública não se atentou para o zelo das liberdades e garantias individuais que devem ser preservadas na condução da persecução penal.

Em face disso, o princípio do *nemo tenetur se detegere* não pode sofrer relativização, uma vez que não é direito a inviabilizar a atividade Estatal, cabendo apenas a sua aplicação no que concerne ao caso concreto, juntamente com os outros princípios constitucionais.

Contudo, ainda cabe ressaltar que a Lei nº 12.654/2012 seria o diploma com o fim de equilibrar o princípio do *nemo tenetur se detegere* com os demais princípios do ordenamento jurídico e com as necessidades da sociedade na manutenção da segurança pública, em razão do aumento da criminalidade e violência. Entretanto, a lei foi falha ao ceder à possibilidade do juiz determinar essa coleta sem dispor de critérios pautados na proporcionalidade a nortear essa decisão judicial.

5. REFERÊNCIAS.

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

ALMEIDA NETO, João Becon De. **Banco de dados genéticos para fins criminais: implicações jurídico-penais**. 2010. 84 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Pucrs., Porto Alegre - RS, 2010.

ANSELMO, Márcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. **Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país**. Revista Consultor Jurídico. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasi>>. Acesso em: 01 de out. 2016.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 de out. 2016.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 04 de out. 2016.

BRASIL, **Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm>. Acesso em: 04 de out. 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012**. Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 01 de out. 2016.

BRASIL. **Decreto Lei nº 7.950, de 12 de março de 2013**. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm>. Acesso em: 01 de out. 2016.

BRASIL. **Decreto Lei nº 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 01 de nov. 2016.

CABRAL, Bruno Fontenele. **A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2118, 19 abr. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12658>>. Acesso em: 20 out. 2016.

CORRERA, Marcelo Carita. **Da constitucionalidade da identificação criminal mediante perfil genético**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 out. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50376&seo=1>>. Acesso em: 16 set. 2016.

DIAS NETO, Theodomiro. **O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte americano**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.5, n.19, p. 179-204, jul./set 1997.

GESU, Cristina Di. **Prova penal e falsas memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 1ª edição.

GODINHO, Neide Maria de Oliveira. **Banco de dados de DNA: uma ferramenta a serviço da justiça**. Disponível em: <<http://revista.ssp.go.gov.br/index.php/rebsp/article/viewFile/193/82>>. Acesso em: 02 de out. 2016.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido, **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. Disponível em: <file:///C:/Users/Admin/Downloads/tesecarloshenriqueborlido/haddad.pdf> Acesso: 03 nov. 2016

JUSBRASIL, Artigos. **O Direito ao silêncio nos EUA: análise dos precedentes Miranda vs Arizona e outros julgados da Suprema Corte americana**. Disponível em <http://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/134898660/o-direito-ao-silencio-nos-eua-analise-dos-precedentes-miranda-vs-arizona-e-outros-julgados-da-suprema-corte-americana>. Acesso em: 23 out. 2016.

LEMONS, Cristiane Chaves. **Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal – entre a lógica do controle e a fragilidade processual penal**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_2/cristiane_lemos.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação especial criminal comentada**. 4ª ed. Niterói, RJ: Editora Juspodium, 2016.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Jacobo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Navarra: Aranzadi, 2004.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 5ª ed. São Paulo, SP: Saraiva. 2013

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. vol. 2. 6ªed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10ª ed. São Paulo, SP: Editora RT, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6ªed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

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

PEDROZA, Robson. **O aviso de Miranda e direito a não autoincriminação**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4797, 19 ago. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51420>. Acesso em: 6 nov. 2016.

QUEIRO, 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, SP: Saraiva, 2012.

REIS, Maurício Martins. JOBIM, Marco Félix. **O Direito de permanecer em silêncio: Miranda v. Arizona**. Disponível em: <file:///C:/Users/Admin/Downloads/18077-59148-1-PB%20(2).pdf>. Acesso em: 21 out. 2016.

RILEY, Gail Blasser. **Miranda v. Arizona: rights of the accused.** Berkeley Heights: Enslow Publishers, 1994.

SILVA, Yasmin Pereira Da. TRINDADE, Letícia. ALMEIDA, Bruno Rotta. **A identificação criminal por perfil genético: uma análise a partir das garantias fundamentais do processo penal.** Disponível em: <http://wp.ufpel.edu.br/libertas/files/2014/09/SA_02421.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** 4. Ed. São Paulo, SP: Saraiva. 2002.