

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Meiri Morello

FORMA DE INVESTIGAÇÃO E DIREITO DE NÃO PRODUZIR
PROVA CONTRA SI COM BASE NA LEI nº 12.654/12

Lagoa Vermelha
2014

Meiri Morello

FORMA DE INVESTIGAÇÃO E DIREITO DE NÃO PRODUZIR
PROVA CONTRA SI COM BASE NA LEI nº 12.654/12

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação da Professora Mestre Gabriela Werner Oliveira.

Lagoa Vermelha
2014

Meiri Morello

FORMA DE INVESTIGAÇÃO E DIREITO DE NÃO PRODUZIR
PROVA CONTRA SI COM BASE NA LEI nº 12.654/12

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação da Professora Mestre Gabriela Werner Oliveira.

Aprovado em 17 de novembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA:

Prof^a. Me. Gabriela Werner Oliveira

Prof^a. Linara Silva

Prof. Marlot Caruccio

Lagoa Vermelha
2014

Para minha mãe Ivanilde e meu pai Loreni, pelo carinho, cuidado e dedicação, sendo meu alicerce durante essa caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, por ter me dado saúde e força para superar todos os obstáculos no decorrer desses cinco anos.

Aos meus pais que compartilharam do meu ideal, me incentivando a prosseguir na jornada, mostrando que o nosso caminho deve ser seguido sem medo, quaisquer que fossem os obstáculos.

A minha orientadora Professora Gabriela Werner, que sempre foi presente. Obrigado pelo suporte durante a realização deste estudo, pelo auxílio e incentivo.

A todos os que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada!

“Não confunda derrotas com fracasso nem vitórias com sucesso. Na vida de um campeão sempre haverá algumas derrotas, assim como na vida de um perdedor sempre haverá vitórias. A diferença é que, enquanto os campeões crescem nas derrotas, os perdedores se acomodam nas vitórias”.

Roberto Shinyashiki

RESUMO

Este estudo teve como foco a análise da Lei nº 16.654/12 que veio alterar a Lei nº 12.037/09, denominada Lei de Identificação Criminal e a Lei nº 7.210/84, intitulada Lei de Execução Penal. A identificação criminal a partir da utilização de bancos de dados de perfis genéticos tem se tornado comum em todo o mundo. No entanto, as discussões a partir da realidade brasileira estão relacionadas, especialmente, ao caráter compulsório da coleta de material genético. Nesse sentido, o objetivo do estudo foi verificar a constitucionalidade da coleta obrigatória no sistema penal brasileiro conforme Lei nº 12.654/12 a partir do direito de não produzir provas contra si mesmo. Mesmo sendo recente, a referida norma tem suscitado dúvidas e posicionamentos diversos em virtude das disposições do texto e forma de manutenção do banco de perfis genéticos. Assim, buscou-se compreender o funcionamento do banco de dados de DNA e os principais pressupostos da identificação criminal com base nos pressupostos do novo instrumento legal. Ademais, apresentou-se uma análise de sua efetividade e eficácia a partir dos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana e da não produção de provas contra si. Com base na avaliação dos posicionamentos contrários e favoráveis, foi possível destacar os principais contrapontos da Lei, sendo que se pôde concluir que sua efetividade afronta aos princípios constitucionais, podendo prejudicar o curso do processo penal e negligenciar garantias fundamentais dos indivíduos.

Palavras-chave: Banco de Perfil Genético. Princípio da não autoincriminação. Lei nº 12.654/12.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CF - Constituição Federal

CTB - Código de Trânsito Brasileiro

DNA - Ácido Desoxirribonucleico

EUA - Estados Unidos da América

LEP - Lei de Execuções Penais

MG - Minas Gerais

PCR - *Polimerase Chain Reaction* (Reação em cadeia da polimerase)

RNA - Ácido Ribonucleico

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STRs - *Short Tandem Repeats* (Repetições curtas enfileiradas)

