



UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Claudio Roberto Sejanos da Rocha

A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.654/2012

JUIZ DE FORA
2014

Claudio Roberto Sejanos da Rocha

A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N° 12.654/2012

Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia)
apresentado à Universidade Federal de Juiz De Fora,
como requisito para a conclusão do Curso de
Graduação em Direito, habilitação Bacharelado.

Orientador: Prof. Dr. Cristiano Álvares Valladares do
Lago

JUIZ DE FORA
2014
1º. Semestre

Claudio Roberto Sejanos da Rocha

A Inconstitucionalidade da Lei nº 12.654/2012

Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia)
apresentado à Universidade Federal de Juiz de Fora,
como requisito parcial para a conclusão do Curso de
Graduação em Direito - habilitação em
Bacharelado, realizado no 1º semestre de 2014.

Prof. Dr. Cristiano Álvares Valladares do Lago – UFJF
Orientador

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes – UFJF

Prof.^a Dr.^a Marcella Mascarenhas Nardelli – UFJF

Juiz de Fora, 15 de julho de 2014.

Dedicatória

Dedico este trabalho a minha esposa Monica e aos meus filhos Julia e Pedro, pessoas amadas, que por muitas vezes foram privadas de minha presença para que eu pudesse me dedicar ao curso.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha esposa Monica, e aos meus filhos, Julia e Pedro, por todo o apoio e compreensão empreendidos;

Aos amigos e colegas, pela prazerosa convivência acadêmica;

Por fim, ao meu orientador, deixo votos de admiração pelo exemplo de conhecimento, dedicação e caráter.

“É melhor lançar-se à luta em busca do triunfo, mesmo expondo-se ao insucesso, do que ficar na fila dos pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, por viverem nessa penumbra cinzenta de não conhecer vitória e nem derrota”

Franklin D. Roosevelt

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar a constitucionalidade da Lei nº 12.654/12, publicada em 29 de maio de 2012, que altera duas outras leis: a Lei nº 12.037/09, denominada Lei de Identificação Criminal, e a Lei nº 7.210/84, intitulada Lei de Execução Penal. A referida norma traz importantes alterações para o campo processual penal do direito brasileiro: em primeiro lugar, a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético como nova modalidade de identificação criminal, adicionado aos já tradicionais meios de identificação fotográfico e datiloscópico; e, em segundo lugar, a instituição de um banco de dados nacional de perfis genéticos, com técnicas modernas e avançadas já utilizadas por vários países do mundo. A origem da utilização da tecnologia remonta a países europeus, e busca fundamentos que tornam possível e adequada a inserção dessa previsão no ordenamento pátrio nas práticas já adotadas pelo FBI americano, e que ajudam a solucionar expressiva quantidade de crimes. A norma em foco ainda gera dúvidas quanto à sua constitucionalidade, sendo ela já muito discutida no meio jurídico, havendo argumentos fortes a embasar tanto a constitucionalidade quanto a inconstitucionalidade da Lei nº 12.654/12, os quais foram expostos e discutidos no trabalho. O estudo tem ainda por escopo abordar sinteticamente as possíveis consequências da autorização dada ao ordenamento nacional para realização da identificação genética com fins penais, principalmente, tendo por perspectiva, o princípio do *nemo tenetur se detegere*¹, bem como o direito à privacidade, intimidade, e outros direitos fundamentais.

Palavras-chave: **Banco de Dados de DNA de criminosos; Direitos Fundamentais; Provas; Processo Penal; Nemo tenetur se detegere.**

¹ Segundo consta em Queijo (p. 28): “[...] ninguém é obrigado a se descobrir.”

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	A LEI Nº 12.654/2012 E O PROCESSO LEGISLATIVO	12
3	O PRINCÍPIO DO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>: HISTÓRICO E SIGNIFICADO.....	16
3.1	<i>O PRIVILEGE DO NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL	18
3.2	<i>O PRIVILEGE DO NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> NO DIREITO INTERNACIONAL E A SUA INCLUSÃO AO DIREITO BRASILEIRO	20
4	APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES FAVORÁVEIS À LEI 12.654/2012	22
5	APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES CONTRÁRIAS À LEI nº 12.654/2012.....	27
6	OS PONTOS POLÊMICOS DA LEI Nº 12.654/2012 E DO DECRETO Nº 7.950/2013.....	31
6.1	Coleta de material biológico para a identificação do perfil genético: Art. 5º/parágrafo único da Lei no. 12.037 incluído pela Lei 12.654/2012	31
6.2	Exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados: Art. 7º- A	33
6.3	Extração compulsória de DNA do condenado - Art. 9º- A da LEP.....	34
6.4	Inexistência de Previsão Legal Quanto à Exclusão do Material Genético do Banco de Dados com Relação ao Apenado.....	35
7	CONCLUSÃO.....	37
	REFERÊNCIAS.....	40

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de final de curso tem como objetivo a análise, à luz de um enfoque constitucional, do princípio do *nemo tenetur se detegere* na identificação criminal no processo penal brasileiro, em especial diante das recentes alterações que entraram em vigor em 28 de novembro de 2012, na Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, que trata da criação de um banco de dados para o perfil genético.

A primeira parte do trabalho traz um panorama preliminar sobre a referida lei. A coleta de material biológico genético com o objetivo de identificação criminal, atualmente, é tema de grande polêmica no mundo jurídico brasileiro, e inaugura uma nova forma “camuflada” de investigação inicial, uma vez que autoriza a extração de material biológico à pretexto de identificação, quando na realidade já se estaria se pressupondo uma suspeita criminal, colocada sob a forma de identificação criminal, apresentando seus reflexos na Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), quando há obrigatoriedade da extração de material genético de condenados por crimes hediondos ou praticados dolosamente com violência de natureza grave contra pessoa.

A lei em comento consiste de um procedimento que atinge o investigado em inquérito policial diferentemente do apenado. No primeiro caso, a coleta servirá para a investigação de crime já ocorrido e, no segundo, à investigação de futuros crimes de autoria desconhecida, isto é, uma espécie de novo efeito da condenação penal. As amostras de DNA colhidas nas cenas dos crimes serão comparadas com as amostras dos condenados .

Por outro lado, a segunda parte do estudo analisa o princípio do *nemo tenetur se detegere*, que apresenta importante significado no processo penal, na medida em que garante ao acusado o direito de não produzir elementos incriminatórios contra si mesmo. Desse princípio se extrai o respeito à dignidade humana no interrogatório e a noção de que as provas de sua culpabilidade devem ser obtidas sem a sua colaboração, resultando na concepção de que o acusado não pode mais ser considerado objeto da prova na atual feição do processo penal.

O mencionado princípio consolidou-se como direito fundamental de primeira geração, vinculado ao Estado de Direito, estritamente relacionado com outros direitos igualmente consagrados: o direito à intimidade, à liberdade moral, à dignidade e à intangibilidade corporal.

A manifestação clássica do princípio *nemo tenetur se detegere* é o direito ao silêncio. No modelo inquisitório, o acusado era obrigado a confessar, e, sendo considerado objeto da prova, era permitida a utilização da tortura, para a revelação da verdade real. Logo, não havia

lugar para o direito ao silêncio. Por isso, este direito passou lugar somente no modelo acusatório.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* concretizou-se como um direito do cidadão diante do poder estatal, pois restringe a atividade de persecução penal do Estado na busca da verdade no processo e, acima de tudo, configura-se como uma medida de respeito à dignidade humana.

Atualmente, a garantia da não autoincriminação passou a ser aplicada às provas que dependem da cooperação do acusado, especialmente nos exames de sangue de DNA a serem armazenados em bancos de dados, e nos exames de alcoolemia, relacionados aos crimes de trânsito.

O estudo do tema, após a apresentação da terceira e quarta seções, que dizem respeito respectivamente às razões favoráveis e contrárias à Lei nº 12.645, apresenta duas tendências existentes no processo penal: em primeiro lugar, a escola que se inclina pela reopontencialização da persecução penal, com a diminuição dos direitos e garantias individuais. Nela, o direito ao silêncio sofre diversas restrições. A colaboração do acusado na produção das provas passa a ser exigida ou estimulada, e quando não ocorre é passível de punição ou multa; em segundo lugar, a escola garantística, que acolhe o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas várias repercussões, no interrogatório e nas provas que dependem da colaboração do acusado.

As modificações introduzidas pela nova lei, abordadas na quinta seção do presente trabalho, como o aumento do poder de investigação da polícia e a formalização do início da utilização de uma prova estritamente científica no processo penal brasileiro chamam muito a atenção, por sua necessidade de adequação aos princípios constitucionais e às normas internacionais de Direitos Humanos, a saber:

- i) A extração de material genético nos casos de necessidade para as investigações policiais (art. 5º, parágrafo único, Lei no.12.654/2012);
- ii) Os prazos para a exclusão dos perfis genéticos do banco de dados;
- iii) A compulsória extração de material genético de apenados por crimes hediondos ou praticados dolosamente com violência de natureza grave contra pessoa.

O questionamento principal que guiará a pesquisa se refere aos limites da intervenção corporal do Estado sobre o indivíduo, medida que tem por intuito prevenir/reprimir a prática de delitos. Após o tópico que expõe a posição que se pretende assumir em particular com essa análise acerca das intervenções corporais no processo penal brasileiro, apresentam-se as inovações trazidas pela Lei nº 12645/2012.

O presente trabalho foi dividido basicamente em cinco partes, de acordo com a metodologia científica adotada pelo autor Eduardo de Oliveira Leite.

A primeira parte faz uma exposição do objeto ou questão do tema, isto é, a Lei nº 12.654/2012 e o Processo Legislativo; a segunda apresenta o princípio do *nemo tenetur de detegere* subdividido quatro seções: histórico, como um direito fundamental, no direito internacional e a inclusão no direito brasileiro; a terceira traz uma apresentação das razões favoráveis à Lei 12.654/2012; a quarta parte mostra evidentemente as razões contrárias a lei supracitada; e, finalmente, a quinta parte discute os pontos polêmicos da Lei nº 12.654/2012 e do Decreto nº 7.950/2013, servindo como ponto de partida para a conclusão final.

