

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

XÊNIA MARA DA SILVA DE SOUZA

**O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGE* E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS
NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL**

Juiz de Fora

2014

XÊNIA MARA DA SILVA DE SOUZA

**O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGE* E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS
NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada pela acadêmica Xênia Mara da Silva de Souza à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito à obtenção do título de bacharel.

Orientadora: Profa. Ms. Marcella Alves Mascarenhas Nardelli.

Juiz de Fora

2014

Ficha catalográfica elaborada através do Programa de geração automática da Biblioteca Universitária da UFJF, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Mara da Silva de Souza, Xênia.

O princípio nemo tenetur se detegere e as intervenções corporais no Direito Processual Penal Brasileiro : uma análise constitucional. / Xênia Mara da Silva de Souza. -- 2014.

68 p.

Orientadora: Marcella Alves Mascarenhas Nardelli

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito, 2014.

1. Princípio nemo tenetur se detegere. 2. Princípios Constitucionais. 3. Provas. 4. Intervenções Corporais. I. Alves Mascarenhas Nardelli, Marcella, orient. II. Título.

XÊNIA MARA DA SILVA DE SOUZA

**O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGE* E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS
NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL.**

Monografia apresentada pela acadêmica Xênia Mara da Silva de Souza à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como pré-requisito parcial a obtenção do grau de bacharel sob orientação da Profa. Ms. Marcella Alves Mascarenhas Nardelli.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.^a Ms. Marcella Alves Mascarenhas Nardelli

Prof. Ms. João Becon de Almeida Neto

Prof. Ms. Cristiano Álvares Valladares do Lago

Juiz de Fora, 15 de julho de 2014.

RESUMO

A presente monografia visa analisar e contrapor o sistema probatório brasileiro e os princípios constitucionais a ele inerentes, no sentido de analisar se existe necessidade do consentimento ou não do acusado, nos casos em que a produção de provas implique intervenção corporal e quais são as consequências desta possível intervenção. Assim o indivíduo encontra-se à mercê de sua própria sorte no caso concreto e isso pode gerar uma grande violação à sua esfera privada e às garantias a ela inerentes, eis que pelo simples fato de um indivíduo ser réu em um processo, ele já se encontra em situação de vulnerabilidade. Assim a investigação enfrenta a divergência consistente em saber se o acusado pode ser ou não ser obrigado judicialmente a colaborar com a produção de tais provas, mesmo que isso gere um prejuízo para sua defesa. A discussão gira em torno de garantias e princípios constitucionais e processuais.

PALAVRAS-CHAVE: *Nemo tenetur se detegere*. Princípios constitucionais. Intervenção corporal. Provas. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze Brazilian evidentiary system and constitutional principles inherent to it, in order to examine the need of the accused's consent, for the production of evidence involving bodily intervention and what are the consequences of this possible intervention. Thus the individual is at the mercy of his own luck in this matter and it can generate a large violation of privacy and all guarantees inherent to it, behold, the mere fact that an individual is a defendant in a criminal proceeding, already generates a situation of vulnerability. The present research faces the consistent divergence in whether the accused may or may not be legally obliged to cooperate with the production of such evidence, even though it can be harmful to his defense. The discussion revolves around constitutional and procedural guarantees and principles.

KEYWORDS: *Nemo tenetur se detegere*. Constitutional principles. Bodily intervention. Evidence. Human's dignity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 – As garantias constitucionais, o princípio <i>nemo tenetur se detegere</i> e as intervenções corporais no Direito Processual Penal Brasileiro.....	11
1.1 – A importância dos princípios constitucionais no Direito Processual Penal Brasileiro....	11
1.2 – Princípios constitucionais em espécie.....	13
1.2.1 – Princípio da dignidade da pessoa humana.....	13
1.2.2 – Princípio da presunção de não culpabilidade.....	14
1.2.3 – Princípio do favor rei.....	15
1.2.4 – Princípio da igualdade processual.....	16
1.2.5 – Princípio do devido processo legal.....	17
1.2.6 – Princípio da ampla defesa.....	17
1.3 – Princípio <i>nemo tenetur se detegere</i>	18
1.3.1 – Conceituação.....	18
1.3.2 – A busca da verdade <i>versus</i> a necessidade de produção de provas.....	20
1.3.3–O princípio <i>nemo tenetur se detegere</i> e a colheita e produção de provas no corpo do indivíduo.....	22
1.3.3.1 – Provas invasivas.....	23
1.3.3.2 – Provas não invasivas.....	25
1.3.4 – Do dever de colaborar.....	26
1.3.5 – Da impossibilidade de se extraírem consequências da recusa do acusado em submeter-se a determinada prova.....	29
1.3.6 – Os pressupostos de validade das intervenções corporais.....	30
1.3.7 – O conflito de interesses fundamentais no caso das intervenções corporais.....	31
2 – O princípio <i>nemo tenetur se detegere</i> e os ordenamentos internacionais.....	33
2.1 – O sistema probatório no ordenamento processual penal chileno.....	33
2.2 – O sistema probatório no ordenamento processual penal italiano.....	35

2.2 – O sistema probatório no ordenamento processual penal francês.....	43
2.2 – O sistema probatório no ordenamento processual penal alemão.....	43
2.2 – O sistema probatório no ordenamento processual penal espanhol.....	44
2.2 – O sistema probatório no ordenamento processual penal português.....	45
2.2 – O sistema probatório no ordenamento processual penal argentino.....	46
2.2 – O sistema probatório no ordenamento processual penal inglês.....	46
2.2 – O sistema probatório no ordenamento processual penal norte-americano.....	47
3- O posicionamento da doutrina e da jurisprudência brasileira diante do ordenamento atual: o caso do etilômetro (lei 12.760/2012) e da nova lei do banco genético (Lei 12.654/2012).....	49
3.1 – Lei 12.760/2012.....	49
3.2 – Lei 12.654/2012.....	54
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63

INTRODUÇÃO

No processo penal busca-se trazer a realidade dos fatos à tona por meio de um lastro probatório que possa influenciar e embasar os fatos levados ao processo. A demonstração da verdade dos fatos é feita por intermédio da utilização probatória, ou seja, com as provas reconstruímos a verdade dos fatos necessária para que o processo acabe com uma decisão justa e que equivalha a uma tutela jurisdicional efetiva. Apesar de tal importância as provas não podem ser colocadas acima de tudo. Deve-se buscar uma relação entre a razoabilidade e os demais princípios constitucionais consagrados.

A temática deste estudo parte das questões atinentes às intervenções corporais no direito processual penal e busca uma análise desta questão probatória por um viés garantista e constitucional. Neste estudo nos deparamos com o princípio *nemo tenetur se detegere*, que determina que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, já que é presumivelmente inocente de acordo com o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Assim a prova não pode ser analisada de forma autônoma, deve ser sempre pensada através de uma análise constitucional, preservando os princípios do Estado Democrático de Direito. Afinal o direito não pode ser analisado por partes e sim como um todo sistêmico. O direito probatório, portanto, não é absoluto. Deve sofrer - e sofre - limitações de caráter humanitário, político e processual. Assim deve ser, pois as provas devem ser compatíveis com a Constituição Federal e com os demais postulados referentes a direitos humanos e garantias fundamentais.

A partir das premissas e das concepções consagradas, seja na sociedade, seja no meio doutrinário, deve-se buscar encontrar um paradigma de acordo com o direito a não autoincriminação e da teoria dos direitos fundamentais para se responder como se justificaria alguém se recusar a colaborar na elucidação de um crime ou na comprovação de sua autoria, bem como quais condutas estão abrangidas pela proteção contra a autoincriminação e o quanto à ciência forense pode influenciar os fundamentos da prova penal.

No primeiro capítulo foram indicados os princípios constitucionais inerentes as intervenções corporais e como eles devem influenciar o processo penal na busca da verdade

processual. Além disso o princípio *nemo tenetur se detegere* também será explanado já que ele é a base de todo viés garantista que o assunto objeto desse estudo deve conter.

No segundo capítulo foi realizado o estudo comparado do princípio *nemo tenetur se detegere* em outros ordenamento jurídicos contemporâneos com o fim de aprimorar e completar o ordenamento jurídico do nosso Estado, para que possa chegar, o mais próximo possível, de uma aplicação coesa e justa.

No último capítulo, procurou-se trazer a baila a situação concreta da legislação brasileira atual com a indicação de duas leis recentes, Lei 12.654/2012 e Lei 12.760/2012, para que se demonstre o quão vago e frágil é o tratamento brasileiro dado às intervenções corporais em nosso ordenamento.

Enfim, o que se buscará é a indicação da relevância das normas constitucionais e convencionais, atinentes ao princípio *nemo tenetur se detegere* e as intervenções corporais no processo penal e que, pelo seu valor, devem ser levadas em consideração como forma de proteção aos indivíduos da relação jurídica.

CAPÍTULO 1
AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, O *PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE*
***DETEGERE* E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS NO DIREITO PROCESSUAL**
PENAL BRASILEIRO.

1.1 - A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO
PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

É sabido que o Direito Processual Penal serve para concretizar o Direito Penal em todas as suas nuances e não somente para formar o arcabouço necessário à aplicação da pena. Ele deve ir muito além, pois deve garantir aos indivíduos do processo, todas as suas garantias individuais e fundamentais descritas na Carta Magna, afinal todos os ramos jurídicos do Direito, este tido como ciência, têm relação com o direito constitucional. Já que segundo a concepção jurídica de Hans Kelsen sobre a Constituição, esta serve como norma fundamental para todas as demais normas de um ordenamento jurídico.

A Constituição de 1988 rompeu com toda roupagem autoritarista e desumana a qual os cidadãos do Brasil estavam acostumados e subjugados a conviver e isto se mostra cada vez mais forte e mais presente em nosso cotidiano.

Segundo o insigne Paulo Gustavo Bonet Branco (2012, p. 171):

“O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões. Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.”

O avanço dos preceitos constitucionais é cada vez mais importante já que o Estado não é mais autoritário e sim democrático, com a participação do povo no processo de formação das normas constitucionais, já que a Constituição é, quanto a sua origem, promulgada, ou seja, criada a partir das vontades convergentes de representantes validamente eleitos pelo povo e estes têm como obrigação a expressão da vontade daqueles que os colocaram no poder. Com o indivíduo mais ativo, o resultado disso só poderia ser um texto orientador de um sistema que salvasse os interesses da sociedade como um todo.

Em contrapartida o nosso Código de Processo Penal é de 1941 e foi criado em meio ao Estado Novo que foi o regime político criado e executado por Getúlio Vargas que durou de 1937 até 1945, sendo este caracterizado pelo autoritarismo militar e sem rédeas. Por mais esforço que se faça, o nosso Código ainda sofrerá com os resquícios do passado, enquanto não sofra uma mudança de forma una e consistente, que altere o sistema como um todo. Assim mais uma vez temos que buscar a relação e a equivalência dos preceitos constitucionais com o Código de Processo Penal, já que nossa Constituição, livre de tudo o que pode da Era Vargas, foi realizada de forma racional e com um bom lapso temporal das restrições e privações as quais os indivíduos que viveram nessa época passaram. Nada mais justo do que um processo constitucionalizado que busque a melhor intervenção na esfera jurídica pessoal do indivíduo seja o utilizado.

Segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar, “o processo penal deve estar pautado e ter por vetor principal a Constituição Federal” (2014, p. 60). O processo é uma garantia constitucional e por isso o indivíduo deve ser protegido de todas as formas das possíveis ingerências desproporcionais que poderá encontrar em seu caminho. O Estado, detentor do *jus puniendi* tem o direito e o dever de punir, mas não pode realizar esta conduta sem pautar-se nos direitos e garantias básicas dos processados.

De acordo com Aury Lopes Jr (2005, p. 40).

“O processo penal deve passar pelo filtro constitucional e se democratizar. A democracia pode ser vista como um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado, e que se manifesta em todas as esferas dessa complexa relação Estado-indivíduo. Como consequência, opera-se uma democratização do processo penal, que se manifesta através do fortalecimento do sujeito passivo. O indivíduo submetido ao processo penal passa a ser valorizado juridicamente”.

Assim, o processo penal contemporâneo tem que coadunar-se com os preceitos constitucionais e se ocupar em proteger os direitos e garantias dos indivíduos, sujeitos de direito em um Estado Democrático de Direito, “contudo o dia-a-dia forense revela uma desarmônica convivência entre a Constituição e a Lei Processual Penal.” (RIBEIRO, 2010, p.72).

1.2) PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM ESPÉCIE

1.2.1) PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (1988), citado por Kildare Carvalho (2007, p. 549), a dignidade da pessoa é:

“a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

Partindo deste ponto temos que a dignidade da pessoa humana é um princípio, considerado de valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional que fundamenta a República Federativa do Brasil de acordo com o que dispõe o art. 1º, inciso III da Carta Magna de 1988. Este princípio é um vetor a partir do qual todos os demais princípios e o próprio ordenamento devem pautar-se, pois não é possível que se leia qualquer norma sem estar orientado por ele. Deste modo, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser a base de todo ordenamento jurídico. Isto porque todo o ordenamento jurídico deve procurar, de todos os modos, promover a proteção do ser humano, tanto de forma individual quanto como um ser pertencente a uma sociedade.

Portanto a dignidade humana deve ser compreendida sob o prisma de que todo sistema jurídico tem um único destinatário, que é o ser humano, e, portanto, na interpretação das normas que compõem esse sistema, a solução deve sempre pender para a garantia do desenvolvimento deste único destinatário seja na vertente individual, social ou econômica. O indivíduo é o centro de todo o sistema jurídico e todas as demais garantias do ordenamento devem desenvolver-se a partir deste princípio e ter a pessoa humana como protagonista para o seu correto desenvolver.

Neste trabalho o vetor constitucional deve ter a nuance de ser uma garantia no campo probatório onde o acusado deve ter como certa a inviolabilidade física e psíquica dele, como

corolário da dignidade humana. Segundo Thiago Gandra (2011, p.21-55) "é o reconhecimento do direito à dignidade enquanto ser humano que veda simplesmente desfazer-se da condição humana do acusado para tratá-lo como mero objeto da relação processual".

Portanto, todo procedimento que for contra a integridade física e psíquica do acusado equivale a um atentado contra a sua dignidade humana, já que o indivíduo não pode ser tratado como meio de prova.

1.2.2) PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE

Este princípio está expressamente previsto na Constituição Federal no art. 5º, LVII, dispondo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. E também na Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil: Decreto nº 678/1992): “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Há que se frisar que o texto constitucional é mais amplo que o acordo internacional, já que o primeiro diz que a pessoa não é culpada até o trânsito em julgado, enquanto a segunda disposição indica que a pessoa será presumivelmente inocente enquanto não for comprovada sua culpa. Este princípio é tão importante que, segundo Aury Lopes Jr. (2009, p.440), de acordo com o a sua efetiva aplicabilidade, ou seja, seu nível de eficácia, podemos verificar a qualidade de um sistema processual.

Assim o ônus da prova cabe à acusação e qualquer medida que prive o indivíduo de sua liberdade, e de todas as faculdades a ela inerentes, são medidas de exceção antes de uma decisão judicial de caráter definitivo transitada em julgado ao término do devido processo legal.

Nestor Távora e Rosmar Alencar (2014, p. 61) nos ensinam que:

“Do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, o *in dubio pro reo*, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado – e não este de provar sua inocência – e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade”.

Um ponto importante sobre a presunção de inocência diz respeito ao fato de o acusado ter sido absolvido devido à falta de provas nos moldes do artigo 386, incisos I e V do Código de Processo Penal. Esse acusado absolvido por falta de provas, seja porque restou provada a

inexistência do fato ou por não existir provas de ter o réu concorrido para a infração penal, será tão inocente quanto àquele que, tendo sofrido a acusação, provou no curso do processo que não era culpado. O princípio da presunção de inocência não faz qualquer distinção entre a forma com a qual o acusado foi declarado inocente no processo, bastando que o seja.