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DO BANCO DE DADOS PARA ARMAZENAMENTO GENÉTICO	11
1.1 Funcionamento do banco de dados de perfis genéticos.....	11
1.2 Utilização do banco de dados genético para o indiciamento do acusado	18
1.3 Forma de investigação com a obrigatoriedade da coleta de material	22
2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO RÉU NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	26
2.1 Enfoque geral sobre os princípios constitucionais	26
2.2 Princípios de proteção do acusado no processo penal.....	30
2.3 O princípio da não obrigatoriedade de não produzir provas contra si mesmo	37
3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO BANCO DE DADOS PARA O ARMAZENAMENTO GENÉTICO E O DIREITO DA NÃO PRODUÇÃO DE PROVAS CONTRA SI.....	41
3.1 Posições favoráveis acerca da constitucionalidade da Lei 12.654/2012	41
3.2 Entendimentos contrários sobre a constitucionalidade da Lei 12.654/2012	45
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

Tendo em vista a Lei nº 12.654/12, que prevê a criação de banco de dados de perfis genéticos com o material coletado dos investigados e condenados, criou-se a polêmica de que tal instrumento ao mesmo tempo que permite a identificação criminal mediante a coleta de material biológico, vem contra o direito da não produção de provas contra si mesmo.

O fato de não haver uma decisão uniforme referente à constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Lei nº 12.654/12 desperta interesse em analisar de forma mais aprofundada este instrumento, tendo em vista que para alguns doutrinadores/desembargadores é tida como plenamente constitucional, e para outros é considerada inconstitucional.

Nesse ínterim, a proposta é entender o conflito existente entre a obrigatoriedade ou não da coleta de material genético com base na Lei nº 12.654/12, ampliando a discussão acerca do princípio da legalidade e o princípio da não produção de provas contra si mesmo, e como isso afeta o banco de dados de DNA. Dessa forma, justifica-se a realização desta pesquisa jurídica, pela relevância e atualidade do assunto, pelo interesse em aprofundar a temática e analisar as controvérsias geradas a partir dos entendimentos acerca da referida lei, no âmbito do sistema penal brasileiro.

Assim, o estudo tem como problema de pesquisa: É constitucional a obrigatoriedade da coleta de material genético, o acusado não tem o direito de produzir provas contra si?

Como hipóteses destaca-se que a Lei nº 12.654/12 que dispõe sobre a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético para realizar a identificação criminal no curso de investigação policial e, de forma compulsória, no curso da execução penal, em condenados por crimes praticados, dolosamente, com violência grave contra a pessoa e por crimes hediondos viola princípios constitucionais como por exemplo, o da não auto incriminação que afirma que não se é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Por outro lado, o banco de dados não obriga o acusado a fornecer matéria genético para ser comparado com o que está sendo apurado, isso só acontecerá se o acusado for condenado, e assim sendo irá ficar sempre no banco de dados suas informações para ser identificado.

Nesse sentido, o objetivo geral deste estudo será o de verificar a constitucionalidade da coleta obrigatória de material genético no sistema penal brasileiro conforme Lei nº 12.654/12

a partir do direito de não produzir provas contra si mesmo. Os objetivos específicos versam em: estudar como funciona o banco de dados de DNA; analisar a efetividade e eficácia da lei 12.654/12; e pesquisar a aplicabilidade do princípio da não produção de provas contra si na referida lei.

Para atender a esses objetivos escolheu-se como método de abordagem o dialético e como método de procedimento a pesquisa bibliográfica, buscando responder ao problema meio do levantamento de literatura já publicada em livros, artigos de periódicos, revistas, doutrina e jurisprudências, procurando sistematizar as ideias e construir novos argumentos e informações que respondam a questão de pesquisa.

Esta monografia será dividida em três capítulos. No primeiro capítulo se fará uma introdução dos aspectos mais relevantes e que caracterizam o banco de dados para fins de armazenamento genético, buscando analisar suas peculiaridades e inovações que traz ao processo penal.

No segundo capítulo irá ser apresentado os pressupostos e princípios constitucionais que atuam na proteção do réu ao longo do curso do processo penal focando, principalmente, o princípio da não obrigatoriedade da produção de provas contra si mesmo.

Por fim, no terceiro capítulo será colocado os posicionamentos encontrados na doutrina e jurisprudência acerca da Lei nº 12.654/2012. Buscar-se-á neste capítulo responder ao problema de pesquisa, discorrendo sobre a constitucionalidade do referido instrumento legal e o impacto do banco de dados de perfis genéticos no sistema penal brasileiro.