2 A LEI Nº 12.654/2012 E O PROCESSO LEGISLATIVO

O texto da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, que alterou as Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, trouxe substanciais mudanças ao panorama da identificação criminal no Brasil, assim como introduziu aparato científico probante, conforme se pode perceber, travestido de forma de identificação de grande relevância e inquietude no processo penal brasileiro, quer seja, a prova genética obtida mediante a extração de DNA.

A mencionada Lei, em decorrência de ter entrado em vigor em 28 de novembro de 2012, e da sua recentíssima regulamentação pelo Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013, ainda não teve a oportunidade de apresentar seus efeitos práticos, causando, contudo, grande inquietude na doutrina, em decorrência de sua discutível constitucionalidade.

A Lei 12.654 tem como origem o PLS 93/2011, cujo autor é o Senador Ciro Nogueira, PP-PI. Em março de 2011, o parlamentar apresentou a seguinte justificção:

O presente projeto de lei vem para reforçar um processo já em andamento no Brasil. Nosso País deverá contar, em breve, e já tardiamente, com um banco de perfis de DNA nacional para auxiliar nas investigações de crimes praticados com violência. O sistema, denominado CODIS (*Combined DNA Index System*) é o mesmo usado pelo FBI, a polícia federal dos Estados Unidos, e por mais 30 países. O processo para a implantação do CODIS começou em 2004. O banco de evidências será abastecido pelas perícias oficiais dos Estados com dados retirados de vestígios genéticos deixados em situação de crime, como sangue, sêmen, unhas, fios de cabelo ou pele.

O CODIS prevê ainda um **banco de identificação genética de criminosos [grifo meu]**, que conteria o material de condenados. Todavia, a sua implantação depende de lei. É o que trata o presente projeto. De fato, uma coisa é o banco de dados operando apenas com vestígios; outra é poder contar também com o material genético de condenados, o que otimizaria em grande escala o trabalho investigativo.

A determinação de identidade genética pelo DNA constitui um dos produtos mais revolucionários da moderna genética molecular humana. Ela é hoje uma ferramenta indispensável para a investigação criminal.

Evidências biológicas (manchas de sangue, sêmen, cabelos etc.) são frequentemente

encontradas em cenas de crimes, principalmente aqueles cometidos com violência. O DNA pode ser extraído dessas evidências e estudado por técnicas moleculares no laboratório, permitindo a identificação do indivíduo de quem tais evidências se originaram. Obviamente que, o DNA não pode por si só provar a culpabilidade criminal de uma pessoa ou inocentá-la, mas pode estabelecer uma conexão irrefutável entre a pessoa e a cena do crime. Atualmente os resultados da determinação de identificação genética pelo DNA já são rotineiramente aceitos em processos judiciais em todo o mundo.

O DNA pode ser encontrado em todos os fluidos e tecidos biológicos humanos e permite construir um perfil genético individual. Além disso, características moldadas ao longo da história evolutiva dos seres vivos, adaptaram o DNA em uma molécula informacional com baixíssima reatividade química e grande resistência à degradação. Essa robustez da molécula faz com que o DNA seja ideal como fonte de identificação resistente à passagem do tempo e às agressões ambientais frequentemente encontradas em cenas de crimes.

A determinação de identidade genética pelo DNA pode ser usada para muitos fins hoje em dia: demonstrar a culpabilidade dos criminosos, exonerar os inocentes, identificar corpos e restos humanos em desastres aéreos e campos de batalha, determinar paternidade, elucidar trocas de bebês em berçários, e detectar substituições e erros de rotulação em laboratórios de patologia clínica.

Julga-se tratar de medida necessária e urgente, para a qual se solicita o apoio dos ilustres Pares. (NOGUEIRA, 2011).²

Pela leitura da justificção, percebe-se a ausência de qualquer preocupação com a compulsória intervenção corporal, dado o tempo de permanência no banco de dados, e, principalmente, com os direitos fundamentais da pessoa humana e com a constitucionalidade.

Na Comissão de Constituição e Justiça, na Casa Iniciadora, foi designado como relator o Senador Demóstenes Torres, à época DEM-GO, que asseverou o quanto segue, em 24.08.2011:

De acordo com III Congresso Brasileiro de Genética Forense, realizado entre 10 a 13 de maio deste ano em Porto Alegre - RS, o Brasil, nos últimos anos, num esforço dedicado a combater as nossas altas taxas de violência e de criminalidade, criou, com o uso da Genética Forense, uma rede organizada de laboratórios periciais criminais e vem implantando o Banco Nacional de Perfis Genéticos (em Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos e a implantação do CODIS no Brasil, de Aguiar, S. M. e outros).

Tendo em vista que a tecnologia de bancos de perfis genéticos, já se mostrou extremamente eficaz em vários países, notadamente nos EUA e Reino Unido, o seu impacto na promoção da justiça e combate à impunidade tem sido fator determinante para sua implantação no Brasil.

Os esforços visando o desenvolvimento da Genética Forense no cenário nacional resultaram, em 2009, na assinatura do Termo de Compromisso para utilização do software CODIS, programa de gerenciamento de perfis genéticos desenvolvido pelo FBI, como já foi salientado. Em 2010, foi feita a maior instalação do programa CODIS fora dos EUA, incluindo 15 laboratórios estaduais, um laboratório federal, incluindo os bancos nacionais, tanto do CODIS 5.7.4 (criminal), quanto do CODIS 6.1 (pessoas desaparecidas). Essa estrutura de laboratórios e bancos foi batizada como Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG).

Ainda, em conformidade com o recente Congresso, estudos recentes apontam o Brasil como o sexto país do mundo em taxa de homicídios (26,4 homicídios para cada 100.000 habitantes/ano), e destacam uma situação igualmente grave em relação aos

² Lei 12.654/2011. Extraído do site: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=87708&tp=1>>
Acesso em: 12 fev. 2014

crimes sexuais. As taxas de elucidação desses delitos são baixas, com menos de 10% dos homicidas apropriadamente identificados e condenados, devido à ausência de prova material. Tal fato tem causado comumente o arquivamento de vários inquéritos e denúncias.

A efetiva atuação da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos certamente diminuirá esses índices alarmantes de violência. Todavia, a legislação em vigor não obriga os condenados por crimes graves a fornecer amostras biológicas de referência. Entende-se, portanto, que a presente proposição ofertará mais eficiência ao banco de dados de identificação de perfil genético, ao permitir a coleta de DNA por procedimento não invasivo, não ofendendo, por conseguinte, os princípios de respeito à integridade física e à dignidade humana.

Cumprе ressaltar que o conceito de ‘crime praticado com violência contra a pessoa’ abrange a lesão corporal leve, parecendo exagerado submeter o agressor, nesse caso, à identificação genética. Por isso, propõe-se, a partir dessa abordagem, a alteração da redação do projeto para ‘crime praticado, *dolosamente*, com violência de natureza grave contra pessoa.

Haja vista que o PLS cuida de identificação genética de condenados, propõe-se, também, que a sua redação refira-se à "identificação do perfil genético", para guardar coerência com os termos constantes do sistema em implantação no Brasil. (TORRES, 2011).³

Ademais, devido à afinidade temática, entende-se que tal forma de identificação deva constar da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) e não de lei autônoma. O fato de ser um procedimento não invasivo não quer dizer que não afete a dignidade humana, pois há em questão a vontade ou voluntariedade, além do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Outra observação que deve ser feita é quanto ao fato de que não houve dentro do Legislativo um grande debate sobre o tema enfrentando as suas consequências para os direitos humanos. O relator poderia ter requisitado informações adicionais, designado perito ou comissão de peritos para que emitissem parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Além disso, instituiu a nova lei inédito efeito da condenação penal, alterando a Lei de Execução Penal, nos casos de crimes praticados 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: a compulsoriedade de extração de material biológico para formação de banco de dados genético, ou como nas palavras do Senador Ciro Nogueira: “banco de identificação genética de criminosos”.

Nas palavras de Taysa Schiocchet, observa-se o fascínio do homem moderno pela tecnologia e a sua crescente submissão a ela, ou seja, os avanços da ciência no campo da genética alcançaram a perícia forense nacional:

[...] a ciência moderna acaba por projetar um universo em que a dominação da naturezas e encontra umbilicalmente ligada à submissão da pessoa humana a valores

³ Retirado do Site: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/95075.pdf>> Acesso em: 13 de fev. 2014

e critérios, os quais se encontram estabelecidos no próprio paradigma científico dominante. Em outras palavras, a natureza (e inclusive a natureza humana), compreendida e dominada pela ciência, mantém e melhora a vida dos indivíduos, mas, ao mesmo tempo, submete-os a uma intensa dominação. (SCHIOCCHET, 2012, p. 18).

Prossegue a autora revelando a diversidade de temas envolvidos com a genética e a implantação de bancos de dados dessa natureza, bem como a complexidade de sua inserção na ordem jurídica nacional:

As implicações relacionadas às tecnologias genéticas são de diversas naturezas (social, econômica, científica, sanitária, ética e jurídica), incluindo temas como privacidade, confidencialidade, proteção das identidades, garantia de não-discriminação, pesquisa e avanço da ciência, livre circulação de bens, coleta e armazenamento de material genético, acesso e uso de informação genética, credibilidade e licitude da informação coletada e analisada, salvaguarda da cadeia de custódia, biobancos, universalidade de acesso a tais tecnologias etc. Diante disso, atualmente diversos países, e mesmo a sociedade internacional através de seus órgãos representativos, mobilizam-se no sentido de avaliar o impacto das aplicações desse novo conhecimento tecnológico para então regulamentá-las. (SCHIOCCHET, 2012, p. 20).