Jaime Vegas Torres (1993, p.35 e ss.) citado por Aury Lopes Jr (2009, p.192) aponta para as três principais manifestações (não excludentes, mas sim integradoras) da garantia constitucional da presunção de inocência:

- a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal.
- b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual).
- c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada.

Pelo exposto, o princípio *nemo tenetur se detegere* concilia-se com a ideia do princípio da não-culpabilidade, já que o acusado não é obrigado a praticar uma conduta ativa para que se produza uma prova e uma eventual recusa não pode ser interpretada ao seu desfavor, já que todo indivíduo é, presumivelmente, inocente.

1.2.3) PRINCÍPIO DO FAVOR REI

Para correta aplicação do princípio do favor rei temos que ter em mente que a dúvida milita em favor do acusado, ou seja, *in dubio pro reo*, já que o réu é a parte mais frágil de uma relação processual penal. Este princípio é consubstanciado nos direitos exclusivos da defesa, como a revisão criminal, a proibição da *reformatio in pejus*, dentre outras coisas.

Alguns manuais equiparam o *in dubio pro reo* a esse princípio, mas existem diferenças. O *in dubio pro reo* é uma espécie – talvez a espécie mais próxima ao gênero e pode ser indicado através do art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal, que é a absolvição por insuficiência de provas.

Temos que ter em mente que algumas vezes, mesmo com o decorrer normal do processo, o juiz ainda possui dúvida. Se isso permanecer até o final do processo, com o magistrado ainda com dúvidas sobre a decisão a ser proferida, ele deverá absolver o réu, por

insuficiência de provas: *in dubio pro reo*. É uma regra de julgamento. Somente a certeza admite uma condenação.

Agora quando o juiz possui dúvida em outros momentos do processo, já que é possível que ele possua dúvidas até mesmo quanto à lei que deve ser aplicada, podendo ocorrer também conflito ou dúvida entre punição e liberdade, não necessariamente no momento da sentença, o Poder Judiciário deve sempre dar prevalência ao direito à liberdade. Essa ideia de prevalência do direito a liberdade sobre o direito de punir, em qualquer situação de dúvida, caracteriza o que se chama de *favor rei* ou *favor libertatis*.

Assim quando o magistrado fica em dúvida, deve ocorrer a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, já que em caso de dúvida, deve ocorrer a absolvição. Já o princípio *favor rei*, que não se confunde com o supracitado, ensina que a norma mais favorável ao réu é aplicada (isso cabe tanto a inocentes quanto culpados).

“Este princípio mitiga, em parte, o princípio da isonomia processual, o que se justifica em razão do direito à liberdade do envolvido – e dos riscos advindos de eventual condenação equivocada”. (TÁVORA, 2014, p. 76). Ele é decorrência direta do princípio da presunção de não culpabilidade do acusado.

1.2.4) PRINCÍPIO DA IGUALDADE PROCESSUAL

O princípio da igualdade processual ou princípio da isonomia equivale ao tratamento igualitário entre as partes no transcorrer do processo. Ele está disposto no art. 5º, caput da Constituição Federal. Assim os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente, na medida de sua desigualdade.

Segundo Leonardo Greco em artigo de sua autoria:

“As partes devem ser tratadas com igualdade, de tal modo que desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final, em face das circunstâncias da causa. Para assegurar a efetiva paridade de armas o juiz deve suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas de uma parte que a coloquem em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas concretamente se apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional dos seus interesses.”

A regra é a isonomia processual, mas em situações específicas o interesse do acusado deve ser eleito como o preponderante, de acordo com o princípio do favor rei. Já que ele é a

parte mais frágil da relação processual penal por todos os estigmas amplamente conhecidos que um acusado pode sofrer na esfera criminal.

O princípio da igualdade no Direito Processual Penal no que concerne ao tratamento do acusado deve assegurar oportunidades idênticas aos que figuram em posições antagônicas e evitando que se atribua a qualquer das partes, maiores direitos a um ou maiores deveres ou ônus ao outro.

1.2.5) PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Com essa garantia o litigante sabe que o processo em que ele for parte se desenvolverá exatamente na forma prescrita em lei. Esta garantia é importante, pois sua aplicação se dá no plano processual e no plano material.

Assim este princípio adquire duas vertentes, quais sejam o devido processo legal material, que trata sobre a regularidade do processo de criação das normas, e o devido processo legal processual, que se refere à regularidade dos atos processuais.

No âmbito do direito processual é o princípio do devido processo legal o mecanismo garantista que assegura maior força contra o arbítrio, seja o estatal ou o privado. Afinal, a um só tempo, possibilita as partes um tratamento isonômico em relação ao Estado, os direitos de ação e de defesa, um julgador imparcial e o direito a busca de provas; como minimiza os poderes econômicos e políticos que possam influir os julgados.

Por fim, é no processo penal que a garantia ou princípio do devido processo legal, demonstra-se com maior poderio. Sendo o processo penal a forma de movimentar e efetivar o direito de punir do Estado, é o respeito ao devido processo legal previsto na Carta Magna que propicia segurança e certeza num processo penal justo.

1.2.6) PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Este princípio está disposto de forma expressa no art. 5º, LV da Constituição Federal e apesar da confusão que comumente acontece, o princípio da ampla defesa não é sinônimo do princípio do contraditório. Até porque o primeiro é uma garantia do acusado, enquanto o segundo é uma garantia de ambas as partes em um processo.

Vicente Greco Filho (2013, p. 63) indica a ampla defesa como a mais importante garantia do processo penal, em torno da qual “todo o processo gravita”. Na visão do supracitado autor, a ampla defesa consiste na oportunidade do acusado contraditar a acusação, sendo que os termos processuais devem possibilitar sua eficiência.

A defesa comporta a seguinte subdivisão: a defesa processual, que deve ser realizada por um profissional capacitado e com capacidade postulatória, ou seja, por um advogado; e a autodefesa que é a defesa realizada pelo próprio acusado. A primeira é obrigatória e a segunda opcional, em consonância com o direito ao silêncio, desdobramento do princípio *nemo tenetur se detege*. Sobre isso, leciona Leonardo Greco em artigo de sua autoria:

“As partes ou os interessados na administração da Justiça devem ter o direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir todas as provas que, a seu juízo, possam militar a favor do acolhimento da sua pretensão ou do não acolhimento da postulação do seu adversário. Esse direito abrange tanto o direito à autodefesa quanto à defesa técnica por um advogado habilitado, e também o direito a não ser prejudicado no seu exercício por obstáculos alheios à sua vontade ou pela dificuldade de acesso às provas de suas alegações. A ampla defesa é por si mesma uma garantia genérica que se concretiza em muitas outras, sendo impossível delimitar aprioristicamente todo o seu alcance e, portanto, dela estarei tratando em muitos momentos no curso do presente estudo”.

Segundo Aury Lopes Jr. (2009, p.199) o indivíduo não pode dispor de sua defesa técnica, pois além de ser uma garantia própria, existe um interesse coletivo na correta apuração do fato. Trata-se, ainda, de verdadeira condição de paridade de armas, o que nos leva a uma correlação lógica com o princípio da igualdade processual. Inclusive fortalece a imparcialidade do juiz, pois, quanto mais atuante e eficiente forem todas as partes do processo, mais alheio ficará o julgador, ou seja, chega o mais próximo possível de sua função ideal no processo: terceiro imparcial.

1.3) PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

1.3.1) CONCEITUAÇÃO

Dentro do processo penal o princípio *nemo tenetur se detegere* assegura – ou pelo menos tenta – ao acusado o direito de não produzir prova contra si mesmo, ou seja, o direito de não autoincriminar-se. Destarte as provas de que um indivíduo é culpado devem ser extraídas sem a sua cooperação. Este princípio ganhou status de garantia constitucional e, de certa forma, limita a atividade do Estado, já que a busca da verdade não é mais irrestrita frente

ao indivíduo não mais considerado como objeto de prova. Este princípio é um direito fundamental de todo o cidadão e visa impor limites a atuação estatal, que não pode buscar produzir provas a todo o custo dentro de um processo e não pode violar direitos individuais nessa busca.

De tal modo, o conteúdo do *nemo tenetur se detegere* envolve os direitos ao imputado de: (1) permanecer calado; (2) não ser compelido a confessar o cometimento da infração penal; (3) inexistência de dizer a verdade; (4) não adotar conduta ativa que possa causar-lhe incriminação; (5) não produzir prova incriminadora invasiva ou que imponham a penetração em seu organismo (as constatações não invasivas são admitidas, a exemplo do exame da saliva deixada em copo para verificação de DNA) (TÁVORA. 2014, p. 85). Assim, pelo exposto, mister se faz ressaltar que este princípio, em suma, tem como desdobramento o direito de não ter um comportamento ativo na produção de uma prova contrária a sua pretensão e a garantia do direito ao silêncio. Este último não será estudado neste trabalho que se voltará às intervenções corporais, ou seja, nos remete as provas que dependem de um comportamento ativo do acusado.

De acordo com a abordagem deste estudo, o mencionado princípio não está previsto de forma expressa na Declaração Universal dos Homens, lá está assegurada a presunção de inocência e o direito absoluto de não ser torturado, respectivamente em seus artigos XI e V. Todavia, encontra respaldo expresso no âmbito internacional. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em seu art. 8º, que trata das garantias judiciais, defende “a presunção de inocência do acusado até que seja legalmente comprovada sua culpa” (§ 2º do artigo 8º) e, ainda, como garantia mínima, “o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado” (§2º, alínea “g” do artigo 8º). O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), por sua vez, preleciona na alínea g do inciso III do artigo 14 que uma das garantias mínimas de qualquer pessoa acusada de uma infração penal é a de “não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada”.

Nas normas brasileiras, o princípio em tela pode ser encontrado de forma implícita entre o rol de direitos e garantias fundamentais, taxados no art. 5º da Constituição Federal, em três de seus incisos: o que garante ao réu “o direito à ampla defesa” (inciso LV do artigo 5º da CF), o que garante “a presunção de inocência do réu até o trânsito em julgado da sentença

penal condenatória” (inciso LVII do artigo 5º da CF) e o que garante ao réu “o direito de permanecer calado” (inciso LXIII do artigo 5º da CF).

A assertiva acima exposta encontra respaldo na doutrina de Guilherme Nucci (2007, p. 90), que afirma que o princípio do *nemo tenetur se detegere* decorre da conjugação dos princípios constitucionais da presunção da inocência e da ampla defesa, juntamente com o direito humano fundamental que permite ao réu manter-se calado. Para ele, se o réu é considerado inocente até que sua culpa esteja efetivamente provada e pode utilizar-se de amplos métodos de provas para a sua defesa, é certo que não está obrigado, em nenhuma hipótese, a colaborar com a produção de provas contra si mesmo.

1.3.2) A BUSCA DA VERDADE *VERSUS* A NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS

A verdade humana sobre determinados fatos nunca é absoluta e sim fadada à distorção. Nenhum ser humano é capaz de descrever a realidade em sua concretude; já que o que ele descreve, nada mais é, do que a sua percepção sobre determinada verdade. O indivíduo apresenta a verdade desta forma não porque ele quer, mas sim porque é isso que ele tem a oferecer.

Eros Roberto Grau (2003, p. 8) nos indica a metáfora da Vênus de Milo. Assim se déssemos três pedaços mármore iguais entre si para três escultores diferentes pedindo para que cada um deles faça uma estátua de Vênus de Milo, ao final do trabalho dos três escultores teremos três Vênus de Milo, perfeitamente individualizadas e identificáveis como tais, embora distintas por causa de pequenos detalhes como curvas e cores, que equivale ao estilo e técnica de cada carpinteiro. Eles não criaram nenhuma figura nova, mas apenas reproduziram o que lhe foi passado, porém é impossível que as estátuas fiquem totalmente iguais. A verdade absoluta é inalcançável tanto aqui, quanto no processo em que lidamos com valores e seres humanos.

Pelo exposto, sendo a verdade material aquela que corresponde totalmente com os fatos, temos que ela é hipotética, posto que humanamente inalcançável. Assim o juiz deve buscar a verdade de acordo com o devido processo legal, ou seja, de acordo com os ditames constitucionais e processuais aplicáveis ao caso, sem buscar a verdade a qualquer custo, pois além disso ser impossível, poderia também causar diversos males ao deslinde regular do

processo. O indivíduo deve, portanto, contentar-se com a verdade processual, a única que ele conseguirá atingir de fato.

Essa busca da verdade no processo tem relação direta com os limites dos poderes instrutórios do juiz. Como já se observou a verdade não pode ser buscada a qualquer custo. Consequentemente os poderes instrutórios do juiz não são ilimitados.

Ada Pellegrini Grinover (1999, p. 193) indica, nesse sentido, três parâmetros para os poderes instrutórios do juiz: a observância do contraditório, a obrigatoriedade da motivação e a exclusão das provas ilícitas e ilegítimas. Essas diretrizes devem ser seguidas já que um dos principais óbices para a aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* é sua vinculação a uma ideia de total liberdade dos poderes de produção das provas. Na busca da verdade real o juiz não poderá determinar a produção de provas que impliquem a violação de direito e garantias do acusado.

Segundo Francisco Neves Baptista (2001, p. 7), um dos principais problemas da aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* é o mito da verdade material, pois a ideia deste tipo de verdade leva a suposta crença de que o juiz tem poderes instrutórios ilimitados na construção das provas.

De qualquer forma o processo busca a verdade, seja a “real” ou a processual, mostrando que o interesse na produção probatória existe de toda forma. Destarte percebemos no caso concreto uma contraposição entre o interesse público de provar os fatos e o interesse do indivíduo que é a parte mais frágil desta relação.

Não se discute a importância da construção das provas, porém, como dito anteriormente, o poder instrutório do Estado não pode ser ilimitado, as provas não devem vir à tona a todo custo, pois isso equivaleria a um retrocesso social. No entanto, se prevalecesse apenas o interesse do acusado, várias injustiças seriam cometidas. Conclui-se que tudo em uma sociedade deve ter equilíbrio e todas as regras devem comportar exceções para o bem de um Estado Democrático de Direito.

Assim ensina Maria Elisabeth Queijo (2012, p. 287):

“Se, em dado ordenamento, sobrepõe-se, de todas as formas, o interesse público na persecução penal, estabelece-se um direito à prova ilimitado por parte do Estado: não há vedações de meios probatórios, não há regras de admissibilidade e de exclusão de provas nem restrições à valoração destas. Não há, enfim, ilicitude da prova. Tudo de justifica em prol da busca da verdade, que é perseguida a qualquer preço. No outro extremo, havendo prevalência absoluta do interesse individual, a persecução penal estaria fadada ao fracasso. Não se admitiria, nessa ótica, nenhuma limitação aos direitos fundamentais, inclusive ao *nemo tenetur se detegere*.”

Analisando o processo sob o viés constitucional, na busca da verdade, o juiz não pode determinar a produção de provas que impliquem a violação de direitos do réu, já que este não deve ser visto como meio de prova no processo.

1.3.3.) O *PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE* E A COLHEITA E PRODUÇÃO DE PROVAS NO CORPO DO INDIVÍDUO

Como define Ángel Gil Hernández (1990, p.290), “a intervenção corporal é a realização de atos de investigação ou obtenção de provas no corpo do próprio acusado”.

A partir deste conceito temos que discutir sobre um tema de grande relevo que decorre da garantia do *nemo tenetur se detegere* influenciando a produção probatória. Temos que discutir se o indivíduo é obrigado ou não a ter um comportamento ativo, ou seja, é obrigado a produzir a prova e/ou um comportamento passivo que nada mais é do que deixar que a prova seja colhida em detrimento de sua incolumidade física.

No Código de Processo Penal Brasileiro não há normas expressas que determinem o dever de colaboração do acusado, tal como dispõe o artigo 339 do Código de Processo Civil, “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Pela matéria tratada, o processo penal jamais poderá abarcar uma disposição desta, já que lida com bens jurídicos muito mais sensíveis, tais como a liberdade do indivíduo.