1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DO BANCO DE DADOS PARA ARMAZENAMENTO GENÉTICO

Neste primeiro capítulo serão analisados os aspectos introdutórios do banco de dados para fins de armazenamento genético, com a finalidade de compreender as principais peculiaridades desse sistema e sua relevância no âmbito do processo penal. Nesse sentido, as discussões acerca do banco de dados para armazenamento de perfis genéticos é um tema que gera grande divergência, seja pela importância do DNA como elemento de reconhecimento em investigações criminais, seja pelo fato de que este tipo de instrumento possa ferir princípios fundamentais.

Este capítulo busca analisar as principais características do funcionamento e utilização do banco de dados genético, considerando ainda as formas de investigação com a obrigatoriedade da coleta de material.

1.1 Funcionamento do banco de dados de perfis genéticos

Nesta seção, faz-se um incursão teórico acerca da utilização da genética, por meio do DNA, no processo penal, bem como as principais características do banco de dados de perfis genéticos, objeto principal da Lei nº 12.654/2012.

Inicialmente, cumpre salientar que a genética, como ramo da biologia, é responsável pelo estudo da transmissão dos caracteres hereditários em todas as suas manifestações, seja em indivíduos, famílias ou populações. Na perspectiva forense, a genética está relacionada à área criminal, tendo como finalidade fornecer subsídios para a resolução de crimes onde há vestígios biológicos¹.

¹ NUNES, Ricardo Ferreira. *Bancos de dados genéticos para fins criminais: aspectos bioéticos e biopolíticos*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília. Brasília, 2012, p. 13.

Destaca-se que a genética forense tem sido fundamental na elucidação de uma série de crimes, envolvendo diversas metodologias que visam analisar materiais biológicos que fornecem dados da molécula de DNA². Conforme Nicolitt e Wehrs³:

O ácido desoxirribonucleico, o RNA, que, na expressão inglesa, é chamado de DNA, é uma molécula que se encontra em cada célula do nosso corpo, contendo toda a informação genética necessária para o funcionamento do nosso organismo. O DNA possui subunidades denominadas genes, que têm a função de criar proteínas distintas, ou seja, o DNA é responsável pela síntese de proteína.

A partir da análise genética tem-se a possibilidade da elucidação de crimes por meio de testes e análises que comprovam, por meio do DNA, obtido junto a vestígios, a identificação e relação de vítimas e criminosos. Portanto, “o interesse do DNA para o processo penal consiste basicamente em sua análise com o escopo de se elucidar um fato criminoso”⁴.

Conforme Nunes⁵, dentre situações em que a genética forense contribui para a resolução de crimes, pode-se destacar a identificação de suspeitos em crimes de qualquer natureza, identificação de cadáveres, identificação de órgãos e partes de cadáveres, estabelecimento de relação entre instrumento lesivo e vítima, estudo de vínculo genético entre a vítima e supostos aparentados, dentre outros. E, ainda, nos casos em que não há suspeito, pode fornecer material para comparação com perfis genéticos depositados em bancos de dados.

Dois exemplos da importância do uso do perfil genético armazenado em bancos de dados são apresentados por Lima⁶. O primeiro destaca a história de uma mulher estuprada e que teve seu carro roubado, em 30 de julho de 1981, no estado da Geórgia, EUA. Alguns dias após o crime, Robert Clark foi visto dirigindo o carro da vítima. Foi detido por roubo do veículo. Não foi considerado suspeito do estupro, a princípio, pois não coincidia com as características descritas pela vítima. Porém, essa situação mudou quando ele não foi convincente ao explicar como teria adquirido o carro. Robert Clark foi condenado por estupro

² NUNES, *Bancos de dados genéticos para fins criminais: aspectos bioéticos e biopolíticos*, p. 13.

³ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal – Lei nº 12.654/2012*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 37.

⁴ *Ibid.*, p. 37.

⁵ NUNES, *Op. cit.*, p. 13.

⁶ LIMA, Hélio Buchmuller. DNA x criminalidade. *Revista Perícia Federal*, Brasília, ano IX, nº 26, p. 8-11, Junho/2007-agosto/2008, p. 8.

em maio de 1982. Em dezembro de 2003, uma entidade chamada *Innocence Project*⁷ pediu que fosse realizado teste de DNA no material coletado na vítima 22 anos antes. O perfil obtido deveria ser comparado ao de Robert Clark e com o banco de dados de perfis genéticos de centenas de milhares de criminosos em todos os Estados Unidos. O resultado da comparação demonstrou que Robert Clark era inocente. Após 21 anos encarcerado, ele foi posto em liberdade. O DNA do esperma coletado da vítima coincidia com outro criminoso já condenado por violência sexual em 1985, Tony Arnold, que tinha seus dados armazenados no banco de dados⁸.