Jacques e Minervino descrevem uma distinção importante entre DNA e perfil genético que causa grandes controvérsias:

[...] é preciso que fique clara a distinção entre o DNA (uma molécula que contém muitas informações) e o perfil genético (uma pequena informação extraída do DNA). O DNA como um todo pode, realmente, revelar muitas informações sensíveis, como a propensão a doenças, entre outras. O perfil genético, entretanto, é incapaz de revelar qualquer característica física ou de saúde. A única aplicação do perfil genético é a individualização. Infelizmente, devido ao parco entendimento público sobre a ciência e a tecnologia envolvidos nesta questão, muitas pessoas são levadas a acreditar que o perfil genético tem muito mais informações do que ele realmente tem. (JACQUES e MINERVINO, 2008, p. 19).

Em síntese, podemos concluir que no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo não houve uma completa discussão sobre os reflexos da Lei nº 12.645/2012 na ordem jurídica brasileira, ou seja, o Executivo preocupou-se com a “importação” do modelo e o Legislativo não promoveu um debate eficaz e democrático com a sociedade.

3 O PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*: HISTÓRICO E SIGNIFICADO

O desenvolvimento histórico do princípio do *nemo tenetur se detegere* não teve lugar durante as fases históricas da Antiguidade, Civilizações Clássicas e Idade Média nas quais era permitida a tortura do acusado como um instrumento para se obter a confissão que era a prova máxima, bem como o interrogatório que era considerado um meio de prova, e o acusado não tinha o direito de permanecer em silêncio.

Na Idade Moderna e na Idade Contemporânea e principalmente no período do Iluminismo que o princípio iniciou o seu processo de concretização:

Os iluministas combateram o emprego da tortura e o juramento imposto ao acusado, observando que qualquer declaração autoincriminativa era antinatural. Além disso, consideravam imoral os meios utilizados para fazer com que ele falasse, ou seja, confessasse, auto incriminando-se. Beccaria, na clássica obra *Dos delitos e Das Penas*, salientava, com propriedade, que há contradição entre a lei e os sentimentos naturais no juramento de dizer a verdade imposto ao acusado. Conforme o referido autor, é impossível que o homem pudesse jurar, contribuindo para a sua própria destruição. Em acréscimo, o autor opõe-se, com veemência, ao emprego da tortura, afirmando que é monstruoso exigir que alguém seja acusador de si mesmo, procurando fazer nascer a verdade pelos tormentos, como se esta residisse nos músculos do infeliz. (QUEIJO, 2012, p.32)

O desenvolvimento histórico do princípio *nemo tenetur se detegere* foi mais importante no direito anglo-americano. O princípio *nemo tenetur se detegere* é expresso, no direito anglo-americano pelo *privilege against self-incrimination*. Mas, o *privilege against self-incrimination* não coincide com o princípio que o teria originado, o *nemo tenetur prodere se ipsum*. De acordo com Helmholtz (1997, p.107):

[...] *privilege against self-incrimination* é menos amplo do que a máxima *nemo tenetur prodere se ipsum*”. Isto porque o primeiro somente impede que se venha a compelir alguém a ser testemunha contra si mesmo no processo criminal, enquanto o princípio retromencionado poderia ser invocado mesmo quando não houvesse risco de punição no âmbito penal, mas mero risco de responsabilidade civil ou de ofensa à reputação. (HELMHOLTZ, 1997, p.107).

Na Inglaterra havia as cortes eclesiásticas e as cortes do *comon law*. Nas cortes eclesiásticas identificam-se as origens do *nemo tenetur prodere se ipsum* no *ius commune*, no final da Idade Média e na Renascença.

Portanto, a máxima que vedava a autoincriminação era reconhecida. A ideia é de que homens e mulheres não poderiam ser compelidos a tornar-se fonte de informação em sua própria persecução. Entretanto, o *nemo tenetur se detegere* somente tinha aplicação quando a prática do crime era desconhecida. Se o crime cometido fosse de conhecimento público, não

vigorava o princípio. Pretendia-se, com isso, evitar que os juízes pudessem investigar abstratamente a vida das pessoas. Embora o princípio canônico *nemo tenetur prodere se ipsum* fosse reconhecido no *ius commune*, seu emprego era limitado, sujeito a muitas exceções.

Nas cortes de *common law* Helmholz (1997), aponta as origens do “*privilege against self-incrimination*”, no final do século XVIII, como resultado do trabalho dos defensores. O referido autor afirma que o “*privilege against self incrimination*” é criação dos advogados de defesa.

Durante o século XVI, há de se ressaltar que o direito fundamental dos acusados não era de silenciar, mas de ter a oportunidade de falar no processo criminal. Até o final do século XVIII, para a maioria dos acusados, defender-se significava responder, pessoalmente, a todos os termos da acusação. Enquanto essa exigência se manteve, não houve lugar para o *privilege against self-incrimination*.

Segundo Maria Elizabeth Queijo:

No final do século XVIII e início do XIX, o processo criminal passou por transformações significativas, não somente com a admissão da constituição de advogado, mas também com a adoção do standard da dúvida razoável da prova (insuficiência probatória), da presunção de inocência e o desenvolvimento das regras de exclusão de provas. Todos esses aspectos contribuíram para que o acusado pudesse silenciar, mas foi decisiva a adoção da defesa técnica, que se processou, sobretudo, a partir de 1730, desentrelaçando as funções defensiva e testemunhal, antes centradas no acusado. (QUEIJO, 2012, p. 42).

Em contrapartida, nos Estados Unidos, de acordo com a referida autora, o “*privilege against self-incrimination*” se desenvolveu mais rapidamente, tornando-se direito constitucional nos anos 1770, enquanto na Inglaterra somente se desenvolveu no século XVIII, com a intervenção da defesa técnica.

No século XVII, assim como na Inglaterra, predominou nas colônias norte-americanas o processo criminal denominado *accused speaks*, no qual não havia lugar para o *privilege against self-incrimination*. A ênfase era dada à vedação à tortura no interrogatório do acusado. Verifica-se, dessa forma, que o *nemo tenetur prodere se ipsum* tinha função no combate ao uso de coação física, especialmente na prática judicial. Não existia propriamente a noção de que o acusado deveria gozar do direito à não auto incriminação por meio de uma garantia.

James Madison, no Congresso Americano de junho de 1789, apresentou proposta de um artigo contendo uma série de garantias sobre o julgamento pelo júri, e de um artigo mais genérico, referente ao processo judicial, mas não limitado ao júri, que acabou sendo adotado

sem modificações, e que previa expressamente o direito de não ser compelido a testemunhar contra si mesmo.

No século XIX, na Inglaterra, a partir de 1836, o acusado passou a ter direito a constituir advogado, que poderia, inclusive, dirigir-se ao júri. E, finalmente, o Criminal Evidence Act de 1898 previu que "a person (charged with an offence) shall not be called as a witness in pursuance of this Act except upon his own application". (CRIMINAL EVIDENCE ACT, 1898).

Conforme salienta Helmholtz (1997), o efetivo direito ao silêncio dos acusados, em julgamentos criminais, é o coração do moderno *privilege against self-incrimination*, e seu desenvolvimento data de 1840.

No século XX, nos Estados Unidos, a Suprema Corte Americana delineou, por diversos julgados, sendo o mais conhecido deles *Miranda v. Arizona*, o sentido do *privilege against self-incrimination*, materializado na V Emenda Constitucional: "No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself". (V EMENDA CONSTITUCIONAL AMERICANA).

Naturalmente, o significado atribuído à garantia, expresso em vários julgados da Suprema Corte Americana, continua sofrendo alterações ao longo do tempo.

3.1 O *PRIVILEGIE DO NEMO TENETUR SE DETEGERE* COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados, de modo especial nas Constituições dos Estados. Com esse pensamento, Canotilho (1999, p.369) ensina que, segundo sua origem e significado, os direitos humanos são "direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos", enquanto os direitos fundamentais são "os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente". Por outro lado, a expressão "liberdades públicas" alude aos chamados direitos humanos de primeira geração, positivados, que são oponíveis ao Estado.

De acordo com Paulo Gustavo Gonet Branco o desenvolvimento histórico é fundamental para a concretização de um direito fundamental:

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica. (MENDES, COELHO e BRANCO, 1999, p. 265/266).

Há várias concepções filosóficas justificadoras dos direitos fundamentais conforme o pensamento de Jorge Miranda:

Assim, para os jusnaturalistas, os direitos do homem são imperativos do direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado. Já para os positivistas, os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela. Para os idealistas, os direitos humanos são ideias, princípios abstratos que a realidade vai acolhendo ao longo do tempo, ao passo que, para os realistas, seriam o resultado direto de lutas sociais e políticas. (MIRANDA, 1993, p. 40).

O jusnaturalismo defende a existência de um ordenamento universal chamado direito natural, anterior ao direito positivo. Resumidamente, caracteriza-se o jusnaturalismo pelo entendimento de que a origem dos direitos fundamentais não é o direito positivo, mas uma ordem jurídica superior, que é o direito natural; o direito natural é expressão da natureza humana comum e universal, isto é, os direitos humanos existem independentemente de reconhecimento pelo direito positivo. Nessa ótica, os direitos fundamentais não são criação dos legisladores, mas de uma ordem universal.

Neste trabalho foi adotado o entendimento, partilhado por Maria Elizabeth Queijo:

[...] filiado à concepção jusnaturalista, de que a expressão "direitos humanos" refere-se aos direitos do homem, que existem independentemente de reconhecimento nos ordenamentos jurídicos. Por seu turno, os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados, institucionalizados, reconhecendo-se a importância da positivação para a proteção dessa categoria de direitos. E as liberdades públicas são os direitos individuais positivados, oponíveis ao Estado, correspondentes aos direitos fundamentais de primeira geração. Diante de tais definições, pode-se afirmar que os direitos fundamentais destinam-se, essencialmente, ao resguardo da dignidade humana, que se projeta em tutela com relação ao Estado e aos próprios semelhantes. (QUEIJO, 2012, p. 74).

O *privilege do nemo tenetur se detegere* deve ser tratado como um direito fundamental do cidadão, do indiciado, do acusado ou da testemunha. O direito à não autoincriminação garante uma esfera de liberdade ao indivíduo contra o Estado, e não deve ser resumido simplesmente ao direito de permanecer em silêncio.