Neste íterim das intervenções corporais temos as provas que demandam uma penetração no organismo humano, a partir de objetos ou substâncias - estas são as provas invasivas. Já as provas não invasivas compreendem outras que não correspondem a uma “invasão” tão grande no organismo humano e podem se adequar perfeitamente ao postulado do *nemo tenetur se detegere*. Cabe a diferença para que possamos delimitar a preponderância do interesse público que o Estado tem na persecução penal sobre o interesse privado do indivíduo de ter sua incolumidade física sendo invadida.

Pelo exposto, necessário se faz buscar um equilíbrio entre os direitos fundamentais individuais e os direitos fundamentais do Estado. Esse equilíbrio passa necessariamente pela análise do caso concreto e a correta utilização do princípio da proporcionalidade. Portanto, a eficiência processual não pode abrir mão dos direitos e garantias fundamentais, devendo sempre que possível garanti-los.

Ainda sobre a produção de provas, temos que falar sobre o ônus da prova. Segundo Renato Brasileiro (2013, p.576), os ônus representam o imperativo do próprio interesse, estando situados no campo da liberdade. Em caso de uma parte não cumprir com este encargo, não haverá ilicitude, pois o cumprimento do ônus interessa ao próprio sujeito onerado. Assim o ônus da prova é o encargo em que as partes têm que provar, pelos meios legal e moralmente admissíveis, a veracidade das afirmações por elas formuladas ao longo do processo, resultando de sua inação uma situação de desvantagem perante o direito.

É fato sabido que esse ônus incumbe a quem alega (artigo 156, 1ª parte, Código de Processo Penal). Ainda segundo Renato Brasileiro (2013, p. 579), a corrente majoritária adota a orientação de que incumbe à acusação tão somente a prova da existência do fato típico, a autoria ou participação, a relação de causalidade e o dolo ou a culpa. Já a defesa deverá provar as excludentes de ilicitude, culpabilidade ou, se for o caso, a presença de causa extintiva de punibilidade. Amparados pelo princípio da presunção de inocência, temos que se a acusação não comprovar tudo aquilo que falou em detrimento do réu, a absolvição do acusado é obrigatória.

Antônio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 39-40) afirma em seu livro que o princípio da presunção de inocência tem como consequência primordial que a imputação do ônus da prova recaia unicamente sobre a acusação, não sendo possível obrigar o acusado a colaborar nas investigações.

Concluimos que a posição do acusado dentro do processo é de resistência, já que ele tenta resistir às acusações que lhe são feitas, tentando desmentir o que lhe foi outorgado. Assim, o Estado não pode obrigar alguém a produzir uma prova contra si mesmo, já que está colaborando para que o órgão acusador se desincumba de um ônus que é seu, até porque desencadearia também a prolação de uma decisão desfavorável a si mesmo, já que isso iria gerar um *venire contra factum proprium*, por parte do Estado.

1.3.3.1) Provas invasivas

As provas invasivas são aquelas que para a sua produção necessitam de um comportamento ativo do acusado e mais uma intervenção corporal no mesmo. Portanto, serão aquelas em que haverá necessariamente penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias em cavidades naturais ou não.

Renato Brasileiro (2013, p.45-46), conceitua as intervenções corporais como:

“medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem a necessidade do consentimento destas, e por meio de coação direta se for preciso, com a finalidade de descobrir circunstâncias fáticas que sejam importantes para o processo, em relação às condições físicas ou psíquicas do sujeito que sofre as intervenções, ou objetos escondidos com ele.”

Os exames de sangue (DNA) servem para identificar uma pessoa como participante de um delito ou não. Apesar de muitas vezes ser tido como uma “super prova”, esse exame não deve garantir um resultado processual sem ser comparado com as demais provas do processo. Além disso, erros relacionados ao código genético, que pode ser parecido e, algumas vezes igual, entre diferentes pessoas, podem ocorrer. O exame de sangue também serve para constatar a alcoolemia e a presença de entorpecentes no organismo humano. Com base neste exame muitos inocentes presos injustamente podem ser soltos e muitos culpados livres podem ser presos.

A saliva é outro material que pode ser utilizado para o exame de DNA. Só quando a saliva é colhida diretamente da boca do acusado, será uma prova invasiva.

O exame ginecológico ocorre principalmente em crimes sexuais. No caso do estupro (art. 213 do Código Penal), por exemplo, pode-se verificar se a suposta vítima foi realmente estuprada e se o suposto acusado cometeu a infração criminal. Temos aqui também o caso de buscas pessoais, como no caso em que as vias ginecológicas são utilizadas como depósito de drogas.

A endoscopia é largamente utilizada nos casos de localização de drogas dentro do organismo, prática comumente utilizada por criminosos para transportarem drogas sem serem presos.

O exame de esperma é utilizado principalmente em crimes sexuais, em que verifica se um indivíduo praticou ou não o crime.

O exame de urina é utilizado em exames químico-toxicológicos, que identifica qualquer tipo de substância química no organismo.

O exame de reto é realizado, via de regra, para a localização de objetos e substâncias entorpecentes em buscas pessoais.

A identificação da arcada dentária também está classificada como prova invasiva, pois para sua concepção é necessário à retirada de moldes da boca do acusado, para futura comparação com o corpo da vítima.

Em suma, os procedimentos internos realizados no corpo do suspeito para a obtenção de provas é a forma mais radical de prova e vai em desconformidade das garantias constitucionais quando realizada sem o consentimento do acusado.

1.3.3.2) Provas não invasivas

Nestes tipos de prova temos um alcance ao postulado do princípio *nemo tenetur se detegere*, pois como elas protegem a incolumidade física do indivíduo, vai de encontro com todas as garantias constitucionais a ela inerentes.

O exame de saliva, quando esta não é colhida diretamente da boca do acusado, é uma prova não invasiva. Podemos citar como exemplo um exame de DNA a partir da saliva colhida de um cigarro dispensado por um indivíduo. Maria Elisabeth Queijo (2012, p. 294) cita em uma nota de rodapé um caso em que o indivíduo realizou um *facere* que o autoincriminou:

Em fevereiro de 1999, a polícia de Nova York conduziu Ahron Kee para interrogatório, acusado de ter praticado roubo. O delegado ofereceu um café a Ahron e depois que ele deixou a delegacia, a xícara foi encaminhada para exame de saliva. O exame de DNA realizado permitiu identifica-lo como autor de três homicídios e do estupro de duas adolescentes.

Os exames de matérias fecais consubstanciam-se em um dos mais vergonhosos exames, mas que pode levar uma identificação a partir de parasitas encontrados nas fezes de uma determinada cena do crime. Almeida e Costa (1987, p.111) citam em seu livro um caso ocorrido em 1899, em Lion, na França, no qual se localizaram, ao lado do leito da vítima assassinada, excrementos. Foi descoberta nesses excrementos grande quantidade de oxiúros vermiculares. O exame de fezes foi feito em oito suspeitos, sendo que somente nas fezes de um deles se localizou o mesmo verme. Afirmam os autores que “a prova surpreendeu o próprio criminoso, o qual, pouco antes de ser executado, fez questão de cumprimentar o perito...”

Os exames de DNA a partir de fios de cabelo e pelos devem ser preteridos em detrimento de outras formas, já que pode detectar ou excluir a autoria de um crime sem promover uma intervenção tão dura quanto ocorre nos demais casos. Outro caso ilustrativo também foi citado por Maria Elisabeth Queijo (2012, p.296):

Este caso ocorreu nos Estados Unidos, no qual se desvendou a autoria de crime de estupro e homicídio ocorrido em Oklahoma, em 1982. Pelo exame microscópico de fios de cabelo encontrados no corpo da vítima, em 1988, dois homens foram condenados, um à pena de morte e outro à prisão perpétua. Em abril de 1999, os dois foram libertados porque o exame de DNA desses fios de cabelo comprovou que nenhum deles era autor dos crimes. O autor havia sido ouvido como testemunha no caso.

A identificação dactiloscópica dos dedos dos pés e das mãos, não são invasivas e determinam uma grande benesse na busca pela verdade processual.

As radiografias são amplamente utilizadas para detectar no organismo do acusado a presença de invólucros de drogas. Baseando-se no princípio da proporcionalidade, temos que nos casos em que a ingestão de drogas puder atentar contra a vida do indivíduo, deve-se proceder a intervenção corporal, pois o bem jurídico maior que é a vida está em jogo.

Quanto à busca pessoal sem técnicas invasivas, deve ser realizada sem interferir na dignidade pessoal do indivíduo. Sempre deve ocorrer mediante mandado, só podendo ser realizada sem este instrumento, de acordo com Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo (1999, p.136), em cinco hipóteses:

(...) “no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso da busca domiciliar e, ainda, quando realizada pela própria autoridade judiciária ou com consentimento expresse e inequívoco daquele que será submetido à revista.”

1.3.4) DO DEVER DE COLABORAR

Partindo das escassas regras específicas que determinam o dever de colaboração do acusado e de todo aparato constitucional inerente a essas ingerências, temos que a recusa do acusado não pode ser levada em consideração para prejudica-lo, tampouco configurará crime de desobediência (art. 330 do Código Penal), afinal o indivíduo está apenas exercendo regularmente um direito constitucional.

Nesse sentido:

Não configura crime de desobediência (art. 330, CP) a conduta do agente recusando fornecer seu sangue para a pesquisa de dosagem alcóolica para averiguação da embriaguez contravencional, de vez que não há dever jurídico de obedecer determinação nesse sentido, máxime se parte do escrivão de polícia que atendeu a ocorrência na repartição policial. (TACrimSP, HC, Rel. Juiz Ribeiro Machado, RTJE, 81/233).

Em tempos de AIDS, não se pode compelir qualquer pessoa a fornecer sangue em repartições públicas não especializadas, onde não é improvável que o empirismo, a falta de material ou de higiene possa pôr em risco a saúde do examinando. Ao se recusar, não descumpriu ordem legal de funcionário público e não cometeu crime (TJSP, AC 750.193/6, Rel. Renato Nalini).

Assim alguns juristas brasileiros se orientam no sentido de que o acusado não é obrigado a ter um comportamento ativo na produção de provas no processo penal. Afinal,

como ninguém é obrigado a declarar-se culpado, também não se pode ser obrigado a criar provas que possam autoincrimina-lo.

No caso concreto deve o indivíduo estar devidamente ciente do seu direito de recusa e escolher se colabora ou não com a persecução penal. Se por erro ou coação o indivíduo é submetido à realização das provas, ocorre uma violação à garantia do *nemo tenetur se detegere*. Como desdobramento disso temos que qualquer tipo de meio enganoso utilizado para ludibriar o acusado e assim colher a prova involuntariamente do mesmo é vedado.

A advertência deve ser feita ao acusado como requisito de validade do seu consentimento. Para que o consentimento seja válido, Alfonso Reyes (1974, p.259) indica os seguintes requisitos:

- que o direito seja disponível;
- que o sujeito passivo tenha capacidade jurídica para dispor do direito;
- que o consentimento seja anterior ou contemporâneo à conduta do agente;
- que seja expresso ou que, caso contrário, não haja dúvida razoável de que o titular do direito tenha consentido; e
- que seja concreto, sério e emitido sem erro nem violência.

Pautando-se por este entendimento, nos casos em que são utilizados meios ardilosos a fim de conduzir o indivíduo a uma situação de erro, em que ele não saiba o que está por vir, pelo posicionamento adotado neste trabalho, não se tem o elemento “consentimento válido”. Porém, caso o acusado descuide-se e permita que uma prova que o autoincrimine seja obtida na cena do crime, assumindo o risco da sua conduta, parece realmente não haver violação a nenhuma garantia constitucional.

Infelizmente, parece não ser este o posicionamento dos tribunais superiores brasileiros. Podemos citar dois casos que ocorreram no Brasil que podem ser utilizados para corroborar este pensamento. Podemos citar o caso emblemático, citado por Rodrigo Vaz Silva (2014) em artigo de sua autoria, foi o de Roberta Jamily e seu irmão Pedro, julgado em 24 de agosto de 2003. Nessa situação, a mãe de Roberta, Vilma Martins Costa, estava sendo processada pelo suposto sequestro do menino Pedro quando este era um recém nascido e, no decorrer da investigação, surgiram dúvidas, e posteriores evidências, de que Roberta também teria sido sequestrada na maternidade. Roberta foi chamada para prestar declarações na polícia e, no decorrer da oitiva não se mostrou disposta a fornecer material genético para a comparação com a suposta mãe biológica. Durante as declarações, Roberta fumou um cigarro e o jogou no lixo da delegacia, o delegado recolheu o objeto e o mandou à perícia para analisar a saliva

deixada nele, que, após a análise, demonstrou que Roberta era filha de Francisca Maria Ribeiro da Silva e, portanto, realmente tinha sido vítima de sequestro.

Há quem acredite que no caso de utilização de provas que são descartadas e posteriormente utilizadas como meio de provas, não caracterizam uma violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Mas essa questão deve ser analisada de forma pormenorizada. Caso o indivíduo deixe algum tipo de vestígio corporal na cena do crime e posteriormente isso fosse utilizado, acredita-se aqui que não ocorre nenhuma violação ao princípio da não-autoincriminação, já que o indivíduo assumiu o risco da prova ser utilizada e não há nenhuma ingerência corporal. Agora quando se está diante de uma situação criada pela polícia para que este meio de prova seja descartado, há sim uma violação ao aludido princípio, já que o consentimento não foi válido segundo os requisitos de Alfonso Reyes citados acima. Neste caso ainda seria pior já que o indivíduo nem estaria sabendo desta utilização e seria pego de surpresa. A publicidade que alguns acreditam que este objeto descartado toma, de certa forma existe, mas não pode ser utilizada de uma forma escondida.

Pelos requisitos expostos, quando tratar-se de uma intervenção corporal, mesmo tratando-se de direito disponível, qualquer tipo de consentimento será ineficaz, porque colocará em perigo um bem que ele não pode dispor, qual seja o bem da vida e sua decorrente integridade física. Em relação à capacidade jurídica, leva-se em consideração a idade e inteligência mental do sujeito. Além disso o consentimento nunca deve ser posterior à conduta do agente, pois isso não teria o menor sentido. O mesmo, ainda, deverá ser expresso, para que não reste dúvidas da vontade do indivíduo. Por fim, vislumbrando a total ciência do indivíduo em foco na questão, este consentimento deve ser direcionado a um determinado caso concreto e não de maneira abstrata.

A posição mais acertada sobre este tema parece ser de Aury Lopes Júnior (2013, p. 323-24) que traz argumentos contrários às intervenções sem o consentimento do imputado. Primeiramente, que a prova da alegação dos fatos incumbe a quem acusa, portanto o sujeito passivo não pode ser compelido a auxiliar a acusação. Segundo, que submeter o sujeito passivo a uma medida de intervenção corporal sem o seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão, o que seria um retrocesso. E por fim, que junto ao direito de defesa existem outros direitos fundamentais que impedem as intervenções, como o direito à vida, à liberdade, à integridade física e moral e o de que ninguém será submetido à tortura ou tratamento desumano, isto é, direitos que preservam a dignidade da pessoa humana.

Resumindo toda a ideia, Carrio (1997, p.318) diz que o consentimento deve ser prestado de modo que não deixe dúvidas quanto à vontade do indivíduo, marcando sua plena liberdade.

1.3.5) DA IMPOSSIBILIDADE DE SE EXTRAÍREM CONSEQUÊNCIAS DA RECUSA DO ACUSADO EM SUBMETER-SE A DETERMINADA PROVA

Maria Elisabeth Queijo (2012, p. 420) garante duas consequências da recusa de colaborar ativamente na produção probatória: extrair-se dela indícios de culpabilidade e aplicar-se sanções penais ao acusado por outros delitos, tais como, desobediência ou obstrução à justiça.

O direito consubstanciado no *nemo tenetur se detegere* é constitucional e equivale a uma garantia fundamental do indivíduo. Quando um indivíduo exerce um direito ele não pode ser castigado por isso, posto que é presumivelmente inocente. Partindo do vértice constitucional temos que o acusado não pode ser prejudicado pelo exercício do seu direito.