Igualmente, Lima cita o caso de um garoto de 14 anos, que desapareceu em 1968, após pegar uma carona para casa, em Surrey, Inglaterra. Três dias depois, seu corpo foi encontrado em outra cidade, Leatherhead. Ele foi violentado sexualmente e estrangulado. Em 1999, 31 anos depois, Brian Lunn Field foi detido pela polícia ao dirigir alcoolizado. Seu perfil genético foi coletado e enviado ao banco nacional de dados de DNA. Houve coincidência deste perfil com o sêmen coletado do corpo do jovem Roy, que havia sido congelado⁹.

Esses exemplos apontam para a importância do banco de dados de perfis genéticos. Esse tipo de banco de dados relaciona a investigação criminal à ciência, por meio do estudo genético, e da armazenagem de dados relacionados aos crimes. Um banco de dados de perfil genético constitui-se num sistema de dados acumulados, que armazena o chamado perfil genético, extraído de amostras biológicas. Cabe considerar, com base em Schiocchet¹⁰, que o material biológico, neste caso o humano, que fará parte das análises de DNA para posterior inserção no banco de dados pode consistir em uma amostra de sangue, saliva, bulbo capilar, entre outros, a partir do qual se fará a análise para a extração do chamado “perfil genético”.

A gama das amostras biológicas é enorme. Até amostras degradadas podem ser utilizadas para análise do DNA. Dentre esses elementos tem-se o sangue, que é indício biológico mais utilizado e pode ser encontrado facilmente nas cenas dos crimes. As unhas também são muito apreciadas para a análise de DNA, em razão de seus resultados positivos. No mesmo sentido, o sêmen - esperma ou líquido espermático - quando coletado de vítimas de estupro pode gerar dois perfis genéticos devido a células epiteliais da vagina, demandando uma amostra da vítima para comparação. A saliva, mesmo não contendo DNA, pode ser

⁷ “Projeto Inocência” (tradução livre).

⁸ LIMA, *DNA x criminalidade*, p. 8.

⁹ *Ibid.*, p. 8.

¹⁰ SCHIOCCHET, Taysa. A regulamentação da base de dados genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA. *Revista NEJ - Eletrônica*, v. 18, n. 3, p. 518-529, set-dez 2013, p. 520.

utilizada na identificação genética, pois nela podem ser encontradas células orgânicas decorrentes da descamação do epitélio bucal. O mesmo se passa com a urina e outros fluidos como o vômito, que podem conter células inorgânicas. Além disso, as análises de DNA podem ser feitas com amostras de cabelo e pelo, considerando a presença da raiz, onde existe DNA¹¹.

No que diz respeito à diferenciação entre DNA e perfil genético, é importante considerar:

[...] 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 tem¹².

Nessa perspectiva, o banco de dados revela apenas as características do perfil genético dos indivíduos fichados, e não outras informações capazes de serem extraídas em exames mais elaborados de DNA. Por esse viés, “o perfil genético traz informação sobre a descrição étnica do sujeito [...] e sobre o sexo (o que poderia revelar alguma anomalia patológica, como as trissomias, ou mesmo uma característica psicológica e social relacionada ao sexo)”¹³. Cabe ressaltar que “o perfil genético, entretanto, obtido a partir das regiões não-codificantes do DNA, é incapaz de revelar qualquer característica física ou de saúde. A única aplicação do perfil genético é a individualização”¹⁴. Ainda sobre o perfil genético, Nunes, esclarece:

¹¹ NICOLITT; WEHRS. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal – Lei nº 12.654/2012*, p. 41-43.

¹² JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos. *Revista Perícia Federal*, Brasília, ano IX, nº 26, p. 17-20, Junho/2007-agosto/2008. Disponível em: <http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistas/downloads/26.pdf>. Disponível em: 29 abr. 2014, p. 18.

¹³ CASABONA; MALANDA apud SCHIOCCHET, A regulamentação da base de dados genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA, p. 522.

¹⁴ JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. Op. cit., p. 19.