Na visão da autora retromencionada:

[...] o princípio 'nemo tenetur se detegere', como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações. (QUEIJO, 2012, p. 77).

Em relação às três gerações de direitos fundamentais o direito de não produzir prova contra si mesmo situa-se dentro do rol dos direitos de primeira geração. Tal posicionamento coaduna-se perfeitamente com a concepção de Paulo Gustavo Gonet Branco:

Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens,

ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de culto, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de culto e de reunião. (MENDES, COELHO e BRANCO, 1999, p. 267).

Além disso, o princípio tem características próprias dos direitos fundamentais, descritas na obra do autor supracitado, tais como: universalidade, integralidade, historicidade, inalienabilidade, indisponibilidade, vinculação dos poderes públicos e aplicabilidade imediata, e constitucionalidade.

Em algumas situações, é possível cogitar de restrição de direitos fundamentais, tendo em vista acharem-se os seus titulares numa posição singular diante dos Poderes Públicos. Por isso, o grande contraponto do princípio da não autoincriminação é a persecução penal.

Como direito fundamental, as restrições à sua incidência de caráter excepcional, poderão ser reguladas exclusivamente por lei, respeitado seu conteúdo. E deverão atender ao princípio da proporcionalidade para que sejam observadas a adequação, a necessidade e a razoabilidade da medida adotada para cada caso concreto.

3.2 O *PRIVILEGE DO NEMO TENETUR SE DETEGERE* NO DIREITO INTERNACIONAL E A SUA INCLUSÃO AO DIREITO BRASILEIRO

O direito à não autoincriminação e o direito ao silêncio estão presentes em legislações internacionais de proteção aos direitos do homem, de forma escrita ou implicitamente, e foram recepcionados pela maioria das legislações constitucionais e infraconstitucionais dos Estados Democráticos de Direito.

Internacionalmente, o princípio do *nemo tenetur se detegere* está previsto em dois diplomas. O primeiro é o a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22/11/1969 (também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica), foi ratificada pelo Brasil em 25/09/1992 e promulgada através do Decreto nº678, de 06/11/1992. No art. 8º, § 2o, g, toda pessoa resguarda-se ao "direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada".

O segundo é o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que foi adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução nº 2200-A (XXI), de 16 de Dezembro de 1966. Entrou em vigor em 23 de Março de 1976 (art. 49º) e também se referiu expressamente ao princípio em análise, determinando que toda pessoa acusada de um crime tem direito a "não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada" (art. 14, n. 3, g).

O Brasil ratificou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, apenas no ano de 1992, pelos Decretos n. 592, de 6 de julho, e n. 678, de 6 de novembro, ambos daquele ano.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos que foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, embora aborde a presunção de inocência (Art. XI) e a vedação da utilização da tortura (Art. V) não mencionou expressamente o princípio *nemo tenetur se detegere*:

Modernamente, o princípio *nemo tenetur se detegere* assumiu caráter garantístico no processo penal, resguardando a liberdade moral do acusado para decidir, conscientemente, se coopera ou não com os órgãos de investigação e com a autoridade judiciária. Entretanto, como adiante será exposto, registra-se forte tendência nos ordenamentos a mitigar as garantias advindas do referido princípio, dando-se prevalência ao interesse do Estado e da sociedade na persecução penal.” (QUEIJO, 2012, p. 50)

No âmbito do direito interno não há a previsão expressa do princípio da não autoincriminação, porém segundo as palavras de Guilherme de Souza Nucci:

Trata-se de decorrência natural da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e ampla defesa (art. 5º, LV) com o direito humano fundamental que permite ao réu manter-se calado (art. 5º, LXIII). Se o indivíduo é inocente, até que seja provada sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo. (NUCCI, 2008, p. 66).

Portanto, há dois momentos distintos. Em primeiro lugar, antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 e pela interpretação do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, o princípio *nemo tenetur se detegere* foi incorporado ao rol dos direitos fundamentais por se achar disciplinado nos aludidos diplomas internacionais de direitos humanos, com *status*, portanto, de norma constitucional. Em segundo lugar, após a Emenda Constitucional n. 45/2004, e pelo novo § 3º do art. 5º da CF, que sedimentou tal interpretação. Dessa forma, o princípio *nemo tenetur se detegere* é norma constitucional, material e formalmente.

4 APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES FAVORÁVEIS À LEI 12.654/2012

Até agora, realizou-se uma abordagem sobre o desenvolvimento da Lei 12.654/2012 na ótica do legislativo, em contrapartida, descreveu-se brevemente o histórico e o enquadramento do princípio do *nemo tenetur se detegere* como um direito fundamental, e sua ratificação ou interpretação extensiva dentro do direito processual penal brasileiro.

A primeira observação que se deve fazer situa-se sobre o fascínio que as modernas tecnologias exercem sobre o homem atual, e, aparentemente, o argumento científico reserva-se de um caráter absoluto e incontestável dentro da sociedade.

O principal questionamento doutrinário nacional em relação a Lei nº 12.654/2012 resume-se principalmente quando ocorrer a coleta de material genético contra a vontade do cidadão, isto é, as provas invasivas que dependem da colaboração do acusado. Segue abaixo o posicionamento bastante delimitador do tema, por Maria Elizabeth Queijo :

No que diz respeito às provas que dispensam a cooperação do investigado, parece não existir maiores controvérsias sobre a ausência de violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, uma vez que não se exige dele uma atuação contra si mesmo, podendo ser objeto de prova os vestígios deixados na cena do crime ou colhidos em outros locais. Por outro lado, maior atenção parece merecer a colheita de provas que dependam da sua cooperação, uma vez que, em tese, ele poderia se recusar a tanto por não ter o dever de produzir prova contra si mesmo, especialmente, no que diz respeito à coleta de material biológico, nas hipóteses em que impliquem intervenção corporal. (QUEIJO, 2003, P. 244/261).

Em relação à doutrina, consoante com o pensamento minoritário, Eugênio Pacelli Oliveira aduz que:

Nos Estados Unidos e em praticamente toda a Europa são permitidas determinadas ingerências corporais, variando apenas a necessidade de previsão legal e/ou de ordem de autoridade judiciária. Na Alemanha, o art. 81 do StPO autoriza expressamente a extração de sangue para teste de alcoolemia, dispensando ordem judicial, e exigindo a presença de um médico. Na Espanha, o Tribunal Constitucional permite também determinadas intervenções corporais, como anota Ruiz, em coletânea de jurisprudência daquela corte, cuidando de fazer a necessária distinção entre a prova pericial-técnica da prova obtida pelo depoimento, de modo a apontar a possibilidade e se submeter a intervenção corporal ao contraditório, e, assim, ao controle judicial. (OLIVEIRA, 2004, p. 216).

O mesmo autor tem uma visão crítica e restritiva em relação ao princípio da não autoincriminação:

[...] com o objetivo – único – de oferecer informações sobre o *nemo tenetur se detegere*: nenhum texto de tratado internacional abriga as pretensões de extensão da não autoincriminação para além de suas forças, isto é, como o direito (esse sim!) de não depor contra si e nem se declarar culpado e como garantia individual de proteção contra intervenções corporais ilegítimas. Nos EUA, na Alemanha, na Espanha, na Itália, na Inglaterra, na França, em Portugal etc. etc., colhem-se impressões datiloscópicas, material para exame de DNA, fotografias (frente e verso), desde que autorizado na forma constitucional (em geral, pelo Judiciário). (OLIVEIRA, 2004).

Segundo Haddad (2005, p. 314), há a possibilidade de extração de amostra biológica para fins de identificação genética, "posto que seja uma novidade em relação ao tipo de prova que se disponibilizará, não representa nenhuma inovação acerca das restrições a bens jurídicos que já suporta o acusado. "

O autor justifica a sua posição exemplificando:

A lei processual penal e a própria Constituição preveem, em determinados casos, e preenchidos requisitos específicos, que o acusado poderá, por exemplo: a) ser privado de sua liberdade no curso do processo; b) ser conduzido coercitivamente para audiências; c) ter seu sigilo telefônico e bancário quebrados; d) sujeitar-se, independentemente de concordância, ao reconhecimento pela vítima; e) ser condenado a pena restritiva de liberdade, após o devido processo penal; e f) em determinados Estados, o extermínio da vida. (HADDAD, 2005, p. 299).

Quanto à legislação internacional, apresenta-se um breve resumo extraído da obra da ilustre autora Maria Elizabeth Queijo (2012) sobre o princípio do *nemo tenetur se detegere* aplicado às provas que dependem da cooperação do acusado para a sua produção:

FRANÇA	"[...] não se alude ao <i>nemo tenetur se detegere</i> com relação às provas que dependem da colaboração do acusado para sua produção. Em matéria de trânsito, a recusa em colaborar configura prática de delito."
ALEMANHA	"[...] não se consideram as provas que dependem da colaboração do acusado, em geral, ofensivas ao <i>nemo tenetur se detegere</i> , nem a outros direitos fundamentais, como a intimidação, a dignidade e a liberdade. "No direito alemão, a lei autoriza a execução coercitiva de coleta de sangue do acusado."
ESPANHA	"[...] não se consideram as provas que dependem da colaboração do acusado, em geral, ofensivas ao <i>nemo tenetur se detegere</i> , nem a outros direitos fundamentais, como a intimidação, a dignidade e a liberdade." "[...] o Tribunal Constitucional tem admitido a execução coercitiva de provas, inclusive as que implicam intervenção corporal no acusado, determinada por decisão judicial, amparada em lei, observado o princípio da proporcionalidade." "Na disciplina relativa aos delitos praticados no trânsito, a recusa em submeter-se às provas para verificação de embriaguez configura crime de desobediência grave."
ITÁLIA	"No direito italiano, não se admite a execução coercitiva de coleta de sangue por falta de norma que regulamente referida modalidade de restrição à liberdade pessoal." "Nos delitos de trânsito, a recusa em submeter-se aos exames para verificação de taxa de álcool ou de entorpecentes não implica execução coercitiva, mas aplicação de sanção (prisão ou multa)."
ARGENTINA	"[...] em que pese o acolhimento expresso do <i>nemo tenetur se detegere</i> no art. 18 da Constituição e do entendimento de que não se pode violar a intimidade do acusado na produção das provas, tem-se admitido a extração de sangue contra a vontade do acusado."
PORTUGAL	"[...] o acusado não pode recusar-se a se submeter às perícias, podendo ser compelido a tanto por decisão judicial. Também não se admite recusa em relação ao reconhecimento."