Renato Brasileiro Lima (2013, p.52) nos ensina que:

Portanto, o exercício desse direito não pode ser utilizado como argumento a favor da acusação, não pode ser valorado na fundamentação de decisões judiciais, nem tampouco ser utilizado como elemento para a formação da convicção do órgão julgador. Do uso desse direito não podem ser extraídas presunções em desfavor do acusado, ate mesmo porque milita, em seu benefício, o principio da presunção de inocência (CF, art. 5º LVII), de cuja regra probatória deriva que o ônus da prova recai integralmente sobre a acusação.

Existem hipóteses coerentes para que a produção probatória seja executada de maneira compulsória, quando a necessidade da persecução penal for mais relevante do que alguma direito individual, mas isso nunca pode acontecer nos casos de provas que determinem uma intervenção corporal no acusado e um comportamento ativo do mesmo.

A partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil adotou a inadmissibilidade das provas ilícitas e seu consequente desentranhamento do processo ressalvadas as exceções do artigo 157, §§1º e 2º do Código de Processo Penal, como se vê:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.
§ 1º são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2o Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

A prova que é obtida obrigando o indivíduo a ter um comportamento ativo e que por consequência vá contra a sua incolumidade física, viole seus direitos fundamentais e garantias processuais, deve ser tida como ilícita e desvinculada do processo, quando ela consegue chegar as vias de ser produzida. Afinal o certo mesmo seria a vedação desta produção, uma ação preventiva, mas quando isso não acontece deve-se buscar outra maneira que vá ao encontro com os interesses do indivíduo.

1.3.6.) OS PRESSUPOSTOS DE VALIDADE DAS INTERVENÇÕES CORPORAIS

Para quem defende as intervenções corporais, existem certos pressupostos que a determinam e possibilitam a sua incidência. Da falta de um ou de outro pressuposto extraem-se diferentes consequências.

O primeiro deles seria a legalidade, assim apenas é considerada como lícita a prova invasiva anteriormente prevista no ordenamento. Essa garantia decorre de um postulado que é cláusula pétrea na Constituição e é decorrência direta do Estado Democrático de Direito. Um indivíduo deve ter possibilidade de ter ciência dos casos em que possíveis ingerências estatais em sua integridade física poderão ocorrer. Ainda temos a observância de um procedimento já previsto como corolário do princípio do devido processo legal. Deve-se contar também com o embasamento de uma decisão judicial que determine a intervenção corporal, porém este requisito não é aceito por toda a doutrina. Ainda temos a necessidade de um profissional habilitado para executar as medidas, a possibilidade de oposição da medida e a consequente impossibilidade de coerção. Por fim, a lei (estrita e prévia) que determinará as restrições deverá atender ao princípio da proporcionalidade, nos seguintes termos, conforme conclui Maria Elisabeth Queijo (2012, p.361):

- a restrição ao *nemo tenetur se detegere* deverá ser indispensável;
- ser menos gravosa possível para o acusado; ser idônea para a produção da prova pretendida que, por sua vez, deverá ser útil para o processo, incidindo sobre sujeito determinado contra o qual existam indícios de autoria ou participação em infração penal;
- ser razoável, sendo um dos parâmetros a gravidade da infração penal investigada. Quanto mais grave a restrição ao *nemo tenetur se detegere*, maior deverá ser a gravidade do delito investigado e mais robustos deverão ser os indícios de autoria ou participação na infração penal;

- em todos os casos, respeitar a saúde do acusado e sua dignidade.

Todos esses requisitos são desdobramentos do princípio da proporcionalidade e só funcionam, como se verá, em todas as suas nuances em outros ordenamentos do mundo, já que no Brasil não existem disposições que respeitem todos esses requisitos. Como o legislador deixou a questão em aberto, o indivíduo não pode estar à mercê deste desleixo. Alguns casos já contam com certa legislação sobre o tema, como no caso da lei de trânsito e da lei sobre o banco genético, mas as leis apresentam vários pontos de insegurança jurídica como se verá ao final deste estudo.

1.3.7.) O CONFLITO DE INTERESSES FUNDAMENTAIS NO CASO DAS INTERVENÇÕES CORPORAIS

Quando a produção probatória depende de um comportamento ativo por parte do acusado temos um entrave já que de um lado o Estado tem o direito e o dever de direcionar a persecução penal e do outro temos o indivíduo com direito a não se autoincriminar.

Com relação às intervenções corporais no acusado, para a produção de provas, Gomes Filho (1997, p. 119) esclarece:

O que se deve contestar em relação a essas intervenções, é a violação do direito à não autoincriminação e à liberdade pessoal, pois se ninguém pode ser obrigado a declarar-se culpado, também deve ter assegurado o seu direito a não fornecer provas incriminadoras contra si mesmo. O direito à prova não vai ao ponto de conferir a uma das partes no processo prerrogativas sobre o próprio corpo e a liberdade de escolha da outra. Em matéria civil, a questão tem sido resolvida segundo as regras de divisão do ônus da prova, mas no âmbito criminal, diante da presunção de inocência, não se pode constranger o acusado ao fornecimento dessas provas, nem de sua negativa inferir a veracidade do fato.”

Como dito anteriormente é necessário que o processo penal ande junto com os preceitos constitucionais e quando uma intervenção corporal acontece sem o consentimento do indivíduo, além do princípio do *nemo tenetur se detegere*, várias outras garantias são violadas, como a dignidade da pessoa humana, a integridade física e psíquica do indivíduo, a proporcionalidade, a presunção de inocência, a ampla defesa, dentre outras. Assim, uma prova invasiva vai em contraposição a dignidade do indivíduo tido como pessoa humana de direitos. Vai contra a sua intimidade, pois equivale a uma invasão em seu invólucro fundamental, em sua esfera particular. Também não está consonante com o direito à integridade física e moral,

já que temos uma ingerência na estrutura corpórea e psíquica do indivíduo que se vê diante de uma situação embaraçosa.

Sobre a relativização de princípios, vale a transcrição das palavras do ex-Ministro do STF, Eros Grau, que assim se posicionou ao afastar tese de aplicação do princípio da proporcionalidade para relativizar a incidência de uma garantia fundamental:

Esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual ‘não há direitos absolutos’. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos. (HC 95.009)

Sobre o argumento de que a persecução estatal estaria sendo lesada caso a garantia do *nemo tenetur se detegere* seja elevada em detrimento da busca por provas no processo penal, irretocável lição temos de Giancarlo Silkunas Vay em artigo de sua autoria (2013), diz que não existe uma supremacia do interesse público sobre o privado e isso não pode justificar uma limitação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, já que quando se fala em direitos individuais fundamentais, em muito se distancia a conceituação dicotômica entre “interesse público” e “interesse privado” tão própria do Direito Administrativo, seria aqui um maniqueísmo grosseiro. Quando se fala sobre relativização de garantias fundamentais do acusado, na verdade está relativizando as garantias fundamentais de toda a sociedade que poderá estar no lugar do acusado. Diante de um caso concreto, se surgir a dúvida sobre a possibilidade de se relativizar garantia fundamental individual do acusado em face de uma posição favorável à pretensão acusatória, percebe-se uma exata hipótese em que, pelo contrário é a pretensão acusatória que deva ser relativizada em nome da preservação de um de maior grandeza. Se isso não acontecer teremos uma Constituição que prevê direitos e garantias fundamentais se, exatamente quando eles se fazem mais necessários, entenda-se possível relativizá-los de acordo com os sabores da ocasião.

CAPÍTULO 2

O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NOS ORDENAMENTOS INTERNACIONAIS

Na doutrina e jurisprudências alienígenas, pode-se verificar uma grande preponderância para o aspecto do interesse público da persecução penal, prestigiando a busca da verdade, em detrimento dos interesses individuais, mesmo que na seara dos direitos fundamentais. Entretanto, essa visão de que existe um choque entre interesses individuais e públicos não condiz com a verdade, pois na verdade não há interesses de partes, o interesse é da sociedade como um todo. É nesse sentido que Maria Elisabeth Queijo (2012, p. 243) afirma que:

Deve-se destacar, porém, que a contraposição que se costuma identificar entre interesse público e o interesse individual, no processo penal, é apenas aparente [...]. É que há também interesse público na construção de um processo ético, no qual se respeitam os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

No estudo da aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* nas provas em que seja necessário a cooperação do acusado para a sua produção, há necessidade premente da análise de outros ordenamento jurídicos para verificarmos o que melhor se adequaria em nossa realidade. Não basta uma cópia literal dos outros ordenamentos, já que um conjunto de normas só pode ser analisado como um todo.

2.1) O sistema probatório no ordenamento processual penal chileno

Contextualizando, temos ciência de que o Chile foi governado por mais de 17 anos pelo general ditador Pinochet. Findo o seu governo, foi criado no Chile um novo Código de Processo Penal com um viés mais garantista em conformidade com o constitucionalmente determinado. Assim buscou-se a fuga dos resquícios da ditadura.

Especificamente sobre os meios de prova, temos que a realização de exames corporais é aceita. São permitidas as provas de caráter biológico desde que isso não ofenda a integridade física e a saúde do indivíduo.

Segundo Mariângela Tomé Lopes, se a pessoa aceitar realizar o exame, pode-se ordenar que o ato se pratique. Porém se o indivíduo se negar a realizar o exame, poderá o

representante do Ministério Público solicitar ao Juiz a autorização para que se pratique o ato. Se o juiz concordar, a pessoa estará obrigada a ser submetida ao exame. Se, mesmo assim, o indivíduo se negar, não se pode utilizar violência para colher o material para exame (FERNANDES, ALMEIDA, MORAES, 2011, p. 158).

Conforme María Horvitz e Julian Lopez (2002, p.100):

La negativa al examen existiendo autorizaci3n judicial, no puede, entonces, ser vencida mediante el empleo de la fuerza f3sica, pero si dar lugar a inferencias en el momento de valoraci3n de la prueba, ya que provendr3a de una negativa ileg3tima no amparada por el derecho al silencio.

O 3nico exame que tem procedimento disposto na lei 3 o exame de sangue, previsto no art. 177 do C3digo de Processo Penal Chileno e na Lei de Tr3nsito (art. 189 da Lei 18.290).

Art3culo 189.- Carabineros podr3 someter a cualquier conductor a una prueba respiratoria o de otra naturaleza destinada a detectar la presencia del alcohol en el organismo o acreditar el hecho de conducir bajo la influencia de estupefacientes o sustancias sicotr3picas.

Carabineros, asimismo, podr3 practicar estos ex3menes a toda persona respecto de la cual tema fundadamente que se apresta a conducir un veh3culo en lugar p3blico y que presente signos externos de no estar en plenitud de facultades para ello. Si la prueba resulta positiva, Carabineros deber3 prohibirle la conducci3n del veh3culo por un plazo no superior a 3 horas, en caso de encontrarse bajo la influencia del alcohol, ni de 12 horas, en caso de encontrarse en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotr3picas. Durante el per3odo de tiempo que fije Carabineros, el afectado podr3 ser conducido a la Unidad Policial respectiva, a menos que se allane a inmovilizar el veh3culo por el tiempo que fije Carabineros o se3ale a otra persona que, haci3ndose responsable, se haga cargo de la conducci3n durante dicho plazo. Esta disposici3n se aplicar3 sin perjuicio de las dem3s medidas o sanciones previstas en las leyes.

En el caso que la persona se apreste a conducir bajo la influencia del alcohol, en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotr3picas, el juez aplicar3 la sanci3n indicada en el art3culo 196 B o 196 E, disminuida o en grado de tentativa, seg3n corresponda.

Mar3a Horvitz e Julian Lopes (2002, p.100) ressaltam que todo e qualquer exame corporal, restringe de alguma forma a dignidade da pessoa humana e deveriam, portanto, ser autorizados de acordo com o caso concreto, tendo o princ3pio da proporcionalidade como par3metro norteador.

2.2) O sistema probatório no ordenamento processual penal italiano

A partir da evolução histórica do ordenamento jurídico da Itália temos a não aceitação dos sistemas inquisitivos, já que este país sofreu várias limitações quando foi regido pelo regimes fascistas. Na atualidade o sistema italiano é acusatório e tem índole notoriamente garantista, já que o sistema probatório é criteriosamente regulado com vistas a garantir um processo equânime e justo.

O Código de Processo Penal Italiano, tal qual como o Código de Processo Penal Brasileiro não dispõe de forma expressa que o acusado tem o dever de colaboração na produção das provas.

Segundo Maria Elisabeth Queijo (2012, p. 316-318), em questão que foi submetida à Corte Constitucional Italiana, a mesma decidiu que os poderes instrutórios do juiz penal devem ser interpretados de acordo com os princípios constitucionais. Assim, o juiz não poderia utilizar-se de meios que colocassem em perigo a vida ou incolumidade física do acusado ou que fossem lesivos à dignidade ou à intimidade de sua psique, porque estariam em colisão com os direitos fundamentais dos indivíduos. Porém, na mesma oportunidade decidiu a corte que a coleta sanguínea inclui-se na prática ordinária médica e que não atinge a dignidade ou psique da pessoa (CF. sentença 54/86 da Corte Italiana).

Posteriormente essa mesma corte decidiu que a utilização da coleta sanguínea deveria ser objeto de regulamentação normativa, de forma a estabelecer todos os casos em que poderia ocorrer e, conseqüentemente, criar um rol taxativo em relação a esta matéria. Como essa regulamentação não ocorreu, foi vedada a execução coercitiva de coleta de sangue. (CF. sentença 238/96 da Corte Italiana).

Concluimos que a legislação italiana não comporta uma regra geral que obrigue o indivíduo a ter um comportamento ativo. Assim, diante do silêncio da lei italiana, o exame de DNA só pode ser realizado com expresse consentimento do acusado ou com materiais que não dependam de intervenção corporal. Se faltar o consentimento não poderá o juiz extrair nenhuma consequência que prejudique o acusado.

Porém esse entendimento comporta exceções, já que a Lei nº 155 de 31 de julho de 2005 (Lei antiterrorismo), prevê a possibilidade de uma identificação realizada por exame de DNA quando um mesmo indivíduo tenha fornecido em diferentes oportunidades, dados pessoais diferentes, o que torna impossível sua correta identificação; ou se o procedimento

investigatório desenvolveu-se em desfavor de um indivíduo não identificado e depois se orienta contra determinado indivíduo. Neste caso, a doutrina italiana entende que o sujeito aqui não é sujeito de prova, mas objeto da mesma, e deve aceitar a realização de procedimentos necessários à sua identificação que é a coleta de seu material biológico consistente em cabelo e saliva. Havendo recusa, a polícia judiciária realizará a coleta de forma coercitiva mediante prévia autorização do Ministério Público. Há que se falar que o acusado é obrigado a sujeitar-se, obrigatoriamente, apenas à inspeção corporal e ao reconhecimento.

A legislação de trânsito italiana ainda trata de outra exceção já que temos a possibilidade de se verificar a embriaguez ou substância análoga (arts. 186 e 187 do Código de Trânsito italiano) , em caso de ocorrência de acidente ou quando existam motivos para se concluir que o motorista esteja sob a influência de álcool ou substância similar. Neste caso temos duas possibilidades: ou o motorista realiza um teste de ar, similar ao etilômetro brasileiro, ou comparece até um órgão competente para realizar exames de sangue ou urina. Caso o indivíduo não queira, não será obrigado a realizar o exame, mas sofrerá uma sanção (prisão de até um mês ou multa em dinheiro). A constitucionalidade dos dispositivos da legislação de trânsito italiana foi declarada por sua Corte Constitucional.

Art. 186. Guida sotto l'influenza dell'alcool. (1) (*)

1. È vietato guidare in stato di ebbrezza in conseguenza dell'uso di bevande alcoliche.