O perfil genético pode ser entendido como um conjunto de genótipos referente a regiões específicas do genoma de um indivíduo. As análises desses perfis foram evoluindo e tornaram, ao longo do tempo, uma parte indispensável da rotina de resolução de casos criminais. A metodologia mais utilizada hoje é a avaliação de STRs (*Short Tandem Repeats*) após a amplificação do material biológico com a técnica de PCR (*Polimerase Chain Reaction*; Reação em Cadeia da Polimerase, em português). A PCR é uma metodologia de amplificação *in vitro* que promove a multiplicação de pontos específicos do genoma, de modo a propiciar a elaboração de um perfil genético da pessoa que deu origem ao DNA analisado¹⁵.

Para Albuquerque¹⁶, no caso dos vestígios encontrados em cenas de crime, pequenas quantidades de sangue, sêmen, saliva, entre outros, fornecem o perfil genético específico da pessoa de origem, que pode ser da vítima ou do autor do crime. No caso da coleta de material de indivíduos, uma pequena amostra de células da mucosa oral é obtida através de uma coleta simples, rápida, não invasiva e totalmente indolor. Após a coleta, a amostra é submetida a procedimento de análise para a obtenção do perfil genético, o qual, uma vez obtido, é inserido no banco de dados através de um código alfanumérico¹⁷.

Contudo, apesar de sua consagrada importância no processo penal e na área criminalística, a discussão acerca do uso do DNA no processo penal, ainda abre lacunas para alguns debates. Segundo Nicolitt e Wehrs, para utilizar uma prova de DNA, é necessário contar previamente com material biológico para ser analisado e, algumas vezes, será necessário atuar sobre o corpo do sujeito destinatário da prova, o que leva a indagar sobre a licitude da prova, diante dos direitos fundamentais. Ademais, o estudo das provas obtidas a partir do DNA, merece destaque em uma investigação sobre intervenções corporais, sendo que especialmente no caso dos bancos de dados, tem suscitado questionamentos éticos e confrontando princípios constitucionais de garantias dos direitos individuais das pessoas a ele submetido¹⁸.

Assim, mesmo com a relevância do banco de dados genéticos na elucidação de crimes, cumpre considerar que no processo penal brasileiro, o réu encontra proteção constitucional. Nesse tocante, “as bases constitucionais encontram-se como pilares para o processo penal

¹⁵ NUNES, *Bancos de dados genéticos para fins criminais: aspectos bioéticos e biopolíticos*, p. 14.

¹⁶ ALBUQUERQUE, Trícia Kommers. Genética forense e os bancos de perfis genéticos. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVII, n. 389, p. 36-37, 1º de abril de 2013, p. 36.

¹⁷ *Ibid.*, p. 36.

¹⁸ NICOLITT; WEHRS, *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal – Lei nº 12.654/2012*, p. 37.

justo e equilibrado, que são guiados pelo supraprincípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o processo penal é o instrumento de efetivação do direito constitucional”¹⁹.

A criação dos bancos de dados genéticos tem origem na Islândia, na década de 1990. Na época, o banco de dados recebeu recursos públicos e dados do setor da saúde, como coleções de tecidos heterogêneos acumulados ao longo de muitos anos em hospitais, universidades e pesquisas de organizações comerciais. Inicialmente, a organização de dados foi desenvolvida com a finalidade exclusiva de gerar dados terapêuticos, passando a ser financiada pelo governo em parcerias com os grandes laboratórios. A partir daí, vários países também iniciaram ações para a formação de banco de dados genético, entre eles, Estônia, Japão, Suécia, Singapura, Áustria e Reino Unido²⁰.

Atualmente, muitos países já utilizam os bancos de perfis genéticos. Os Estados Unidos possuem um banco de dados com 10 milhões de perfis genéticos de indivíduos condenados e, em 26 dos 50 estados, além de coletarem amostras de condenados, também coletam amostras de DNA de detidos/suspeitos, e já auxiliou 169.000 investigações. A maioria dos países membros do Conselho da Europa permite a coleta compulsória de impressões digitais e amostras de DNA no contexto do processo penal. Os bancos de dados nacionais estão previstos na Áustria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Polônia, Espanha, Suécia e Suíça. A coleta e armazenamento de perfis de DNA de pessoas condenadas são permitidos, como regra geral, por períodos limitados de tempo, após a condenação²¹.

No Brasil, uma discussão maior a respeito do banco de dados genético, começou a ocorrer a partir dos estudos do Projeto Genoma, no ano de 2005, e com o reconhecimento das diversas funções do DNA e sua decodificação²². Destarte, o banco de dados pode funcionar a partir de duas frentes: uma relacionada ao local do crime, coletando-se a amostra, revelando-se o perfil genético e armazenando os dados; e outra frente relacionada à amostra de condenados ou acusados, fazendo-se a devida confrontação²³.