REINO UNIDO	“[...] distinguem-se as provas invasivas e as não invasivas. Somente as últimas podem ser realizadas sem o consentimento do acusado. As invasivas realizam-se apenas com o consentimento deste. Entretanto, da recusa podem ser extraídas inferências de culpabilidade contra o acusado.”
EUA	“[...] a regra no direito norte-americano, é que <i>privilege against self-incrimination</i> não se estende a provas que não envolvam compulsão de ordem testemunhal. Desse modo, exames de sangue, reconhecimentos, fornecimento de material grafotécnico estão fora da esfera de proteção do <i>privilege</i> , porque são práticas ‘não comunicativas’”.

Fonte: Queijo (2012, p.315/353).

Em relação à jurisprudência do STF, há um julgado em contrariedade à tese majoritária, cujo caso de repercussão internacional foi o da atriz mexicana que afirmou ter sido estuprada durante a prisão, na sede da Polícia Federal, todavia, se recusava a entregar a placenta para o exame de DNA. Assim está fundamentado o julgado:

O Tribunal, por maioria, conheceu como reclamação o pedido formulado contra a decisão do juízo federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que autorizara a coleta da placenta de extraditanda grávida, após o parto, para a realização de exame de DNA, com a finalidade de instruir inquérito policial instaurado para a investigação dos fatos correlacionados com a origem da gravidez da mesma, que teve início quando a extraditanda já se encontrava recolhida à carceragem da Polícia Federal, em que estariam envolvidos servidores responsáveis por sua custódia. Considerou-se que, estando a extraditanda em hospital público sob a autorização do STF, e havendo a mesma manifestado-se expressamente contra a coleta de qualquer material recolhido de seu parto, vinculando-se a fatos constantes dos autos da Exatidão (queixa da extraditanda de que teria sofrido "gravidez não consentida" e "estupro carcerário"), a autorização só poderia ser dada pelo próprio STF. Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Celso de Mello e Marco Aurélio, que não conheciam do pedido como reclamação por entenderem não caracterizada, na espécie, a usurpação da competência do STF, uma vez que o fato de a extraditanda estar presa à disposição do STF não impede o curso paralelo de outros procedimentos penais no Brasil. RCL 2.040-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 21.2.2002. (RCL-2040) [...] No mérito, o Tribunal julgou procedente a reclamação e, avocando a apreciação da matéria de fundo, deferiu a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada da extraditanda, cabendo ao juízo federal da 10ª Vara do Distrito Federal adotar as providências necessárias para tanto. Fazendo a ponderação dos valores constitucionais contrapostos, quais sejam, o direito à intimidade e à vida privada da extraditanda, e o direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal como instituição - atingidos pela declaração de a extraditanda haver sido vítima de estupro carcerário, divulgada pelos meios de comunicação -, o Tribunal afirmou a prevalência do esclarecimento da verdade quanto à participação dos policiais federais na alegada violência sexual, levando em conta, ainda, que o exame de DNA acontecerá sem invasão da integridade física da extraditanda ou de seu filho. Vencido nesse ponto o Min. Marco Aurélio, que indeferia a realização do exame de DNA. O Tribunal, no entanto, indeferiu o acesso ao prontuário médico da extraditanda porquanto, com o deferimento da realização do Exame de DNA, restou sem justificativa tal pretensão. RCL 2.040-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 21.2.2002. (RCL-2040) (STF, 2012).⁴

⁴ Julgado extraído do sitio do STF: < <http://www.stf.jus.br/informativo/direitos-fundamentais>>. Acessado em: 6 jun. de 2012.

Em relação à finalidade da informação genética que é o seu principal aspecto, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, em seu artigo 5º. (UNESCO, 2003)⁵ limita ao uso de tais dados unicamente nos seguintes casos:

- a) para o diagnóstico e os cuidados de saúde;
- b) para a investigação médica e científica;
- c) **para os procedimentos civis (investigação de paternidade) e penais (vinculados à medicina legal, investigação policial) [grifo do autor];**
- d) quaisquer outras finalidades compatíveis com a referida Declaração.

Daí aduz-se o principal argumento a favor da nova lei aqui no Brasil, ou seja, o combate à criminalidade. Em outras palavras:

É bastante provável que os métodos investigativos proporcionados pelo uso dos perfis genéticos diminuam a impunidade em relação aos autores de determinados delitos penais, contribuindo com uma tutela judicial mais efetiva. No entanto, é necessário saber com maior precisão, com base, por exemplo, em pesquisas realizadas nos países onde os bancos já foram implantados, para então ter algum parâmetro de comparação (relativo), acerca da eventual diminuição da quantidade de crimes cometidos para, então, poder ser possível falar em combate à criminalidade. (SCHIOCCHET, 2012. p.40).

Outro argumento levantado por Claudia Fonseca em favor da Lei 12.654/12 é a possibilidade, no Brasil, da chamada revisão criminal:

[...] a importância das ‘mediações’ jurídicas – examinando os efeitos potencialmente positivos da tecnologia de DNA para reverter a condenação de pessoas inocentes. Cita-se nos jornais com bastante insistência cada novo sucesso da organização norte-americana “Projeto Inocência”, cujo objetivo é comprovar, com a ajuda do DNA, a inocência de pessoas já condenadas pelos tribunais e servindo longas sentenças no sistema prisional. A ideia é reanalisar a evidência da cena de crime para ver se o perfil de DNA do malfeitor corresponde ou não ao da pessoa condenada pelo crime. Foi justamente por desconfiar da mediação do sistema rotineiro de justiça, que uma dupla de advogados norte-americanos criou o “Projeto Inocência” em 1992. Hoje, longe de ficarem satisfeitos com a libertação de quase 300 pessoas encarceradas apesar de sua inocência (incluindo pelo menos 17 que estavam aguardando uma injeção letal no corredor da morte), esses ativistas dos direitos humanos parecem ainda mais inquietos. Dizem que vimos até agora apenas “o topo do iceberg” de um sistema em que há milhares de pessoas inocentes nas cadeias – pessoas condenadas injustamente por causa de defensores incompetentes, investigações policiais parciais, confissões falsas, testemunhas compradas e a compreensão limitada do júri quanto à relevância de análises laboratoriais de sangue e cabelo. (FONSECA, 2013, p. 13.).

A mesma autora alerta que a simples criação de um BANCO DE PERFIS GENÉTICOS não é suficiente para que a lei traga mudanças significativas e benéficas para a justiça no Brasil:

⁵ Extraído do site: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112porb.pdf>> Acesso em: 14 fev. 2014

Finalmente, deveríamos observar que esforços tais como esse do ‘Projeto Inocência’ não têm qualquer relação direta com o banco de dados de perfis genéticos. Têm a ver com a comparação dos vestígios do crime com um ‘suspeito’ específico (neste caso, já preso e condenado). Em outras palavras, no Brasil, podíamos ter esses “projetos” há muito tempo...e, por algum motivo, isso não ocorreu. Deduzimos, portanto, que o uso ‘positivo’ de DNA para inocentar pessoas injustamente condenadas não ocorre sem que haja investimentos políticos e financeiros neste tipo de projeto. Por outro lado (e o que preocupa observadores críticos), o banco de dados parece causar certos efeitos que não foram conscientemente projetados, a saber, a criação de novos tipos de ser humano. (FONSECA, 2013, p. 14-15).

Mais um argumento plausível, levantado pelo criminalista Mauro Otávio Nacif, é no sentido de que:

[...] a identificação da pessoa faz parte da segurança pública. Há uma confusão entre o interesse particular com o interesse público. É um direito do Estado a identificação da pessoa. [...]. O banco de dados se insere na mesma esfera da impressão digital e interessa não só ao culpado, mas também ao inocente. (NACIF apud SCRIBONI, 2012, p.1)

Em resumo, destacou-se nesse tópico o posicionamento de autores que defendem na doutrina nacional as intervenções corporais invasivas e que dependem da colaboração do acusado; bem como realizou-se um breve apanhado de como o assunto é tratado no direito internacional. Desse forma, pode-se concluir preliminarmente, que a doutrina nacional a favor é minoritária, mas a legislação processual penal internacional é majoritariamente a favor das intervenções corporais invasivas.

5 APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES CONTRÁRIAS À LEI Nº 12.654/2012

A doutrina brasileira majoritária é a favor do princípio do *nemo tenetur se detegere* e, portanto, contraria as intervenções corporais invasivas sem consentimento do indiciado ou réu.

De acordo com doutrinador Aury Lopes Jr.:

O processo penal do inimigo segue a mesma fórmula do simbolismo cada vez maior, acrescentando-se boas doses de utilitarismo, aceleração antiguarantista, eficientismo (que não se confunde com eficácia), agravado pela perigosa mania dos tribunais de flexibilizar as formas processuais através da relativização das nulidades (e conseqüente enfraquecimento das garantias do devido processo). (LOPES JR., 2008, p. 497).

L. G. Grandinetti aduz que:

[...] parte não destacada do corpo humano (cabelo, por exemplo) para exame de DNA não podem, no estágio atual da doutrina e jurisprudência brasileiras, ser impostas a ninguém, pois viola o princípio que veda a autoincriminação, previsto no artigo 8, n.2, letra g, da Convenção Americana de Direitos Humanos.” (CARVALHO, 2009, p. 67).