2. (2) Chiunque guida in stato di ebbrezza è punito, ove il fatto non costituisca più grave reato:

a) con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 527 a euro 2.108, qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0,5 e non superiore a 0,8 grammi per litro (g/l). All'accertamento della violazione consegue la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da tre a sei mesi;

b) con l'ammenda da euro 800 a euro 3.200 e l'arresto fino a sei mesi, qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0,8 e non superiore a 1,5 grammi per litro (g/l). All'accertamento del reato consegue in ogni caso la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da sei mesi ad un anno; (3)

c) con l'ammenda da euro 1.500 a euro 6.000, l'arresto da sei mesi ad un anno, qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro g/l). All'accertamento del reato consegue in ogni caso la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da uno a due anni. Se il veicolo appartiene a persona estranea al reato, la durata della sospensione della patente è raddoppiata. La patente di guida è sempre revocata, ai sensi del capo II, sezione II, del titolo VI, in caso di recidiva nel biennio. Con la sentenza di condanna ovvero di applicazione della pena a richiesta delle parti,

anche se e' stata applicata la sospensione condizionale della pena, è sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato. Ai fini del sequestro si applicano le disposizioni di cui all'art. 224 ter.

2-bis. Se il conducente in stato di ebbrezza provoca un incidente stradale, le sanzioni di cui al comma 2 del presente articolo e al comma 3 dell'articolo 186-bis sono raddoppiate ed e' disposto il fermo amministrativo del veicolo per centottanta giorni, salvo che il veicolo appartenga a persona estranea all'illecito. Qualora per il conducente che provochi un incidente stradale sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro (g/l), fatto salvo quanto previsto dal quinto e sesto periodo della lettera c) del comma 2 del presente articolo, la patente di guida e' sempre revocata ai sensi del capo II, sezione II, del titolo VI. E' fatta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 222».

2-ter. Competente a giudicare dei reati di cui al presente articolo è il tribunale in composizione monocratica.

2-quater. Le disposizioni relative alle sanzioni accessorie di cui ai commi 2 e 2-bis si applicano anche in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti.

2-quinquies. Salvo che non sia disposto il sequestro ai sensi del comma 2, il veicolo, qualora non possa essere guidato da altra persona idonea, puo' essere fatto trasportare fino al luogo indicato dall'interessato o fino alla piu' vicina autorimessa e lasciato in consegna al proprietario o al gestore di essa con le normali garanzie per la custodia. Le spese per il recupero ed il trasporto sono interamente a carico del trasgressore. (5) (6)

2-sexies. L'ammenda prevista dal comma 2 è aumentata da un terzo alla metà quando il reato è commesso dopo le ore 22 e prima delle ore 7. (6a)

2-septies. Le circostanze attenuanti concorrenti con l'aggravante di cui al comma 2-sexies non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa. Le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante. (6a)

2-octies. Una quota pari al venti per cento dell'ammenda irrogata con la sentenza di condanna che ha ritenuto sussistente l'aggravante di cui al comma 2-sexies è destinata ad alimentare il Fondo contro l'incidentalità notturna di cui all'articolo 6-bis del decreto-legge 3 agosto 2007, n. 117, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 ottobre 2007, n. 160, e successive modificazioni. (6a)

3. Al fine di acquisire elementi utili per motivare l'obbligo di sottoposizione agli accertamenti di cui al comma 4, gli organi di Polizia stradale di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, secondo le direttive fornite dal Ministero dell'interno, nel rispetto della riservatezza personale e senza pregiudizio per l'integrità fisica, possono sottoporre i conducenti ad accertamenti qualitativi non invasivi o a prove, anche attraverso apparecchi portatili.

4. Quando gli accertamenti qualitativi di cui al comma 3 hanno dato esito positivo, in ogni caso d'incidente ovvero quando si abbia altrimenti motivo di ritenere che il conducente del veicolo si trovi in stato di alterazione psicofisica derivante dall'influenza dell'alcool, gli organi di Polizia stradale di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, anche accompagnandolo presso il più vicino ufficio o comando, hanno la facoltà di effettuare l'accertamento con strumenti e procedure determinati dal regolamento.

5. Per i conducenti coinvolti in incidenti stradali e sottoposti alle cure mediche, l'accertamento del tasso alcolemico viene effettuato, su richiesta degli organi di Polizia stradale di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, da parte delle strutture sanitarie di base o di quelle accreditate o comunque a tali fini equiparate. Le strutture sanitarie rilasciano agli organi di Polizia stradale la relativa certificazione, estesa alla prognosi delle lesioni accertate, assicurando il rispetto della riservatezza dei dati in base alle vigenti disposizioni di legge. Copia della certificazione di cui al periodo precedente deve essere tempestivamente trasmessa, a cura dell'organo di polizia che ha proceduto agli accertamenti, al prefetto del luogo della commessa violazione per gli eventuali provvedimenti di competenza. I fondi necessari per l'espletamento degli accertamenti di cui al presente comma sono reperiti nell'ambito dei fondi destinati al Piano nazionale della sicurezza stradale di cui all'articolo 32 della legge 17 maggio 1999, n. 144. Si applicano le disposizioni del comma 5-bis dell'art. 187. (2a)

6. Qualora dall'accertamento di cui ai commi 4 o 5 risulti un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0,5 grammi per litro (g/l), l'interessato è considerato in stato di ebbrezza ai fini dell'applicazione delle sanzioni di cui al comma 2.

7. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, in caso di rifiuto dell'accertamento di cui ai commi 3, 4 o 5, il conducente è punito con le pene di cui al comma 2, lettera c). La condanna per il reato di cui al periodo che precede comporta la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida per un periodo da sei mesi a due anni e della confisca del veicolo con le stesse modalità e procedure previste dal comma 2, lettera c), salvo che il veicolo appartenga a persona estranea alla violazione. Con l'ordinanza con la quale è disposta la sospensione della patente, il prefetto ordina che il conducente si sottoponga a visita medica secondo le disposizioni del comma 8. Se il fatto è commesso da soggetto già condannato nei due anni precedenti per il medesimo reato, è sempre disposta la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida ai sensi del capo I, sezione II, del titolo VI. (2b) (3)

8. Con l'ordinanza con la quale viene disposta la sospensione della patente ai sensi dei commi 2 e 2-bis (2c), il prefetto ordina che il conducente si sottoponga a visita medica ai sensi dell'articolo 119, comma 4, che deve avvenire nel termine di sessanta giorni. Qualora il conducente non vi si sottoponga entro il termine fissato, il prefetto può disporre, in via cautelare, la sospensione della patente di guida fino all'esito della visita medica.

9. Qualora dall'accertamento di cui ai commi 4 o 5 risulti un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro, ferma restando l'applicazione delle sanzioni di cui ai commi 2 e 2-bis, il prefetto, in via cautelare, dispone la sospensione della patente fino all'esito della visita medica di cui al comma 8 (2d)

9-bis. Al di fuori dei casi previsti dal comma 2-bis del presente articolo, la pena detentiva e pecuniaria può essere sostituita, anche con il decreto penale di condanna, se non vi è opposizione da parte dell'imputato, con quella del lavoro di pubblica utilità di cui all'articolo 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, secondo le modalità ivi previste e consistente nella prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività da svolgere, in via prioritaria, nel campo della sicurezza e dell'educazione stradale presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato, o presso i centri specializzati di lotta alle dipendenze. Con il decreto penale o con la sentenza il giudice incarica l'ufficio locale di esecuzione penale ovvero gli organi di cui all'articolo 59 del decreto legislativo n. 274 del 2000 di verificare

l'effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilita'. In deroga a quanto previsto dall'articolo 54 del decreto legislativo n. 274 del 2000, il lavoro di pubblica utilita' ha una durata corrispondente a quella della sanzione detentiva irrogata e della conversione della pena pecuniaria ragguagliando 250 euro ad un giorno di lavoro di pubblica utilita'. In caso di svolgimento positivo del lavoro di pubblica utilita', il giudice fissa una nuova udienza e dichiara estinto il reato, dispone la riduzione alla meta' della sanzione della sospensione della patente e revoca la confisca del veicolo sequestrato. La decisione e' ricorribile in cassazione. Il ricorso non sospende l'esecuzione a meno che il giudice che ha emesso la decisione disponga diversamente. In caso di violazione degli obblighi connessi allo svolgimento del lavoro di pubblica utilita', il giudice che procede o il giudice dell'esecuzione, a richiesta del pubblico ministero o di ufficio, con le formalita' di cui all'articolo 666 del codice di procedura penale, tenuto conto dei motivi, della entita' e delle circostanze della violazione, dispone la revoca della pena sostitutiva con ripristino di quella sostituita e della sanzione amministrativa della sospensione della patente e della confisca. Il lavoro di pubblica utilita' puo' sostituire la pena per non piu' di una volta.

Art. 186-bis. - (Guida sotto l'influenza dell'alcool per conducenti di eta' inferiore a ventuno anni, per i neo-patentati e per chi esercita professionalmente l'attivita' di trasporto di persone o di cose). (1)

1. E' vietato guidare dopo aver assunto bevande alcoliche e sotto l'influenza di queste per:

a) i conducenti di età inferiore a ventuno anni e i conducenti nei primi tre anni dal conseguimento della patente di guida di categoria B;

b) i conducenti che esercitano l'attività di trasporto di persone, di cui agli articoli 85, 86 e 87;

c) i conducenti che esercitano l'attività di trasporto di cose, di cui agli articoli 88, 89 e 90;

d) i conducenti di autoveicoli di massa complessiva a pieno carico superiore a 3,5 t, di autoveicoli trainanti un rimorchio che comporti una massa complessiva totale a pieno carico dei due veicoli superiore a 3,5 t, di autobus e di altri autoveicoli destinati al trasporto di persone il cui numero di posti a sedere, escluso quello del conducente, e' superiore a otto, nonché di autoarticolati e di autosnodati.

2. I conducenti di cui al comma 1 che guidino dopo aver assunto bevande alcoliche e sotto l'influenza di queste sono puniti con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 163 a euro 658, qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0 (zero) e non superiore a 0,5 grammi per litro (gli). Nel caso in cui il conducente, nelle condizioni di cui al periodo precedente, provochi un incidente, le sanzioni di cui al medesimo periodo sono raddoppiate.

3. Per i conducenti di cui al comma 1 del presente articolo, ove incorrano negli illeciti di cui all'articolo 186, comma 2, lettera a), le sanzioni ivi previste sono aumentate di un terzo; ove incorrano negli illeciti di cui all'articolo 186, comma 2, lettere b) e c), le sanzioni ivi previste sono aumentate da un terzo alla metà.

4. Le circostanze attenuanti concorrenti con le aggravanti di cui al comma 3 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste. Le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante.

5. La patente di guida e' sempre revocata, ai sensi del capo II, sezione II, del titolo VI, qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro (g/l) per i conducenti di cui alla lettera d) del comma 1, ovvero in caso di recidiva nel triennio per gli altri conducenti di cui al medesimo comma. E' fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui al quinto e al sesto periodo della lettera c) del comma 2 dell'articolo 186.

6. Si applicano le disposizioni di cui ai commi da 3 a 6, 8 e 9 dell'articolo 186. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, in caso di rifiuto dell'accertamento di cui ai commi 3, 4 o 5 dell'articolo 186, il conducente e' punito con le pene previste dal comma 2, lettera c), del medesimo articolo, aumentate da un terzo alla metà. La condanna per il reato di cui al periodo precedente comporta la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida per un periodo da sei mesi a due anni e della confisca del veicolo con le stesse modalità e procedure previste dal citato articolo 186, comma 2, lettera c), salvo che il veicolo appartenga a persona estranea al reato. Se il veicolo appartiene a persona estranea al reato, la durata della sospensione della patente di guida e' raddoppiata. Con l'ordinanza con la quale e' disposta la sospensione della patente di guida, il prefetto ordina che il conducente si sottoponga a visita medica secondo le disposizioni del comma 8 del citato articolo 186. Se il fatto e' commesso da soggetto già condannato nei due anni precedenti per il medesimo reato, e' sempre disposta la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida ai sensi del capo II, sezione II, del titolo VI.

7. Il conducente di età inferiore a diciotto anni, per il quale sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0 (zero) e non superiore a 0,5 grammi per litro (g/l), non può conseguire la patente di guida di categoria B prima del compimento del diciannovesimo anno di età. Il conducente di età inferiore a diciotto anni, per il quale sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0,5 grammi per litro (g/l), non può conseguire la patente di guida di categoria B prima del compimento del ventunesimo anno di età.

Art. 187. Guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti.
(1) (*)

1. (2) Chiunque guida in stato di alterazione psico-fisica dopo aver assunto sostanze stupefacenti o psicotrope è punito con l'ammenda da euro 1.500 a euro 6.000 e l'arresto da sei mesi ad un anno. All'accertamento del reato consegue in ogni caso la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da uno a due anni.

Se il veicolo appartiene a persona estranea al reato, la durata della sospensione della patente e' raddoppiata. Per i conducenti di cui al comma 1 dell'articolo 186-bis, le sanzioni di cui al primo e al secondo periodo del presente comma sono aumentate da un terzo alla metà. Si applicano le disposizioni del comma 4 dell'articolo 186-bis. La patente di guida e' sempre revocata, ai sensi del capo II, sezione II, del titolo VI, quando il reato e' commesso da uno dei conducenti di cui alla lettera d) del citato comma 1 dell'articolo 186-bis, ovvero in caso di recidiva nel triennio. Con la sentenza di condanna ovvero di applicazione della pena a richiesta delle parti, anche se e' stata applicata la sospensione

condizionale della pena, e' sempre disposta la confisca del veicolo con il quale e' stato commesso il reato, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato. Ai fini del sequestro si applicano le disposizioni di cui all'articolo 224-ter 1-bis. Se il conducente in stato di alterazione psico-fisica dopo aver assunto sostanze stupefacenti o psicotrope provoca un incidente stradale, le pene di cui al comma 1 sono raddoppiate e, fatto salvo quanto previsto dal settimo e dall'ottavo periodo del comma 1, la patente di guida e' sempre revocata ai sensi del capo H, sezione H, del titolo VI. E' fatta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 222.

1-ter. Competente a giudicare dei reati di cui al presente articolo e' il tribunale in composizione monocratica. Si applicano le disposizioni dell'articolo 186, comma 2-quater. (2a)

1-quater. L'ammenda prevista dal comma 1 è aumentata da un terzo alla metà quando il reato è commesso dopo le ore 22 e prima delle ore 7. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 186, commi 2-septies e 2-octies. (2b)

2. Al fine di acquisire elementi utili per motivare l'obbligo di sottoposizione agli accertamenti di cui al comma 3, gli organi di Polizia stradale di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, secondo le direttive fornite dal Ministero dell'interno, nel rispetto della riservatezza personale e senza pregiudizio per l'integrità fisica, possono sottoporre i conducenti ad accertamenti qualitativi non invasivi o a prove, anche attraverso apparecchi portatili.

2-bis. Quando gli accertamenti di cui al comma 2 forniscono esito positivo ovvero quando si ha altrimenti ragionevole motivo di ritenere che il conducente del veicolo si trovi sotto l'effetto conseguente all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope, i conducenti, nel rispetto della riservatezza personale e senza pregiudizio per l'integrità fisica, possono essere sottoposti ad accertamenti clinico-tossicologici e strumentali ovvero analitici sui campioni di mucosa del cavo orale prelevati a cura di personale sanitario ausiliario delle forze di polizia. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con i Ministri dell'interno, della giustizia e della salute, sentiti la Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per le politiche antidroga e il Consiglio superiore di sanità, da adottare entro sessantagorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, sono stabilite le modalità, senza nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato, di effettuazione degli accertamenti di cui al periodo precedente e le caratteristiche degli strumenti da impiegare negli accertamenti medesimi. Ove necessario a garantire la neutralità finanziaria di cui al periodo precedente, il medesimo decreto può prevedere che gli accertamenti di cui al presente comma siano effettuati, anziché su campioni di mucosa del cavo orale, sui campioni di fluido del cavo orale.