¹⁹ NOGUEIRA, Mariana Stuart. O sigilo no processo penal e a efetivação dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica*, n. 422, p. 93-123, dez./2012, p. 120.

²⁰ GUEDES, Gabriel Pinto. *A inconstitucionalidade da criação de banco de dados genéticos para fins de identificação criminal pela Lei nº 12.654/12*, 2012, p. 2-3.

²¹ ANSELMO, Márcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. *Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país*. Consultor Jurídico, Junho/2012, p. 2.

²² GUEDES, *Op. cit.*, p. 3.

²³ LIMA, DNA x criminalidade, p. 10.

Para Sanchez, a base de dados de DNA pode ser constituída com distintas finalidades: para identificar desaparecidos ou de indivíduos vítimas de catástrofe, acidente ou ato terrorista onde os seus corpos acabam ficando irreconhecíveis; com o objetivo de obter e armazenar informação genética que facilite a determinação de conflitos relativos à filiação; com fins médicos e farmacêuticos; para identificação de recém-nascidos; ou com a finalidade de identificar autores de feitos delituosos e criminais²⁴.

Os bancos de dados de perfis genéticos constituem conjuntos estruturados de resultados de análises de perfis genéticos mantidos, em geral, e em uma base de dados informatizada, cuja finalidade, do ponto de vista da criminalística é contribuir para a resolução de ações judiciais criminais, a partir do uso da automação e da tecnologia na confrontação de dados²⁵.

Destaca-se que o banco de dados pode ser uma ferramenta fundamental de proteção à vida, uma vez que a adequada identificação de criminosos violentos, como homicidas e estupradores, se feita de forma mais rápida e segura, pode evitar crimes e salvar vidas. Além disso, a genética forense também pode propiciar a identificação de criminosos, auxiliando na exclusão de suspeitos inocentes. Outras utilizações dos bancos de perfis genéticos estão relacionadas à busca por pessoas desaparecidas e identificação de vítimas de desastres²⁶.

Importante ressaltar que se entende como possível a realização da identificação criminal pela coleta de material genético, desde que não seja considerada em prejuízo do indiciado, ou seja, considerada apenas para efeito de reconhecimento de sua verdadeira identidade, não podendo, em qualquer situação, ser utilizada como meio de prova da autoria da infração penal investigada²⁷.

Salienta-se que “a prova genética não constitui, necessariamente, uma prova de culpabilidade, apesar de estar ligada ao suspeito do crime”.²⁸ Um forte argumento que faz prevalecer o interesse público sobre o direito à intimidade do indivíduo é o alto valor

²⁴ SANCHEZ apud ALMEIDA NETO, João Beccon de. *Bancos de dados genéticos para fins criminais: aspectos jurídicos*. Monografia. Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 11.

²⁵ NUNES, *Bancos de dados genéticos para fins criminais: aspectos bioéticos e biopolíticos*, p. 13.

²⁶ JACQUES, *Banco de perfis genéticos: a ciência em prol da justiça*, p. 25.

²⁷ GRECO, Rogério. Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVII, n. 389, p. 32-33, 1º de abril de 2013, p. 32.

²⁸ VIEIRA, Tereza Rodrigues. Direito à intimidade genética em face do interesse público. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVII, n. 389, p. 34-35, 1º de abril de 2013, p. 34.

probatório da análise genética, reduzindo os riscos de condenações injustas. No entanto, a partir de outro ponto de vista, Machado esclarece:

Esse banco de dados parece ser mais uma daquelas “medidas de efeito”, uma espécie de “pirotecnia processual repressiva”, criada pelo legislador para dar a impressão de que a criminalidade está sendo eficazmente combatida, com rigor e com o auxílio da ciência (tal como supostamente ocorre nos países desenvolvidos), enquanto que as causas reais do crime permanecem intocadas, alimentando e fazendo crescer os índices de violência e insegurança pública. Sob esse aspecto, o Brasil continua seguindo o seu equivocado destino histórico de dar tratamento policial aos problemas sociais, pois os países avançados que adotam essas biotecnologias modernas contra o crime há muito que já tomaram outras providências no terreno das políticas públicas e sociais, estas sim, bem mais eficazes no combate à criminalidade que é um fenômeno coletivo, com raízes sociais, econômicas e políticas. É relevante destacar, por fim, que a coleta de material biológico, a análise do DNA do indivíduo e o armazenamento de dados genéticos pelo Estado, são providências severas de controle estatal que ameaçam radicalmente a privacidade das pessoas²⁹.