Aury Lopes Jr., por fim, sempre preciso, pontua que:

[...] através do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o sujeito passivo não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa. Não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita, etc.) etc. Por elementar, sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízo ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência. (LOPES JR., 2008, p. 588)

Sobre a matéria, Marcelo Schirmer Albuquerque é enfático:

[...] o *nemo tenetur se detegere* é claramente limitado por suas finalidades, quais sejam, a de desestimular as práticas inquisitoriais que visam à obtenção forçada da confissão, proteger os direitos fundamentais que compõem o núcleo estrutural da dignidade da pessoa humana, especialmente o instinto de autopreservação, assegurar a liberdade de consciência e de autodeterminação, inclusive estimulando o sujeito passivo a participar do processo, fortalecendo o princípio da ampla defesa. (ALBUQUERQUE, 2008, p.93)

A esse respeito, leciona Antonio Magalhães Gomes Filho:

[...] o que se deve contestar em relação a essas intervenções é a violação do direito à não autoincriminação e à liberdade pessoal, pois 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 da inocência, não se pode constranger o acusado ao fornecimento dessas provas, nem de sua negativa inferir a veracidade dos fatos. (GOMES FILHO, 1997, p.119).

Maria Elizabeth Queijo alerta sobre os grandes interesses em conflito:

Se, de um lado do 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 se justifica em prol da busca da verdade, que é perseguida a qualquer preço. Esta é a fórmula adotada, via de regra, nos Estados autoritários. No outro extremo, havendo prevalência absoluta do interesse individual, a persecução penal estaria fadada ao fracasso. Não se admitiria, nesta ótica, nenhuma limitação aos direitos fundamentais, inclusive ao *Nemo Tenetur se Detegere*. (QUEIJO, 2012, p. 286-287).

Eugênio Pacelli Oliveira em seu site, assim discorre sobre o tema:

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. (OLIVEIRA, 2012).⁶

Quanto à jurisprudência do STF, Vay e Rocha e Silva sintetizam nas palavras abaixo:

[...] a distinção entre texto normativo e norma jurídica é posta em evidência pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando da análise do conteúdo do referido princípio, para a qual a vedação à autoincriminação não se restringe ao direito de ‘permanecer calado’. Já se decidiu no STF que o princípio do *nemo tenetur se detegere* abrange: a impossibilidade de ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos próprio punho, para os exames periciais (HC 77.135); a possibilidade de faltar com a verdade quanto à identidade do réu (HC 75.257); a não obrigatoriedade em participar da reconstituição do fato (HC 69.026); a não obrigatoriedade em fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar a prova pericial (HC 83.096); a não obrigatoriedade de submissão a exame de dosagem etílica (HC 3.916). (VAY E ROCHA, E SILVA, 2012, p. 13).

No mesmo pensamento, a doutrina de Alexis Couto de Brito e Humberto Fabretti (2012, p. 192.) relembram que o princípio do *nemo tenetur se detegere*, em verdade, provém de expressão latina maior: "*nemo tenetur prodere e ipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam*", máxima que abrange não só o direito ao silêncio, mas o de não ser obrigado

⁶OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. A identificação criminal/ Lei 12.654/12. <http://www.jurisprudenciaconcursos.com.br/espaco/a-identificacao-criminal-lei-1265412>. Acesso em 02 fev. 2013.

a produzir provas contra si mesmo ou praticar atos lesivos à sua defesa ou, ainda, a autoincriminar-se.”

Também não se pode esquecer que essa obrigatoriedade de fornecimento de material genético há muito tempo foi objeto de debates na esfera cível, tendo o STF assim decidido o caso emblemático:

Investigação de Paternidade – Exame de DNA – Condução do réu ‘debaixo de vara’. Discrepa a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – Preservação da dignidade humana, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – ‘Provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame do DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (HC 71.373/RS).⁷

Portanto, se na esfera cível não é possível obrigar o suposto pai a fornecer material genético para realização de exame de DNA para fins de comprovação da paternidade, por desrespeitar os direitos fundamentais do cidadão, muito menos tal obrigatoriedade pode ser exigida no âmbito criminal, tendo em vista as considerações acima expendidas, principalmente por violar o princípio-fundamento da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Traz-se entendimento do egrégio STJ, corroborando o entendimento acima esposado:

PROCESSUAL PENAL. PROVAS. AVERIGUAÇÃO DO ÍNDICE DE ALCOOLEMIA EM CONDUTORES DE VEÍCULOS. VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO PENAL. EXAME PERICIAL. PROVA QUE SÓ PODE SER REALIZADA POR MEIOS TÉCNICOS ADEQUADOS. DECRETO REGULAMENTADOR QUE PREVÊ EXPRESSAMENTE A METODOLOGIA DE APURAÇÃO DO ÍNDICE DE CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.[grifo do STJ].

1. O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*). Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal.

2. Em nome de adequar-se a lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando-o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei.

[...]

9. Recurso Especial a que se nega provimento. (STJ - REsp 1111566/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Rel. p/ Acórdão Ministro ADILSON

⁷Extraído de: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066>> Acesso em: 2 fev.2013.

VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2012, DJe 04/09/2012. (STJ, 2009).⁸

Em síntese, descreveu-se o posicionamento da doutrina nacional, majoritariamente a favor do princípio do *nemo tenetur se detegere* e, portanto, contrária à extração de material genético sem o consentimento do acusado para fins da persecução penal. Apesar do STF e STJ ainda não terem oficialmente decidido nenhum caso concreto em relação à nova Lei nº 12.654/2012 é possível deduzir que também os dois tribunais defendem o *privilegio* da não autoincriminação.

⁸ Extraído de: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900250862>>. Acesso em: 4 mar. 2013

6 OS PONTOS POLÊMICOS DA LEI Nº 12.654/2012 E DO DECRETO Nº 7.950/2013

O texto da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, que alterou as Leis de nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, e de no. 7.210, de 11 de julho de 1984, em decorrência de sua entrada em vigor em 28 de novembro de 2012, e regulamentação pelo Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013, ainda não teve a oportunidade de apresentar seus efeitos práticos, causando, contudo, grande inquietude na doutrina, em decorrência de sua discutível constitucionalidade.

Ela trouxe significativas transformações e mudanças ao campo da identificação criminal no Brasil, assim como introduziu um novo aparato científico de prova, camuflado na forma de identificação, isto é, a prova genética obtida mediante a extração de DNA de grande significado a pretexto de identificação individual, o que gerou grande turbulência no processo penal brasileiro.

A complexidade do tema encontra-se resumida nas palavras de Wehrs e Nicolitt:

A suposta compulsoriedade da extração de DNA, apresentada pela lei em algumas hipóteses, vem causando preocupação na doutrina, em especial diante do posicionamento dos Tribunais Superiores, com relação a intervenções corporais por parte do Estado no particular, a produção de provas invasivas e ao princípio do *nemo tenetur se detegere* [...].(WEHRS E NICOLITT, 2013, p. 135)

Em linhas gerais, a valoração da prova científica como prova absoluta para o processo penal confunde-se com a identificação criminal proposta pela Lei 12.654/2012, ao prevê-lo como método de identificação humana, como medida de imprescindibilidade para a investigação policial.

Por último, instituiu a lei, inédito efeito da condenação penal, alterando a Lei de Execução Penal, nos casos de crimes praticados, 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: a compulsoriedade de extração de material biológico para formação de banco de dados genético.

A seguir apresentam-se os pontos mais discutidos doutrinariamente em relação a Lei nº 12.654/2012.

6.1 COLETA DE MATERIAL BIOLÓGICO PARA A IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO: ART. 5º/ PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI NO. 12.037 INCLUIDO PELA LEI NO. 12.654/2012

Uma das principais alterações introduzidas pelo novo diploma foi a inclusão, como processo de identificação a ser realizado pela autoridade policial, da coleta de material biológico

para a obtenção de perfil genético. A norma prevê que tal coleta poderá ocorrer nos casos previstos no inciso IV do art. 3º da Lei nº 12.037/2009:

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. (LEI, 12.037, 2009).

Vale ressaltar a posição garantística de Aury Lopes Jr. sobre o assunto:

Não se pode tolerar uma banalização da intervenção corporal, eis que representa uma grave violação da privacidade, integridade física e dignidade da pessoa humana, além de ferir de morte o direito de silêncio negativo (direito de não produzir prova contra si mesmo). Sequer define a lei em que tipos de crimes isso seria possível (situação diversa daquela disciplinada para o apenado, em que há um rol de crimes). Destarte, basta uma boa retórica policial e uma dose de decisionismo judicial para que os abusos ocorram. (LOPES JR., 2012, p. 5-6).

No mesmo sentido, Whers e Nicolitt (2013, p.236):

Considerando a redação genérica, herdada da Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, é plausível concluir-se que a possibilidade de identificação criminal está diretamente ligada à capacidade de retórica da autoridade policial presidente da investigação, no que tange ao convencimento da autoridade judiciária acerca da essencialidade da identificação para o inquérito policial.

Como se vê, em primeiro lugar, a identificação por extração do DNA deve ocorrer somente no caso de impossibilidade de fazê-lo pelo método papiloscópico, ou seja, quando houver a impossibilidade de identificar a pessoa indiciada. Em segundo lugar, entende-se que a autoridade policial não está autorizada a requerer a extração de material biológico, caso conheça a identidade do suspeito para fins de comparação de seu DNA com vestígios deixados na cena do crime.

Os autores Mahmoud e Moura (2012, p. 346) analisando criticamente a mencionada lei enfatizam o avanço da identificação, que era externa, passando para uma invasão interna do corpo:

A intervenção corporal, aqui, não se mostra tão distinta do que já se apura na atualidade, quando se está diante da hipótese daquele que não se encontra civilmente identificado, ou, mesmo, naquelas em que a própria lei autoriza a colheita de digitais do portador do documento. Note-se que a lei emprega o termo sujeitar. Assim, as pessoas que se enquadrem nas hipóteses de cabimento da identificação criminal, podem ser forçadas a tanto. A novidade diz com a natureza da invasão. Antes, colhia-se tão somente aspecto externo de seu corpo, as digitais e/ou fotografias. Agora, vai-se além, alcançando-se o âmago do ser. Como a própria lei já antevê, tem-se um mergulho, profundo, na individualidade do investigado. (MAHMOUD E MOURA, 2012, p. 346).