3. Nei casi previsti dal comma 2-bis, qualora non sia possibile effettuare il prelievo a cura del personale sanitario ausiliario delle forze di polizia ovvero qualora il conducente rifiuti di sottoporsi a tale prelievo, gli agenti di polizia stradale di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, fatti salvi gli ulteriori obblighi previsti dalla legge, accompagnano il conducente presso strutture sanitarie fisse o mobili afferenti ai suddetti organi di polizia stradale ovvero presso le strutture sanitarie pubbliche o presso quelle accreditate o comunque a tali fini equiparate, per il prelievo di campioni di liquidi biologici ai fini dell'effettuazione degli esami necessari ad accertare la presenza di sostanze stupefacenti o psicotrope. Le medesime disposizioni si applicano in caso di incidenti, compatibilmente con le attività di rilevamento e soccorso»

4. Le strutture sanitarie di cui al comma 3, su richiesta degli organi di Polizia stradale di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, effettuano altresì gli accertamenti sui conducenti coinvolti in incidenti stradali e sottoposti alle cure mediche, ai fini indicati dal comma 3; essi possono contestualmente riguardare anche il tasso alcoolemico previsto nell'articolo 186.

5. Le strutture sanitarie rilasciano agli organi di Polizia stradale la relativa certificazione, estesa alla prognosi delle lesioni accertate, assicurando il rispetto della riservatezza dei dati in base alle vigenti disposizioni di legge. *(I fondi necessari per l'espletamento degli accertamenti conseguenti ad incidenti stradali sono reperiti nell'ambito dei fondi destinati al Piano nazionale della sicurezza stradale di cui all'articolo 32 della legge 17 maggio 1999, n. 144).* Copia del referto sanitario positivo deve essere tempestivamente trasmessa, a cura dell'organo di Polizia che ha proceduto agli accertamenti, al prefetto del luogo della commessa violazione per gli eventuali provvedimenti di competenza.

5.bis Qualora l'esito degli accertamenti di cui ai commi 3, 4 e 5 non sia immediatamente disponibile e gli accertamenti di cui al comma 2 abbiano dato esito positivo, se ricorrono fondati motivi per ritenere che il conducente si trovi in stato di alterazione psico-fisica dopo l'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, gli organi di polizia stradale possono disporre il ritiro della patente di guida fino all'esito degli accertamenti e, comunque, per un periodo non superiore a dieci giorni. Si applicano le disposizioni dell'articolo 216 in quanto compatibili. La patente ritirata è depositata presso l'ufficio o il comando da cui dipende l'organo accertatore. (2a)

6. Il prefetto, sulla base dell'esito degli accertamenti analitici di cui al comma 2-bis, ovvero della certificazione rilasciata dai centri di cui al comma 3, ordina che il conducente si sottoponga a visita medica ai sensi dell'articolo 119 e dispone la sospensione, in via cautelare, della patente fino all'esito dell'esame di revisione che deve avvenire nel termine e con le modalità indicate dal regolamento.

7. (comma abrogato dal decreto-legge 117 del 3 agosto 2007, convertito con modificazioni dalla legge 2 ottobre 2007, n. 160.).

8. Salvo che il fatto costituisca reato, in caso di rifiuto dell'accertamento di cui ai commi 2, 2 bis, 3 o 4, il conducente è soggetto alle sanzioni di cui all'articolo 186, comma 7. Con l'ordinanza con la quale è disposta la sospensione della patente, il prefetto ordina che il conducente si sottoponga a visita medica ai sensi dell'articolo 119. (2)

8-bis. Al di fuori dei casi previsti dal comma 1-bis del presente articolo, la pena detentiva e pecuniaria può essere sostituita, anche con il decreto penale di condanna, se non vi è opposizione da parte dell'imputato, con quella del lavoro di pubblica utilità di cui all'articolo 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, secondo le modalità ivi previste e consistente nella prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività da svolgere, in via prioritaria, nel campo della sicurezza e dell'educazione stradale presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato, nonché nella partecipazione ad un programma terapeutico esocio-riabilitativo del soggetto tossicodipendente come definito ai sensi degli articoli 121 e 122 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309. Con il decreto penale o con la sentenza il giudice incarica l'ufficio locale di esecuzione penale ovvero gli organi di cui all'articolo 59 del decreto legislativo n. 274 del 2000 di verificare l'effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità. In deroga a quanto previsto dall'articolo 54 del decreto legislativo n. 274 del 2000,

Il lavoro di pubblica utilità ha una durata corrispondente a quella della sanzione detentiva irrogata e della conversione della pena pecuniaria ragguagliando 250 euro ad un giorno di lavoro di pubblica utilità. In caso di svolgimento positivo del lavoro di pubblica utilità, il giudice fissa una nuova udienza e dichiara estinto il reato, dispone la riduzione alla metà della sanzione della sospensione della patente e revoca la confisca del veicolo sequestrato. La decisione è ricorribile in cassazione. Il ricorso non sospende l'esecuzione a meno che il giudice che ha emesso la decisione disponga diversamente. In caso di violazione degli obblighi connessi allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, il giudice che procede o il giudice dell'esecuzione, a richiesta del pubblico ministero o di ufficio, con le formalità di cui all'articolo 666 del codice di procedura penale, tenuto conto dei motivi, della entità e delle circostanze della violazione, dispone la revoca della pena sostitutiva con ripristino di quella sostituita e della sanzione amministrativa della sospensione della patente e della confisca. Il lavoro di pubblica utilità può sostituire la pena per non più di una volta.

2.3) O sistema probatório no ordenamento processual penal francês

Segundo Maria Elisabeth Queijo (2012, p. 328), no ordenamento francês não existe, de forma expressa, nenhuma regra que obrigue o acusado a ter um comportamento ativo na produção probatória e também não existe nenhuma disposição relacionada ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Porém a hermenêutica foi capaz de extrair do ordenamento de que para fins de investigação e instrução penal, a coleta de material genético pode ser realizada de maneira coercitiva, caso o acusado não aceite realiza-la de forma voluntária.

Ainda segundo Maria Elisabeth Queijo (2012, p. 328), neste ordenamento, há dever de colaborar em matéria de infrações de trânsito para a comprovação de embriaguez. A recusa por parte do motorista em colaborar na prova de verificação de embriaguez constitui um delito, punível com pena de detenção de até dois anos e multa. Há que se falar que não de admite execução coercitiva.

2.4) O sistema probatório no ordenamento processual penal alemão

De acordo com o Código de Processo Penal Alemão a intervenção corporal é admitida se necessária para o processo. Assim, há menção expressa de que pode-se proceder a coletas de sangue e outros ingerências corporais, sem o consentimento do acusado. O único limite previsto é que essa intervenção não pode ocorrer em desfavor da saúde do acusado. Assim existe a possibilidade da realização de, por exemplo, um exame de sangue, mesmo que sem a anuência do acusado.

Essa investigação corporal deve ser autorizada por um juiz. Salvo se detectado o *periculum in mora*, caso em que o Ministério Público ou seus auxiliares poderão determiná-la.

O Strafprozessordnung (Código de Processo Penal alemão) prevê o seguinte:

§ 81a

(1) Eine körperliche Untersuchung des Beschuldigten darf zur Feststellung von Tatsachen angeordnet werden, die für das Verfahren von Bedeutung sind. Zu diesem Zweck sind Entnahmen von Blutproben und andere körperliche Eingriffe, die von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu Untersuchungszwecken vorgenommen werden, ohne Einwilligung des Beschuldigten zulässig, wenn kein Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten ist.

(2) Die Anordnung steht dem Richter, bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung auch der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) zu.

(3) Dem Beschuldigten entnommene Blutproben oder sonstige Körperzellen dürfen nur für Zwecke des der Entnahme zugrundeliegenden oder eines anderen anhängigen Strafverfahrens verwendet werden; sie sind unverzüglich zu vernichten, sobald sie hierfür nicht mehr erforderlich sind.

Traduzindo temos que:

(1) Uma revista no corpo só pode ser realizada se relevante para o processo. Para essa finalidade podem ser previstos exame de sangue ou outro exame no corpo, que fizer parte de algum exame médico, ainda que sem autorização do acusado, quando não tiver nenhum prejuízo para a sua saúde.

(2) A ordem do juiz somente é cabível quando representar risco para o sucesso ou atraso da investigação realizado pelo promotor ou pessoas por ele identificadas (conforme artigo 152 do Código de Processo Penal Alemão).

(3) A amostra de sangue ou de qualquer célula do corpo só podem ser realizada para a amostra ou para ser utilizado em processo penal, e devem ser imediatamente descartados, quando não for mais necessário.

Resta claro que o acusado tem o dever de colaborar com a produção de provas, podendo, em caso de recusa, proceder-se a execução forçada da medida, desde que não haja risco à saúde do mesmo.

2.5) O sistema probatório no ordenamento processual penal espanhol

Como na maioria dos ordenamentos, o ordenamento espanhol também é omissivo no quesito intervenções corporais. Deste modo divergem a doutrina e jurisprudência sobre o assunto. Na doutrina prega-se que, já que a norma é silente, o indivíduo não pode ser obrigado a nada. Para a jurisprudência existem normas das quais se pode extrair a possibilidade das intervenções corporais neste sistema.

Importante sentença foi proferida em 1989 (número 37), Ángel Gil Hernández (1995, p. 41) indica em seu livro que o Tribunal Constitucional determinou requisitos para que as

intervenções corporais possam ocorrer: restrição determinada por decisão judicial, executada com respeito à dignidade da pessoa humana e que não constitua medida degradante e que esta decisão seja fundada em lei, devendo ser motivada e respeitar a proporcionalidade: assim, o juiz deverá analisar o caso concreto, sopesando o sacrifício do direito do acusado e o fato de ser apurado.

Maria Elisabeth Queijo (2012, p. 334-335) cita em seu livro que o referido Tribunal também toma como parâmetro que não há violação à intimidade nas provas que não atinjam o recato e o sentimento de pudor. Tem considerado ainda que os exames de sangue, os exames ginecológicos e o etilômetro não ofendem a Constituição do país, que tutela à integridade física e moral. E que tem-se considerado que não ocorre violação ao direito à liberdade nas intervenções corporais aceitas, já que a restrição da liberdade em tais casos se dá por um curto lapso temporal.

2.6) O sistema probatório no ordenamento processual penal português

Este ordenamento jurídico conta com a disposição expressa de que quando tratar-se de perícia corporal e o indivíduo não a aceitar, cabe ao juiz verificar sua importância e determina-la ou não, pautando-se no direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do acusado. Levando também em consideração que essa intervenção não pode gerar nenhum prejuízo à saúde do acusado. Assim, de acordo com Jorge de Figueiredo Dias (1974, p.439), a pessoa poderá ser constrangida a suportar atividade investigativa sobre si mesma. Ou seja, o acusado poderá ser forçado a realizar perícias médico-legais.

Nesse sentido, o Código de Processo Penal português prevê no artigo 61, n. 3, d, que o acusado tem o dever de “sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coação e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efetuadas por entidade competente”. Ainda, o artigo 172, n. 1, do referido diploma legal, determina que “se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”.

Por sua vez, o Decreto-Lei n. 11/98, artigo 43, n. 1, estabelece que “ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este for necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que seja ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei de processo”.

2.7) O sistema probatório no ordenamento processual penal argentino

Destoando da maioria dos ordenamentos, temos o argentino que prevê expressamente no artigo 18 de sua Constituição o princípio *nemo tenetur se detegere*. Apesar disso o mesmo comporta várias exceções. Assim, por exemplo, o acusado pode ser obrigado a extrair seu sangue para perícia, caso não concorde de forma voluntária.

Artículo 18o.- Ningun habitante de la Nacion puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridade competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable como tambien la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinara en que casos y con que justificativos podra procederse a su allanamiento y ocupacion. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas politicas, toda especie de tormento y los azotes. Las carceles de la Nacion seran sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaucion conduzca a mortificarlos mas alla de lo que aquella exija, hara responsable al juez que la autorice.

Thiago Ruiz cita (2011, p. 14/15), obra do processualista argentino Carbone, que leciona:

A extração de sangue, de cabelos e dos pêlos pubianos, mostras epiteliais, é legítima mesmo contra vontade do indiciado, se cumprir os requisitos indispensáveis, de razoabilidade, proporcionalidade, necessidade, utilidade e pertinência e não viola seu direito à intimidade, a integridade física nem tampouco sua dignidade humana, já que só afeta de forma leve a integridade corporal e não viola a proibição de tratos desumanos e degradantes quando são realizados pelas pessoas habilitadas e com o limite de por em perigo a vida ou a saúde. Tampouco é necessário seu prévio consentimento para levar a cabo a diligência de extração de mostra sanguínea.

2.8) O sistema probatório no ordenamento processual penal inglês

De acordo com Maria Elisabeth Queijo (2012, p.348), na Inglaterra faz-se distinção entre prova invasiva e não invasiva. As provas não invasivas, entendidas como aquelas que se procedem externamente, superficialmente, ou na cavidade bucal, podem ser realizadas sem consentimento do acusado. São exemplos de intervenções corporais não invasivas as coletas de células contidas na saliva e nos fios de cabelo. Por sua vez, as coletas invasivas sempre necessitam da anuência do acusado, ou seja, a coleta compulsória por via invasiva é proibida. Todavia, se o indivíduo recusar-se a colaborar sem ter uma justificativa válida e coesa, tal fato

poderá ser valorado negativamente ao acusado, em conjunto com os demais elementos probatórios.

Destarte para que sejam determinadas as coletas que incidem sobre a esfera íntima do indivíduo deve ser levado em consideração o tipo de crime e a o nível de envolvimento do sujeito. Caso o acusado se negue a realizar o exame ele não será obrigado a executar a medida e nem sofrerá penalidades pela recusa, porém isso será levado em consideração no julgamento junto com as demais provas.

A única prova não invasiva que tem sua produção aceita é a prova de coleta de saliva e células da boca, no caso de crimes menos graves.

2.9) O sistema probatório no ordenamento processual penal norte-americano

De toda legislação comparada, a americana é a mais importante, pois é a que mais exerce influência (mesmo que comporte flexões) em nossa doutrina e jurisprudência. Neste ordenamento jurídico entende-se que não há violação do *nemo tenetur se detegere* em provas que dependem do acusado para a sua realização. A regra no direito norte-americano é que o acusado não pode ser obrigado a dizer algo, mas pode ser obrigado a fazer algo, tal como um exame de sangue.

A quinta emenda americana, em nada protege os acusados contra a produção de provas contra si mesmo além do interrogatório. Na obra de Trois Neto (2011, p. 92) se lê:

Contudo, nos EUA o *privilege against self incrimination* abrange apenas formas orais de autoincriminação, não se estendendo a outros atos de colaboração ativa ou passiva do acusado. A Suprema Corte americana tem afirmado a possibilidade de o acusado ser obrigado, até mediante coação física, a colaborar para a realização de provas incriminatórias, seja pelo fornecimento de impressões digitais e de amostras sanguíneas, caligráficas ou fonéticas, seja pela submissão a diligências de reconhecimento pessoal ou fotográfico.

No precedente *Schmerber v. Califórnia* (citado no Caso *Jalloh v. Alemanha*, julgado pelo TEDH) a Corte Constitucional estabeleceu alguns critérios a serem seguidos quando da necessidade de exames:

Após *Rochin*, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu em *Schmerber v. Califórnia*, 384 US 757 (1966), 86 S. Ct. 1826, 16 L.Ed.2d 908, na qual um policial ordenou a um indivíduo suspeito de dirigir, enquanto sob efeito de drogas, a se submeter a um teste de sangue, no hospital onde ele estava sendo tratado por ferimentos causados num acidente mobilístico. A Suprema Corte registrou que a função adequada da Quarta Emenda é limitar, não contra todas as invasões, mas somente contra as que não são justificadas nas circunstâncias, ou que são feitas de

uma maneira imprópria. Não achando violação a Quarta Emenda, a Corte marcou em seguida vários critérios a serem considerados na determinação da racionalidade da busca invasiva: 1) o governo deve ter uma indicação clara de que a prova incriminatória será achada; 2) os policiais devem ter um mandado, ou, devem existir circunstâncias exigentes, como a iminente destruição das provas, para justificar a ausência do mandado; e 3) o método usado para extrair a evidência deve ser razoável e deve ser realizado de maneira razoável.