Essas discussões acerca da importância do banco de dados de perfis genéticos para a elucidação de crimes e da possibilidade de se ferir os direitos fundamentais, bem como de não considerar princípios do processo penal, tem gerado grande debate acerca da inconstitucionalidade da Lei nº 12.654/2012.

Na próxima seção destacam-se as principais características da utilização do banco de dados genético, com a finalidade de indiciar os acusados.

1.2 Utilização do banco de dados genético para o indiciamento do acusado

A discussão inicial acerca do banco de dados genéticos exige um destaque especial sobre a diferença entre identificação civil e identificação criminal. Sobre isso cumpre analisar a seguinte consideração:

²⁹ MACHADO, Antônio Alberto. *Identificação criminal pelo DNA*. Disponível em: http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf. Acesso em: 10 nov. 2013, p. 6.

Ao homem faz-se necessário identificar-se entre os demais conviventes em sociedade, de forma a evitar que seja confundido com terceira pessoa, até porque cada indivíduo é único, com características próprias e imutáveis. A identificação das pessoas pode ser feita civil e criminalmente. A identificação civil é feita através do documento nacional de identificação civil, que contém o nome, data de nascimento, data da emissão, filiação, foto, assinatura e impressão digital dos dedos do titular e são emitidas pelas Secretarias de Segurança Pública de cada Estado da Federação, sendo dotadas de fé pública e validade em todo o território nacional, assim como a carteira de trabalho, a carteira profissional, o passaporte, a carteira de identificação funcional ou outro documento público que permita a identificação da pessoa, inclusive documentos de identificação militares, que se assemelham aos documentos de identificação civil (art. 2º da Lei 12.037/2009). Já a identificação criminal se dá através de um processo técnico-científico, que somente poderá ser feita quando houver a necessidade jurídica de identificar uma pessoa que não possa ser civilmente identificada, ou quando, pairarem dúvidas acerca de referida identificação, nos termos do art. 5º, LVIII, da Constituição Federal³⁰.

Desse modo, a identificação civil e criminal tornam-se elementos probatório fundamentais. Nessa perspectiva, a utilização de material genético com finalidade de prova já é comum à práxis jurídica. No Brasil, inicialmente passou-se a fazer uso dessa tecnologia principalmente na identificação de paternidade, sendo que a utilização para o setor criminal veio algum tempo depois com peritos de outros países e posteriormente com recursos destinados aos departamentos de perícia dos estados. Isso porque, até hoje, demanda um alto custo e conhecimento técnico, a fim de garantir os resultados³¹.

De acordo com Nunes, nos últimos 30 anos, o emprego de exames de DNA tem revolucionado a análise criminalística e a medicina forense, seja em ações de investigação de paternidade, bem como a elucidação de crimes e na identificação de cadáveres. Essa revolução teve início em 1984 quando Alec Jeffreys, pesquisador britânico, descreveu as regiões hipervariáveis do genoma humano e um método de detecção que permitiriam a análise de pequenas quantidades de DNA que se encontram nas cenas de investigação criminal. A inclusão da tecnologia de análise de DNA para identificação criminal mudou totalmente o panorama da investigação, de tal modo que, desde essa época, a análise forense de DNA tem contribuído para soluções de crimes de difícil resolução³².

No Brasil, esse debate foi ampliado com a promulgação da Lei nº 12.654/2012 e do Decreto nº 7.950/2013, os quais inauguraram uma nova era na relação entre ciência e justiça,

³⁰ RIZZO, Mariane Vieira. O uso da biotecnologia com o devido respeito aos direitos fundamentais do ser humano - uma análise crítica necessária. *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília*, ed. 11, p. 15-27, maio/2013, p. 18-19.

³¹ GUEDES, A *inconstitucionalidade da criação de banco de dados genéticos para fins de identificação criminal pela Lei nº 12.654/12*, p. 3.

³² NUNES, *Bancos de dados genéticos para fins criminais: aspectos bioéticos e biopolíticos*, p. 14.

ao criar o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Os referidos instrumentos vieram alterar a Lei nº 12.037/2009, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal, que destaca que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nos casos previstos em lei.