Ainda há duas vantagens da papiloscopia em relação ao exame de DNA conforme argumenta Novaes (2012, p. 895): “[...] em 2004, quando com a papiloscopia o custo médio era de centavos, com o exame de DNA gastava-se R\$ 320,00 (trezentos e vinte reais), sendo que no primeiro o tempo de pesquisa laboratorial era de minutos ou poucas horas, enquanto, no segundo, de dois a sete dias.”

Em síntese, pode-se chegar a duas conclusões : i) o suspeito/ indiciado não é obrigado a fornecer material genético para a sua identificação como no caso do condenado; e ii) caso ocorra o fornecimento voluntário por parte do sujeito, tal material deverá ser utilizado somente para a identificação, e não como material de prova que venha a ser comparado com outros vestígios encontrados na cena do crime, o que seria uma flagrante violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.

6.2 EXCLUSÃO DOS PERFIS GENÉTICOS DOS BANCOS DE DADOS: ART. 7º- A

O art. 7º- A da Lei nº 12.654/2012, determina que a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados deverá ser realizada após o período de tempo equivalente ao prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito investigado:

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.

O Decreto nº 7.950, de 2 de março de 2013, o qual regulamentou a criação de Banco Nacional de Perfis Genéticos, previu a possibilidade de exclusão dos perfis genéticos antes do prazo prescricional do delito em decisão judicial:

Art. 7º O perfil genético do identificado criminalmente será excluído do banco de dados no término do prazo estabelecido em lei para prescrição do delito, ou em data anterior definida em decisão judicial.

Concordamos com os dois artigos, na verdade eles se complementam como nos casos citados abaixo por Wehrs e Nicolitt:

Contudo, no caso de haver sido o indiciado excluído da denúncia pelo representante do Ministério Público, no caso de haver o inquérito sido arquivado por autoridade judiciária competente, ou, ainda, no caso de haver absolvição do identificado, não há que se falar em manutenção dos perfis genéticos colhidos, ainda que o prazo prescricional do delito investigado não tenha expirado. (WEHRS E NICOLITT, 2013, p.144).

6.3 EXTRAÇÃO COMPULSÓRIA DE DNA DO CONDENADO: ART. 9º- A DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL (LEP)

Outra inovação, das mais polêmicas, introduzida pela Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, foi a obrigatoriedade de extração de material biológico para criação de banco de dados genético de condenados por crimes hediondos, ou por crime doloso praticado com violência de natureza grave contra a pessoa, alterando a Lei de Execução Penal:

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

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

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético. (LEP, 1984).

Muito importante é a observação feita por Wehrs e Nicolitt com a qual se compartilha:

Inicialmente, deve-se questionar acerca da natureza da extração de material biológico do apenado. Seria espécie de efeito da condenação de natureza secundária, como os previstos nos arts. 91 e 92 do Código Penal? Entendendo-se desta forma, não se pode perder de vista que a compulsoriedade da coleta de material biológico corresponde à obrigação de submissão a uma intervenção corporal, podendo ser considerada como pena corporal há muito abolida do direito penal brasileiro. Se a pena principal não pode ser corporal, muito menos poderão ser físicos seus efeitos secundários, acessórios? (WEHRS e NICOLITT, 2013, p.146-147).

No presente artigo, em relação ao condenado com sentença transitada em julgado, a extração é compulsória, ao contrário do Art. 3º, inciso IV, que prevê, no caso do suspeito/indiciado, que a extração só ocorrerá mediante autorização judicial.

Quanto ao *nemo tenetur se detegere*, a aplicação do princípio já não mais pode ocorrer porque, na maioria das ocasiões, ocorreu a condenação por sentença irrecorrível. Todavia, havendo ação penal ou investigação policial contra o condenado por outro crime em que a extração de seu DNA poderá representar a produção de prova contrária à sua defesa pelo segundo delito, é de se constatar perfeitamente aplicável o *nemo tenetur se detegere*, mesmo de forma indireta.

A intenção da criação de banco de dados, nesse caso, é a elaboração de um registro de pessoas perigosas com o objetivo de investigar futuros crimes que possam por elas ser praticados. Portanto, trata-se de outro ponto da lei que merece a nossa atenção e reflexão, e que foi precisamente abordado por Aury Lopes Jr.: (2012, p. 5/6):

O material genético irá para o banco de dados visando ser usado como prova em relação a fatos futuros, sendo a intervenção corporal obrigatória e não exigindo autorização judicial para obtenção (apenas para o posterior acesso ao banco de dados). A única restrição legal diz respeito à natureza do crime objeto da condenação. Optou o legislador por (re)estigmatizar os crimes hediondos e o chamado agora 'crime doloso cometido com violência de natureza grave contra pessoa' (lesões graves, lesões gravíssimas ou morte da vítima). Uma vez colhido o material genético e incorporado ao banco de dados, poderá ser acessado pela autoridade policial, estadual ou federal, mediante prévia autorização judicial. (LOPES JR., 2012, p. 5/6).

Em síntese, do ponto de vista desse estudo, em particular, conclui-se que a violação de direitos fundamentais do cidadão é ainda pior, uma vez que o interesse do Estado em coletar a amostra genética é motivada pela possibilidade de prática de crimes no futuro, por parte de egressos do sistema carcerário. Dessa forma, é a verdadeira assunção de incompetência do Estado no papel de ente ressocializador.

6.4 INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA EXCLUSÃO DO MATERIAL GENÉTICO DO APENADO DO BANCO DE DADOS

A Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, previu a exclusão dos perfis genéticos do banco de dados depois de expirado o prazo equivalente ao da prescrição do delito investigado, nos casos de identificação criminal dos indiciados. Porém, calou-se o legislador quanto à possibilidade de exclusão dos mencionados perfis nos casos de extração de perfil genético dos condenados, alteração feita à Lei de Execução Penal.

Parece, como já foi descrito, há um total descrédito ao efeito ressocializador da pena, ou seja, o Estado assume definitivamente a sua inoperância na reabilitação dos presos. Além disso, surge um novo problema, a Carta Magna brasileira proíbe as penas de caráter perpétuo em sistema penal do país:

A modificação da Lei de Execução Penal assenta-se num ideal político-criminal de direito penal máximo, que não pode ser chancelado pela ordem constitucional vigente, notabilizada pelo princípio da humanidade da pena, que, aliás, não se coaduna com penas de caráter perpétuo (e, defende-se, seus efeitos, como o ora em comento), na linha do art. 5º XLVII, b, da CF. [...] Trata-se de providência maculada, pela pecha da perpetuidade, como deflui do novel art. 9º-A da Lei de Execução Penal, tendente à elucidação de eventuais futuros delitos, na contramão do princípio do fato. (MAHMOUD E MOURA, 2012, p.236).

Da mesma forma, Diogo Machado de Carvalho condena o Art. 9º-A:

Desse modo, origina-se uma 'intervenção corporal obrigatória' aos condenados por delitos graves e hediondos que tem por objetivo precípua o fornecimento de um perfil genético a alimentar a base do banco de dados. Porém, destinada especificamente ao porvir, a violação coercitiva corporal aparece despida de uma concreta finalidade processual probatória (diz respeito apenas a uma situação futura, incerta e hipotética),

não guardando um juízo de proporcionalidade exigido para amparar a obrigatoriedade da tamanha intromissão. (CARVALHO, 2013, p. 14/15).

Prossegue o mesmo autor em sua conclusão sobre a perpetuidade:

[...] a (inválida) Lei nº 12.654/2012 revive aquela lógica previdente ficcional, porquanto o indivíduo é, via intervenção corporal, compelido a produzir prova (contra si mesmo) para um futuro delito que sequer aconteceu! Uma vez identificado (geneticamente) e atado às amarras do sistema, não há como o condenado se desvencilhar de sua imanente periculosidade – sobretudo quando inexistente previsão legal de prazo para a retirada de seu perfil do banco de dados. Um *Minority Report* à brasileira que, por óbvio, faria Galton regozijar de alegria. (CARVALHO, 2013, p. 14-15).

Aury Lopes Junior, usando a analogia chega a uma solução para a solução do problema na qual nos filiamos:

Diversa é a situação do apenado submetido à extração compulsória de material genético, onde se busca a constituição do banco de dados para o futuro, de forma aberta e indeterminada [...] a lei não prevê por quanto tempo esses dados ficarão disponíveis neste caso, mas pensamos ser sustentável a aplicação, por analogia, do instituto da 'reabilitação' (art. 93 e ss. do CP), permitindo-se a retirada dos registros após decorridos dois anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar a sua execução. (LOPES JR., 2012, p. 5-6).

Há uma segunda hipótese para a solução do impasse, apontada por Vinicius Gomes de Vasconcellos, e adotada pelo direito espanhol, porém, considera-se que esta não é a melhor solução, porque é menos benéfica para o condenado:

[...] a exclusão a partir do momento do cancelamento dos antecedentes criminais em relação ao delito punido. No cenário brasileiro, tal hipótese poderia se encaixar no transcorrer dos cinco anos para o fim da caracterização de reincidência, conforme o artigo 64, inciso I, do Código Penal. (VASCONCELLOS, 2013, p. 21/22).

Em *S. e Marper v. Reino Unido*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu que o armazenamento dos perfis genéticos por tempo indeterminado – sobretudo naqueles casos em que não houve condenação – configura uma medida desproporcional e atentatória contra a esfera privada do indivíduo (Art. 8º DA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM, 1950).

No Brasil, é absolutamente inconstitucional admitir-se a manutenção perpétua de banco de dados genético com relação a condenados pelos crimes previstos no Art. 9º-A da Lei de Execução Penal, ainda que não haja previsão legal de sua exclusão, seja por violação ao dispositivo constitucional de vedação às penas de caráter perpétuo, seja por violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e das garantias fundamentais à intimidade e à privacidade.