Recentemente, o Tribunal Federal de Recursos de São Francisco, Estado da Califórnia, decidiu, por 2 votos à 1 que a lei estadual que possibilita que a polícia colete amostras de pessoas presas para exames de DNA, sem autorização judicial, é constitucional. Referida lei entrou em vigor em 2009 e modificou lei anterior que permitia o exame de DNA apenas de pessoas já condenadas. Para o juiz Milan Smith, que votou pela constitucionalidade da lei, a coleta é “apenas uma pequena inconveniência, muito menos invasiva do que a coleta de amostras de sangue, pela polícia, de motoristas alcoolizados.”. Todavia, os que se opõe à lei, alegam que ela viola o direito constitucional das pessoas à proteção contra buscas e apreensões não razoáveis e sem mandado judicial (em nenhum momento se afirma ofensa ao princípio contra autoincriminação).

CAPÍTULO 3

**O POSICIONAMENTO DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA
DIANTE DO ORDENAMENTO ATUAL: O CASO DA “NOVA LEI SECA” (LEI 12.
760/2012) E DA LEI DO BANCO GENÉTICO (LEI 12.654/2012).**

1) LEI 12.760/2012, A CHAMADA “NOVA LEI SECA”.

Esta nova lei trouxe alterações nos artigos 165, 262, 276, 277 e 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Apesar de várias alterações o ponto chave de toda polêmica desta lei foi o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Já que antigamente a única forma para comprovação de embriaguez ao volante seria com o uso do etilômetro e este dependia de um comportamento ativo do acusado. Mister se faz comparar as disposições:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem (redação antiga)

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência (redação antiga) (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência (redação atual) (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008) (redação antiga)

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

O etilômetro, popularmente conhecido como “bafômetro”, verifica a partir do ar dos pulmões a quantidade de álcool presente no organismo do indivíduo. Já o teste de alcoolemia verifica, a partir de um exame de sangue, a quantidade de álcool presente no sangue do indivíduo. Detectados, respectivamente, 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar no caso do “bafômetro”, ou 0,6 grama de álcool por litro de sangue no caso do teste de alcoolemia, o indivíduo seria considerado legalmente embriagado.

Observando isoladamente o caput do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, parece que para a configuração do tipo penal basta a comprovação da alteração da capacidade psicomotora do indivíduo. Já observando o parágrafo 1º do referido artigo, temos que quando verificado os níveis indicados de álcool no organismo a conduta será típica. Essa questão está em aberto e é necessário que se faça uma interpretação, assim parece-nos mais indicado a ideia do caput, que indica uma forma mais individualizada de caracterização, até porque o álcool age de formas diferentes de acordo com a pessoa, considerando fatores como sua idade, sexo, saúde e outros, como ratifica Reinaldo José Lopes em uma reportagem do portal G1, cada indivíduo tem uma tolerância específica ao álcool. Então deve-se ter a alteração da capacidade psicomotora como uma elementar do tipo, assim caso o motorista esteja embriagado, mas sem alteração dessa sua capacidade resta atípico o fato. Por exemplo, uma pessoa pode beber 3 copos de vinho e alcançar a dose tida como crime sem ter sua capacidade psicomotora alterada. Da mesma forma, outro indivíduo pode beber 1 copo de vinho, não atingir a dose do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro e ter sua capacidade psicomotora comprometida. Verifica-se a importância do preconizado no caput do artigo 306, em detrimento de seu §1º.

Quando utilizados outros meios probatórios para comprovar a embriaguez ao volante não temos uma violação constitucional, mas quando trata-se da produção de provas que necessitam de um comportamento ativo do acusado, quais sejam, o etilômetro e o exame de sangue, uma análise da produção probatória combinada com o postulado *nemo tenetur se detegere* deve ser realizada. A lei 12.760/2012 deve ser considerada como um avanço norteado pelo viés da constitucionalidade, porém, caso não interpretada corretamente, pode fracassar como a lei 11.705/2008.

Com esta nova redação o estado de embriaguez pode ser comprovado através de outras provas tais como teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, ou seja, qualquer outro tipo de prova lícita, já que

o nosso ordenamento processual penal não é taxativo quanto aos meios probatórios. Além disso, esta embriaguez não é só causada por álcool e sim por qualquer outra substância psicoativa, ou seja, que cause alteração no discernimento do indivíduo.

Percebemos que o etilômetro tem sido preferido em detrimento dos outros tipos de provas possíveis expressas no artigo. Assim, defende-se não a impossibilidade de se juntar provas de que o indivíduo é culpado, mas sim a de se escolher os meios probatórios menos gravosos ao indivíduo e, conseqüentemente, aos seus direitos constitucionais. Se o próprio legislador demonstrou a possibilidade de outros meios de prova, nada mais justo que se utilizem aqueles menos gravosos ao cidadão. Percebe-se a necessidade de se alterar a concepção que foi criada de que a embriaguez só pode ser comprovada a partir do etilômetro e do exame de sangue, pois o próprio texto legal indica outros meios de provas.

Aury Lopes Junior (2011, ps. 542-547) menciona que hoje em nosso ordenamento jurídico não é aceito o sistema de provas tarifadas, fundado no tabelamento legal, na qual cada prova tem seu valor pré-definido e hierarquizado. Este antigo método não permitia ao magistrado julgar plenamente o caso concreto, pois o juiz estava adstrito ao cálculo matemático do valor de cada prova. Assim a prova do etilômetro não pode ser colocada acima das demais, apenas por ser uma “prova científica”, pois, como já foi dito, a persecução criminal não pode ser colocada acima de direitos e garantias individuais, posto que nenhum procedimento está isento de erros. Na situação calamitosa em que os órgãos públicos brasileiros se encontram nos remetem ao fato de que, até que o indivíduo chegue ao lugar com profissionais capazes de realizar o exame clínico, os sinais da capacidade psicomotora do indivíduo poderiam já ter desaparecido.

Outro meio probatório citado é a prova testemunha que depende da interioridade neuropsíquica e do caráter individual e isso pode dar espaço para depoimentos temerários e parciais. Assim essa prova deve ser sim utilizada, mas com parcimônia, pelo que representa. Também citada pelo artigo supracitado, temos a prova audiovisual, que, parece ser a mais razoável – e não melhor – a ser empregada, já que foge dos problemas outrora apresentados, é de fácil percepção e anexação aos autos do processo. Coadunando-se com o exposto neste trabalho, já que foge ao possível subjetivismo na hora da abordagem ao condutor do veículo e os problemas que circundam a prova pericial.

Sobre a exegese da lei 12.760/2012 temos o depoimento do promotor de justiça Caleb Melo em seu artigo da internet (acesso em 27 de maio de 2014):

“A Lei 12.760/12 é de uma clareza ofuscante, ao admitir como meios de prova outros que não o exame pericial. Somente uma “cegueira intencional”, *concessa venia*, pode afastar a aplicação efetiva da nova norma.

De se ver que o parágrafo primeiro do novo art. 306 traz uma conjunção alternativa “ou” a indicar os meios de prova, trazendo em seguida o parágrafo segundo um rol exemplificativo, que em nada repele os meios de prova indicados também no “anexo II”, da Resolução Contran nº 432/13.

Nesta senda, a aplicação da efetiva reprimenda não mais está atrelada à necessidade de colaboração do acusado, no sentido de se sujeitar a exame de alcoolemia, com o fornecimento de sangue ou o sopro no aparelho bafômetro, podendo a prova ser obtida pelos meios elencados pela novel Lei 12.760/12, bem assim pelos indícios sugeridos pela Resolução Contran nº 432/13.

Uma interpretação leviana e midiática pode nos levar a incorrer ao erro de que todo indivíduo que se recusa a realizar uma conduta ativa, qual seja, realizar um exame de sangue ou submeter-se ao teste do bafômetro é culpado e está se esquivando de comprovar um fato e isso não pode subsistir, já que na verdade ele está apenas no exercício regular de seu direito.

Mais artigos que devem ser analisados são os 165 e 277 do Código de Trânsito Brasileiro que dispõem:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Infração - gravíssima; (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

§ 2º A infração prevista no art. 165 também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos

procedimentos previstos no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)

Irretocável lição sobre o tema tem Luiz Flávio Gomes em artigo publicado na internet:

No caso concreto da interpretação da nova lei seca, a Resolução 432/13 do Contran adotou erradamente o critério quantitativo para distinguir a infração administrativa da criminal (0,34 mg/L de ar expelido já é crime, independentemente da forma de conduzir o veículo e da real alteração da capacidade psicomotora do agente). Antes, a lei de 2008 não “pegou” porque foi malfeita. Agora a nova lei seca corre o risco de também “não pegar” porque a interpretação está sendo malfeita. Se o critério é quantitativo, basta que o condutor se recuse a fazer o etilômetro ou o exame de sangue. Restarão os sinais. Ocorre que os sinais são de valoração subjetiva.

O ilustre doutrinador continua:

Quando ingressamos nesse terreno dos “sinais indicadores da alteração psicomotora” o subjetivismo é quase que absoluto, cabendo considerar cada pessoa, cada caso. Aquele automatismo que se pretende contra o motorista que fez exame de sangue (ou etilômetro) desaparece. Sai a matemática e entra o singularismo de cada caso. O tratamento jurídico de um e outro motorista é totalmente distinto, desigual. Trata-se do mesmo motorista e da mesma causa: a embriaguez. Num dia o motorista aceita fazer o exame e é flagrado com 0,34 dg/L: é automaticamente, presumidamente, criminoso. Noutra dia ele recusa o exame e vai ser julgado pelos sinais. Aqui o subjetivismo prepondera. Pode até estar com 0,40 ou 0,50 ou mais de álcool no sangue e ser tido como infrator administrativo. A violação ao princípio da igualdade (isonomia) está mais do que evidenciada. Motorista periciado: automatismos, presunções, regras quantitativas abstratas, generalizações, estatísticas etc. Motorista não periciado: cada caso é um caso, tudo depende dos sinais indicativos de cada pessoa, o que significa uma pluralidade de valorações nebulosas, subjetivas e, muitas vezes, até mesmo disparatadas.”

Ainda em relação ao tema, Luiz Flávio Gomes, indaga:

Qual seria o critério válido para a distinção? A forma de conduzir o veículo (normal ou anormal). Mas esse critério não pode ser válido somente para quem recusou o etilômetro. Não podemos ter dois critérios distintos, sob pena de violação do princípio da igualdade. De acordo com nossa opinião o critério da condução anormal é o que vale para todas as situações (é o mais justo, o mais correto, o único constitucionalmente válido). Nada disso aparece na criminologia midiática, que só pensa na causalidade mágica: mais rigor da lei significa mais prisão e mais prisão significa menos crimes! Nem sempre isso é correto.

O artigo 277, §3º do Código de Trânsito Brasileiro consubstancia-se em uma clara violação à garantia do *nemo tenetur se detegere* já que o indivíduo não pode sofrer qualquer prejuízo no exercício do seu direito de não se autoincriminar.

Em suma, recusando-se o cidadão a submeter ao teste de alcoolemia ou ao etilômetro, já que não pode ser obrigado a realizar os mesmos, essa negativa não deve ser de qualquer modo prejudicial à sua defesa, seja no processo criminal, seja no administrativo. Por isso, não será lícito fazê-lo sofrer a incidência das penalidades previstas no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro

(multa e suspensão do direito de dirigir por 12 meses). Não se pode aceitar que num Estado Democrático e Constitucional de Direito possa alguém vir a ser penalizado por estar no exercício regular de um direito previsto pela inteligência da Constituição Federal e da pactos internacionais.

A garantia constitucional do *nemo tenetur se detegere* deve prevalecer sobre a persecução criminal. Em nome dessa busca por justiça, o Estado não pode negar um direito constitucional ao cidadão, que anseia que o Estado acabe com as mazelas da sociedade, mas também deseja que seus direitos sejam preservados.

A Carta Magna é o alicerce jurídico de todo Estado Democrático de Direito e o legislador não pode, posteriormente, criar normas que irão de acordo com a base normativa de todo Estado. Até porque agirá em plena desconformidade com o garantismo penal e isso consubstancia-se em um retrocesso social.

2) **LEI DO PERFIL GENÉTICO (LEI 12.654/2012).**

A Lei 12.654/2012 inovou a ordem jurídica introduzindo o parágrafo único ao art. 5.º da Lei 12.037/2009, além de acrescentar também os artigos. 5ºA, 7ºA e 7ºB na referida lei.

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.

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

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

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

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

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

Art. 7º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.”

A lei 12.654/2012 instituiu a coleta de material biológico para a obtenção de perfil genético como uma nova modalidade de identificação criminal, que se junta com as outras espécies já previstas no artigo 5º da Lei nº 12.037/2009, quais sejam, identificação fotográfica e identificação digital, porém com peculiaridades para a sua utilização.

Essa nova modalidade instituída será utilizada em duas situações: a primeira, no decorrer das investigações, situação em que as autoridades policiais verificarão a necessidade de seu uso, conforme se extrai do novo parágrafo único do artigo 5º da Lei nº 12.037/09, inserido através do artigo 1º da Lei nº 12.654/12, sendo utilizada mediante autorização judicial. A segunda ocorre após a condenação, caso em que é obrigatória para os “condenados por crime praticado dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes hediondos”.

O primeiro problema aparece na determinação do que devemos entender da expressão “indispensável às investigações criminais”, já que este é um conceito dotado de subjetivismo e isso não pode acontecer numa seara tão sensível quanto a criminal. Ainda temos que tudo o que se falou sobre impossibilidade de extração compulsória de provas no corpo humano cai por terra tendo que apenas levar em consideração duas situações: necessidade da prova às investigações policiais e autorização judicial. Como falado a carga de subjetividade que norteia as investigações policiais acaba se desdobrando em uma possível autorização judicial dotada de subjetivismo já que fruto de uma argumentação policial e parcial. Sequer foi definido um rol de crimes nos quais a prática seria admitida. A lei não diz, e nem precisaria, mas diante da recusa do imputado em fornecer o material genético, poderá a autoridade fazê-lo compulsoriamente, ou seja, ‘a força’. A única ‘garantia’ é o emprego de técnica ‘adequada e indolor’. Com redações tão genéricas temos uma banalização das intervenções corporais, medida que deve sempre ser utilizada como *ultima ratio* e não ficar a cargo de requisitos tão simples e abstratos.

Essa lei também determinou uma medida invasiva coercitiva já que acrescentou à lei

em questão o art. 9º- A, na Lei Nº 7.210/1984 (lei de execuções penais). Assim se encontra a norma:

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.

No artigo 9º-A temos como requisitos apenas o cometimento de crime natureza grave (conceito subjetivo e sem clara determinação) ou crime hediondo, nem sequer temos a citação da necessidade de autorização judicial. Novamente temos um artigo dotado de inconstitucionalidade, afinal temos, novamente, uma violação ao direito de não se autoincriminar e, além do mais, o Estado criou mais uma forma de preconceito contra um indivíduo que praticou um crime anterior, quando deveria criar formas de prevenção dos crimes. Infelizmente o legislador partiu de um absurdo estigma de que aqueles que cometem crimes hediondos são mais perigosos que os outros.

Ricardo Trad Filho e Juliano Ribeiro, assim afirmam, respectivamente, ao serem questionados sobre a constitucionalidade da nova lei: “não podemos justificar os fins pelos meios, nem antecipar ou presumir que o cidadão que já cometeu um crime, voltará novamente a cometê-lo” e “uma modernização da política de investigação criminal não pode afetar somente na segunda prática de um delito”.

Aury Lopes Júnior faz uma importante observação em artigo de sua autoria. Para ele, o exame de DNA pode ser falho, uma vez que passível de equívocos gerados por alterações no material genético ou por manipulações que possam vir a ocorrer. Ele afirma que o DNA apenas comprova que o material coletado em determinado lugar é de determinada pessoa, mas não prova a sua culpabilidade. O DNA, segundo ele, é apenas mais uma forma de prova, que embora influencie no convencimento do magistrado, não possui qualquer relevância sobre as outras existentes.