7 CONCLUSÃO

Do estudo desenvolvido sobre o princípio *nemo tenetur se detegere* condensam-se as conclusões abaixo:

O princípio *nemo tenetur se detegere* concretizou-se no período do Iluminismo, ligado primeiramente ao interrogatório do acusado. No modelo inquisitório, não havia lugar para a observação desse princípio, a regra era que acusado deveria cooperar na persecução penal. No modelo acusatório, houve a adoção do princípio em foco, no qual já não se considera o acusado, objeto da prova. Mesmo assim o reconhecimento do princípio enfrentou resistências. O direito de ser representado por um advogado para a defesa técnica foi crucial para que o *nemo tenetur se detegere* fosse reconhecido num primeiro momento do interrogatório, pois o silêncio no interrogatório era uma postura praticamente suicida. Isto porque, se o acusado não falasse em sua defesa, ninguém podia fazê-lo.

O princípio vem sendo reconhecido em legislações internacionais de direitos humanos, e tem o objetivo de proteger o indivíduo contra excessos e abusos cometidos pelo Estado, na persecução penal. Modernamente, o princípio assumiu caráter garantístico no processo penal, de duas formas: em primeiro lugar, defendendo a liberdade moral do acusado em cooperar ou não com a polícia ou com a autoridade judiciária; e, em segundo lugar, resguardando o indivíduo contra violências, a fim de compeli-lo a cooperar na investigação e apuração de delitos.

Embora o princípio do *nemo tenetur se detegere* tenha assumido um caráter de direito fundamental, e tenha o reconhecimento em diplomas internacionais de direitos humanos, atualmente observa-se forte tendência nos ordenamentos a diminuir as garantias oriundas do referido princípio, especialmente em razão do aumento crescente da criminalidade, dando-se prevalência ao interesse do Estado e da sociedade na persecução penal, tanto no âmbito do interrogatório quanto nas provas que dependem da colaboração do acusado para sua produção. Há um estado de tensão permanente entre o interesse na apuração dos delitos e o respeito aos direitos fundamentais do acusado, entre eles o do *nemo tenetur se detegere*, que exige uma solução justa. Os dois interesses são públicos: o primeiro, voltado à persecução penal, e o segundo, ligado à construção de um processo penal ético.

O *nemo tenetur se detegere* foi reconhecido, expressamente, no direito brasileiro, com a incorporação ao direito interno do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Por força de tal incorporação, em consonância com o disposto no Art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, como direito fundamental, o *nemo tenetur se detegere* possui hierarquia constitucional, portanto, não poderá ser suprimido nem

mesmo por emenda constitucional. Tal entendimento foi sedimentado pelo art. 5º, § 3º, do texto constitucional, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Expressamente também foi previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, o direito ao silêncio, uma das faces do *nemo tenetur se detegere*.

O princípio em foco pode ser extraído também das garantias do devido processo legal e da ampla defesa, mais especificamente uma vertente da autodefesa, bem como do princípio da presunção de inocência, acolhidos no texto constitucional, em seu art. 5º, LIV, LV e LVII, respectivamente. Dada a vinculação do *nemo tenetur se detegere* à preservação da dignidade humana, que é um dos postulados norteadores do Estado Brasileiro, como Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição Federal), seria possível extrair seu reconhecimento no Direito Nacional, mesmo que não fosse expressamente previsto, como direito fundamental decorrente do regime e dos princípios adotados na Constituição.

Não poderá ser inviabilizada a persecução penal, pelo reconhecimento de direitos fundamentais ilimitados, mas não será admissível também que sejam eles, inclusive o *nemo tenetur se detegere*, aniquilados, para dar lugar ao direito ilimitado à prova e à busca da verdade a qualquer custo, com a colaboração inarredável do acusado. Como direito fundamental, eventuais restrições à sua incidência, que têm caráter excepcional, deverão ser reguladas exclusivamente por lei, respeitado o seu conteúdo. E deverão atender ao princípio da proporcionalidade.

As duas principais decorrências do princípio do *nemo tenetur se detegere* quanto às provas que dependem da cooperação do acusado para sua produção são a inexistência do dever de colaboração do acusado, e a impossibilidade de se extraírem consequências da recusa do mesmo em submeter-se à determinada prova, isto é, tal recusa não pode ser interpretada como indício de culpabilidade, e não pode ser configurada como nenhum delito, inclusive o de desobediência, o que ocorre em algumas legislações internacionais.

Em consonância com o posicionamento sustentado, a Lei nº 12.654/2012, que traz em seu corpo restrições ao *nemo tenetur se detegere* possibilitando, na prática, a produção de provas mediante intervenção corporal invasiva, deveria obedecer certas condições para a sua execução: a primeira, o consentimento do acusado com prévio controle jurisdicional; a segunda, a prévia advertência do acusado pela autoridade estatal com relação ao *nemo tenetur se detegere*; a terceira, o procedimento de coleta do material biológico deverá ser realizado por médico ou pessoas especializadas para resguardar a saúde e a integridade física do acusado; a quarta, somente ser realizado quando houver elementos suficientes para o indiciamento, respeitando o princípio da proporcionalidade.

Caso haja a violação do princípio *nemo tenetur se detegere*, nas provas que dependem da cooperação do acusado para sua produção, defende-se, a partir dessa análise, a ilicitude da prova colhida, bem como de suas derivadas, e somente a admissibilidade da prova ilícita *pro reo*, por aplicação do princípio da proporcionalidade, permitindo-se, conseqüentemente, sua permanência nos autos e valoração.

Finalizando-se, a solução para a preservação do princípio do *nemo tenetur se detegere* no processo penal é a sua compatibilização com o interesse público na elucidação dos crimes. Considera-se com plena consciência que a garantia de não produzir elementos incriminatórios contra si mesmo não é um direito absoluto que inviabilizaria a persecução penal, a segurança pública e a paz social, mas em contrapartida, não se admitem restrições de tal monta ao princípio, que possam eliminá-lo de forma absoluta, ou violar a sua essência, que é o respeito à dignidade humana no processo penal. Por isso, defendemos a inconstitucionalidade da Lei nº 12.654 de 2012 na forma em que ela se encontra por atacar o princípio do *nemo tenetur se detegere* em seu núcleo essencial como foi exposto ao longo do presente trabalho.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.93.
- BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo *et al.* **Processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 192.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1999, p.369. Ob. Cit. (CARVALHO: 2009; 67).
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. **Aplicação da Pena e Garantismo**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CARVALHO, Diogo Machado de. (2013, janeiro). A Intervenção da Lei nº 12.654/2012: do “relato da minoria” à alegria de Galton. **Boletim Informativo IBRASPP** - Ano 03, nº 04 - ISSN 2237-2520 - 2013/01. p. 14/15.
- FONSECA, Claudia. Mediações, tipos e figurações: reflexões em torno do uso da tecnologia DNA para identificação criminal. **Anuário Antropológico** [Online], I, 2013 . Disponível em: URL:< <http://aa.revues.org/363>>. Acesso em: 20 nov. 2013
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.119.
- HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. Campinas: Bookseller, 2005.
- HELMHOLZ, R. H. *et al.* **The privilege against self-incrimination: its origins and development**. Chicago: Universidade de Chicago, 1997.)
- JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos. **Revista Perícia Federal**, Brasília, Junho de 2007-agosto de 2008, ano IX, nº 26, p. 17-20. Disponível em: <<http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistas/downloads/26.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2013
- LEITE, E. O. **Monografia Jurídica**. 5. Ed. revista, atualizada e ampliada. 5. ed. São Paulo: 2009. v. 01. 452 p.
- LOPES Jr., Aury. Lei 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)? In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 236, p. 5-6, jul. 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, Coimbra: Coimbra Ed., 1993, t. 4, p. 40.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p.216.

_____. **A identificação genética/Lei 12.654**. 2012. Disponível em:
<<http://eugeniopacelli.com.br/quartas/a-identificacao-geneticalei-12-654-06-06-2012/>>
Acesso em: 18 set. 2012.

_____. **A Identificação Criminal/Lei12.654/12**.
<<http://www.jurisprudenciaconcursos.com.br/espaco/a-identificacao-criminal-lei-1265412>> Acesso em: 02 fev. 2013.

Mahmoud, Mohamad Ale Hasan; Moura, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 20, n. 98, set./out., 2012. p. 356).

_____. A Lei 12.654/2012 e os Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 20, n. 98, set./out., 2012. p. 346).

NOGUEIRA, Ciro. **Lei 12.654/2011**.

<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=87708&tp=1>> Acesso em: 12 de fev. 2014.

NOVAES, Luiz Carlos G. A identificação humana por DNA. RBCCRIM 51/237 - 2004. Doutrinas essenciais de processo penal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012. v. 111. p. 895.)

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 4^a. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Breves Notas Sobre a Não Autoincriminação. **Boletim IBCCRIM**, Ano 18, nº 222, maio 2011.

_____. **A Identificação Criminal/Lei12.654/12**.
<<http://www.jurisprudenciaconcursos.com.br/espaco/a-identificacao-criminal-lei-1265412>>. Acesso em: 02 fev. 2013

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 244-261.

_____. **O direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio Nemo Tenetur se Detegere e suas decorrências no processo penal**. Editora Saraiva, 2012, 2^a edição, p. 286-287.

SCHIOCCHET, Taysa *et al.* Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. **Série Pensando o Direito**, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. 92 p. ISSN 2175-5760.

SCRIBONI, Marília. **À espera de sanção. Constitucionalidade de banco de DNA gera discussão.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-06/criminalistas-divergem-constitucionalidadebanco-dna>>. Acesso em: 04 set. 2012.

TORRES, Demóstenes. <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/95075.pdf>>

Acesso em: 13 de fev. 2014

WEHRS, Carlos Ribeiro; NICOLITT, André Luiz. **Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal:** Lei n. 12.654/2012. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. v. 1. 173 p.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. DNA e Processo Penal: até quando se legitima o controle punitivo através da conservação de dados genéticos? **Boletim Informativo IBRASPP** - Ano 03, nº 04 - ISSN 2237-2520 - 2013/01. p. 21/22.

VAY, Giancarlo Silkunas; ROCHA E SILVA, Pedro José. A identificação criminal mediante coleta de material biológico que implique intervenção corporal e o nemo tenetur se detegere. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 20, nº 239, p. 13, out. 2012.