Essa lei nos leva ao deturpado entendimento de que o indivíduo é presumivelmente culpado e não inocente, como dispõe o postulado constitucional. Um indivíduo acusado em um crime não pode ser meio de prova, tampouco pode ter suas garantias violadas em busca de

uma segurança social.

Cabe finalizar com a irretocável lição de Eugênio Pacelli (2014) sobre o tema:

“A medida, para além de seu caráter estigmatizante, viola o verdadeiro direito daquele que, após o cumprimento de sua pena, deve retornar ao estado pleno de cidadania e de inocência, em relação a fatos futuros - ressalvada apenas a possibilidade de valoração da condenação para fins de nova imposição penal (reincidência). Não se justifica a manutenção indefinida de seu registro genético, afastada de finalidades probatórias, isto é, ligadas à efetividade do processo penal. Nesse passo, bastaria aos interesses do Estado a manutenção sigilosa dos registros sobre o processo e sobre a condenação, conforme o disposto no art. 95, Código Penal, a cuidar da reabilitação.

O tema da identificação criminal se encontra na Constituição da República, mais precisamente em seu art. 5º, LVIII, como garantia individual. Ou seja, sua interpretação vem orientada pela proibição do excesso, somente admitindo-se a medida quando absolutamente necessária.

Uma coisa é permitir a identificação genética para finalidades probatórias; outra, muito diferente, é referendar um cadastro genético nacional de condenados em crimes graves. Aí, parece-nos, haveria transcendência exponencial da Segurança Pública, incompatível com o Estado de Direito e as liberdades públicas. A pessoa, em semelhante cenário, passaria do estado (situação) de inocência para o estado de suspeição, ainda que se reconheça – e o fazemos expressamente!– o proveito na apuração de futuros delitos (casos de reiteração, evidentemente). A radicalização no tratamento do egresso do sistema carcerário atingiria níveis incompatíveis com as funções declaradas da pena pública.

De resto, a elevação prévia do processo de estigmatização do culpado poderia concretizar o alarme a que se referia Rui Barbosa em seus famosos Discursos: ‘prendam os suspeitos de sempre’. Que não se pense que desconhecemos a gravidade dos crimes que se repetem tragicamente no país. Ou que ignoramos a necessidade de um combate mais eficaz contra tais ações. E, menos ainda, que não nos alinhamos a todos aqueles que se indignam contra agressões abjetas e incontroláveis por parte das pessoas referidas na citada lei. Nada disso.

Por todo o exposto concluímos que essa lei não se encaixa em nosso sistema. Se temos tanta necessidade “de achar um culpado para tudo” e se verificar que realmente é necessária a

criação de um banco genético, uma nova Constituição deve ser feita. A inconstitucionalidade desta lei é latente e não pode ser mantida em nosso ordenamento, já que o nosso país não conta com aparato organizacional para manter os postulados desta lei.

CONCLUSÃO

No estudo realizado neste trabalho buscou-se demonstrar que as provas, por mais importantes que sejam, devem passar pelo filtro constitucional para que possa gerar efeitos no direito processual penal. Afinal o interesse do Estado na busca da verdade não pode ser absoluto e em detrimento das garantias constitucionais individuais.

Sendo o nosso Código de Processo Penal de 1941 e nossa Carga Magna de 1988, nosso código sofre com os resquícios do passado, já que consolidado na Era Vargas, mas deve adequar-se a nova situação jurídica proposta pela Constituição. Afinal já que estamos em um Estado Democrático de Direito, nada mais certo que cada caso concreto seja analisado, através do viés da proporcionalidade, para se achar a determinação mais correta tanto para o indivíduo, sujeito de garantias fundamentais, tanto para o Estado, que visa à resolução dos conflitos para manter a paz social.

O princípio da dignidade da pessoa humana, que deve nortear todo ordenamento jurídico, nos ensina que o indivíduo é o centro de todas as leis, e por isso não pode ser considerado como objeto na relação jurídica processual. Assim, por um viés constitucional toda situação que cause uma violação na incolumidade física e psíquica do indivíduo deve ser abolida do sistema. Um indivíduo que é presumivelmente inocente (art. 5º, LVII, da CF/88); que tem, em um processo, a dúvida militando em seu favor; que deve ser tratado de maneira igualitária; que tem a garantia de um processo justo e equânime e que tem o direito a autodefesa e a defesa por um profissional plenamente qualificado, não pode estar à mercê do arbítrio estatal.

Sobre o princípio *nemo tenetur se detegere*, temos que ele garante ao indivíduo o direito de não autoincriminar-se. Em seus desdobramentos este princípio dá ao acusado o direito de: permanecer em silêncio; não ser compelido a confessar nenhum crime; não ser obrigado a falar a verdade; não ter um comportamento ativo na produção de provas e não produzir provas invasivas. Ele não possui disposição expressa no ordenamento pátrio e nem nos tratados internacionais, já que apenas a vertente do direito ao silêncio foi abordada. Assim este princípio decorre da interpretação dos postulados da presunção de inocência, da ampla defesa juntamente com o direito ao silêncio.

Sobre o direito probatório há que se falar que a verdade material, que corresponde totalmente com os fatos, é inalcançável, já que conseguimos apenas uma verdade processual,

pautada no devido processo legal. Por isso e por tudo exposto, na busca da verdade o indivíduo não pode sofrer uma intervenção corporal, já que ninguém pode servir como meio de prova no processo e a verdade pode vir à tona por outros modos.

A partir do estudo dos ordenamentos internacionais, percebemos que para que as intervenções corporais tenham espaço em um ordenamento é necessário que se observe o princípio da legalidade, assim a possibilidade de prova invasiva e suas possíveis consequências deveriam estar previstas anteriormente no ordenamento para a sua aplicação, ainda e como desdobramento disso o procedimento da intervenção corporal também deveria ter previsão prévia e a execução da medida poderia acontecer apenas por profissionais habilitados.

A partir da análise dos casos brasileiros temos que a lei 12.760/2012 foi editada para aumentar a repressão nos casos dos crimes de trânsito, já que os mesmos estão cada dia acontecendo mais. Porém, mesmo com este nobre objetivo a lei não conseguiu alcançar o que queria já que continuou determinando sanções àqueles que se recusassem a realizar o teste de etilômetro ou o exame de sangue. Porém temos que ter em mente que o objetivo social de paz no trânsito não pode se sobrepor a garantias individuais. Assim a nova lei continua com as mesmas falhas da anterior, com o indivíduo novamente a mercê das arbitrariedades estatais.

Já a lei 12.654/2012 também apresenta brechas, omissões e violações ao princípio do *nemo tenetur se detegere* já que traz em seu conteúdo duas inovações processuais: a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético como nova modalidade de identificação criminal e a instituição de um banco nacional desses perfis coletados.

Pelo exposto e de acordo com a realidade vivida pelo Brasil, as limitações ao *nemo tenetur se detegere* não devem prevalecer, já que o ordenamento pátrio não tem arcabouço jurídico e organizacional para manter um sistema de intervenções corporais. Estas podem até funcionar em outros países com ordenamento mais estruturado e com aparato necessário para fazer valer este sistema, não nosso país, com várias falhas e omissões normativas. Sem levar em consideração que um país que vive um caos em quase todas as grandes instituições da sociedade, não conta organização suficiente para lidar com um bando genético deste porte. Com as leis 12.654/2012 e 12.760/2012 o país tentou legislar sobre o caso, mas manteve os mesmos problemas das leis anteriores e de suas consequentes omissões.

De acordo com a nossa realidade, sobre esse assunto, novas leis devem ser editadas e as que já existem devem ser revisadas com a finalidade de sanar as omissões e determinar

especificamente como as provas invasivas podem ocorrer, de modo a preservar o princípio da legalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana e o *nemo tenetur se detegere*, só assim o garantismo penal integral seria alcançado. A falta de clareza da lei, bem como a falta de compromisso com os conceitos jurídicos traz insegurança à sociedade como um todo.

Embora nenhum princípio tenha caráter absoluto o certo seria uma análise de cada caso concreto, pautando-se pelo princípio da proporcionalidade. Pois não é razoável que aprioristicamente, o postulado do *nemo tenetur se detegere* seja afastado por meio de leis infraconstitucionais, sendo qualquer lei neste sentido eivada de inconstitucionalidade. As leis aqui estudadas rechaçam por completo a garantia à não auto-incriminação, de modo que esvaziam o núcleo da mesma, o que não pode ser admitido em nenhuma atividade interpretativa levada a cabo em um Estado Democrático de Direito.

A lei 12.760/2012 que buscou um maior rigor, tal como está, na verdade continuou a deixar aquilo que visava combater acontecer, ou seja, a impunidade, já que em uma eventual recusa de submissão ao “bafômetro” o indivíduo está no exercício regular de seu direito. A obrigatoriedade em realizar o teste do “bafômetro” deve ser considerada inconstitucional, pela afronta a garantia do *nemo tenetur se detegere* e todos os demais princípios já aqui estudados. Mas aqui no caso dessa lei, o problema pode ser revertido em favor das garantias individuais, pois se procedermos a uma mudança de interpretação, outros meios de provas podem ser utilizados na detecção de embriaguez ao volante.

A lei 12.654/2012 também deve ser considerada inconstitucional já que viola várias garantias constitucionais. A primeira garantia violada que deve ser citado é a do *nemo tenetur se detegere* já que ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo. Ainda temos o princípio da presunção de inocência já que em uma das alterações a lei determina a extração de material genético daqueles que já foram condenados, gerando a ideia de que aquele que cometeu um crime anteriormente irá cometer novamente. Além disso o Brasil não conta com aparato suficiente para manter um banco genético deste porte, o que poderá desencadear em falhas na manipulação do exame de DNA.

Os postulados das leis 12.654/2012 e 12.760/2012 não devem subsistir em nosso ordenamento jurídico brasileiro por sua própria lógica estrutural, já que as normas relacionadas ao processo penal, e todas as outras, devem ser interpretadas à luz da Constituição Federal, pois é nela que encontramos o fundamento de existência e validade de todas as outras normas existentes em nosso ordenamento, como pregava Hans Kelsen.

Concluiu-se também que o conteúdo trazido por essas duas leis funcionam bem em outros países, uma vez que estes contam com políticas públicas e sociais melhores, mais eficazes e mais consolidadas que as do Estado Brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JUNIOR, A; COSTA JR, J.B. de O. **Lições de medicina legal**. 19 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1987.

ARGENTINA. **CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA**. Disponível em <:http://www.constitution.org/cons/argentin.htm:> acesso em 30 de abril de 2014.

BAPTISTA, Francisco Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar: 2001.

BRASIL. **Código Penal** (1940). Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade Mecum Saraiva. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 17ª ed., atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código de Processo Penal** (1941). Decreto-lei nº 3.931, de 11 de dezembro de 1941. Vade Mecum Saraiva. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 17ª ed., atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro**. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. . Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 17ª ed., atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Vade Mecum Saraiva. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 17ª ed., atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. CONTRAN - Conselho Nacional de Trânsito. **Resolução n. 432 de 23 de janeiro de 2013**. Disponível em

<[http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/\(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c\).pdf](http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c).pdf)>, acesso em 28 de abril de 2014.

BRASIL. Decreto n.º 592 de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_592_1992.htm>, acesso em 29 de abril de 2014.

BRASIL. Decreto n.º 678 de 1992. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>>, acesso em 29 de abril de 2014.

BRASIL. Decreto n. 4.388 de 2002. **Estatuto de Roma**. Disponível em: <http://www.dhnet.orh.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>>, acesso em 30 de abril de 2014.

BRASIL. **“Lei Seca”**. **Lei n.11.705, de 19 de junho de 2008**. Vade Mecum Saraiva. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 17ª ed., atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **“Nova Lei Seca”**. **Lei n. 12.760, de 20 de dezembro de 2012**. Vade Mecum Saraiva. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 17ª ed., atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 2040 QO/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA. Julgado em: 21/02/2002. Publicado no DJ em 27/06/2003. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 20 de maio de 2014.

CARRIO, Alejandro D. *Garantias constitucionales em el processo penal*. 3.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1997.

CHILE. **Ley num. 18.920. Ley de Transito**. Disponível em <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29708:>>, acesso em 24 de maio de 2014.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Processual Penal**: Coimbra: 1974.

FERNANDEZ, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião (coordenadores); MORAES, Maurício Zanoide. **Provas no processo penal – estudo comparado**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

FILHO, Ricardo Trad; RIBEIRO, Juliano Quelho Witzler . **Para advogados criação de banco de DNA de presos não ajuda na investigação criminal**. Disponível em <<http://www.midiamax.com.br/noticias/797302#.U4uE9vldWSo>> acesso em 25 de maio de 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia Midiática e os exageros da Nova Lei Seca**. Disponível em <http://www.nenoticias.com.br/75955_criminologia-midiatica-e-os-exageros-da-nova-lei-seca.html>, acesso em 25 de maio de 2014.

GANDRA, Thiago Grazziane. **Princípios básicos de proteção do acusado no processo penal**. Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 62, n° 199, p. 21-55, out./dez. 2011. Disponível em <http://www.tjmg.jus.br/data/files/18/B2/B9/75/8D9B8310D9451883180808FF/jurisp_199.pdf>, acesso em 20 de maio de 2014.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação - Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo**. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429>, acesso em 25 de junho de 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 27, 1999.

HERNÁNDEZ, Ángel Gil, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit. p. 37.
SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

ITÁLIA. "NUOVO CODICE DELLA STRADA" (decreto legislativo 30 aprile 1992 n. 285 e successive modificazioni). . Disponível em <: <http://www.aci.it/i-servizi/normative/codice-della-strada.html>:> acesso em 30 de abril de 2014.

LENNON, Maria Inés Horvitz; MASLE, Julian Lopez. **Derecho procesal penal chileno**. Santiago, Editorial Juridica De Chile, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

LOPES, Reinaldo José. **Única forma segura de driblar o bafômetro é não beber, alertam especialistas**. Disponível em <: <http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,MUL633563-5603,00-UNICA+FORMA+SEGURA+DE+DRIBLAR+BAFOMETRO+E+NAO+BEBER+ALERTA M+ESPECIALISTAS.html>>, acesso em 22 de maio de 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 4ª edição. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. 3 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MELO, Caleb. **O bafômetro na Lei Seca e o direito a não autoincriminação**. Disponível em <:http://www.gnmp.com.br/publicacao/178/o-bafometro-na-lei-seca-e-o-direito-a-nao-autoincriminacao:>, acesso em 28 de maio de 2014.

MELO, João Ozório de. **Coleta para exame de DNA de suspeitos é constitucional**. Disponível em <:http://www.conjur.com.br/2012-fev-25/corte-eua-autoriza-coleta-material-suspeitos-exame-dna:> Acesso em 25 de maio de 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **A identificação criminal/ Lei 12.654/2012**. Disponível em <:http://www.jurisprudenciaeconcursos.com.br/espaco/a-identificacao-criminal-lei-1265412:>, acesso em 30 de maio de 2014.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

REYES, Alfonso. **La antijuridicidade penal**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 1974.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. **Persecução Penal Democrática**. 6 ed. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHS, 2010.

RUIZ, Thiago. **Escorço sobre a colheita compulsória de DNA do acusado.** InBoletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 14-15, jan., 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 59-60 apud CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional. Teoria do estado e da constituição. Direito constitucional positivo.** 15. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Rodrigo Vaz. **Da utilização do exame de DNA no Direito Penal Brasileiro.**

Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8468>, acesso em 25 de maio de 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual.** – 9ª ed. rev. e atual. – Bahia: Editora JusPodivm, 2014.

TROIS NETO, Paulo Mario Canabarro. **Direito a não auto-incriminação e direito ao silêncio.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VAY, Giancarlo Silkunas. **A identificação criminal mediante coleta de material biológico que implique intervenção corporal.** Disponível em <<http://www.meuadvogado.com.br/entenda/a-identificacao-criminal-mediante-coleta-de-material-biologico-que-implique-intervencao-corporal.html>>, acesso em 25 de maio de 2014.

VEGAS TORRES, Jaime. **Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal.** Madrid, La Ley, 1993.