Antes da promulgação da Lei nº 12.654/2012, o debate acerca da criação e da regulamentação do banco de dados de perfis genéticos já se mostrava intensa no cenário político e jurídico brasileiro, uma vez que o nível de conhecimento do Brasil em termos de genética forense, já o habilitava a criar seu próprio banco de dados. Ademais, o país mantinha um alto índice de casos, especialmente de homicídio, sem solução, o que exigia uma transformação na forma de investigação dos mesmos³³.

Nesse sentido, justificou-se a criação dessa norma tendo em vista o alto índice de impunidade e crescente criminalidade no país, atuando a identificação por perfil genético como um novo instrumento para combater esse preocupante quadro nacional. A implantação da nova técnica está relacionado a um estudo recente aponta o Brasil como o sexto país do mundo em taxa de homicídios (26,4 homicídios por 100.000 habitantes/ano) e alguns estudos apontam uma situação igualmente grave em relação aos crimes sexuais. As taxas de elucidação dos delitos são baixas, com menos de 10% dos homicidas sendo apropriadamente identificados e condenados e a ausência de prova material é a causa comum para que se arquivem inquéritos e denúncias³⁴.

A título de comparação, na Inglaterra, país que conta com a atuação do banco de dados genéticos, a elucidação de homicídios é de mais de 80%. No Rio de Janeiro, não passa de 2,7% e a média brasileira é de apenas 5%³⁵. Assim, pode-se afirmar que:

Por força dessa lei, que alterou o art. 5º da Lei nº 12.037/09, a identificação criminal poderá ser feita por meio da análise de material biológico com o objetivo de identificar o suposto autor do crime e definir o perfil genético do identificado. Trata-se, portanto, de analisar e estabelecer a sequência de bases no interior da molécula de DNA que constitui o código genético de cada indivíduo³⁶.

³³ PEDUZZI, Pedro. Rede nacional de genética forense: o Brasil está pronto para ter um banco de dados de perfis genéticos. *Revista Perícia Federal*, Brasília, ano IX, nº 26, p. 6-7, Junho/2007-agosto/2008, p. 6.

³⁴ PEREIRA, Filipe Martins Alves. *Lei 12.654/12: a identificação criminal por perfil genético no Brasil*. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/filipemartinspereira/2013/11/08/lei-12-65412-a-identificacao-por-perfil-genetico-no-brasil/>. Acesso em: 20 jul. 2014.

³⁵ LIMA, DNA x criminalidade, p. 11.

³⁶ MACHADO, Antônio Alberto. *Identificação criminal pelo DNA*, 2012, p. 1.

A referida lei cria possibilidade de avaliação e análise genética pelo juiz, que poderá fazê-lo de ofício ou a requerimento do delegado, Ministério Público ou defesa. No caso dos condenados por crimes dolosos, com violência de natureza grave contra a pessoa ou considerados hediondos, a coleta será obrigatória. Essas informações serão mantidas em um banco de dados sigiloso pelo prazo da prescrição do delito e poderão ser acessadas pelas autoridades policiais mediante autorização judicial³⁷. Contudo, é importante considerar que:

O banco de dados contendo os perfis genéticos dos identificados criminalmente tem caráter sigiloso e não poderá armazenar caracteres somáticos ou traços comportamentais das pessoas. Esses traços estão protegidos pelo direito à intimidade e à confidencialidade dos dados genéticos. Logo, o banco de perfis deve armazenar apenas informações sobre a identidade genética da pessoa, definida pela sequência das bases nitrogenadas presentes nas moléculas de DNA. Os dados identificadores, quando constatada a coincidência no curso de uma investigação, deverão constar de um laudo firmado por perito oficial (art. 5º-A, §§ 2º e 3º) e serão excluídos do banco de perfis assim que terminar o prazo de prescrição do crime³⁸.

A utilização do banco de dados genético para indiciamento do acusado é o principal avanço proposto na Lei nº 12.654/2012 que veio instituir dois procedimentos distintos:

- a) A possibilidade de coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, com vistas a identificação criminal;
- b) A identificação compulsória do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), como efeito automático da sentença penal que impor condenação em razão de crimes praticados mediante violência grave contra a pessoa; crimes hediondos e assemelhados³⁹.

Observa-se que uma das finalidades do banco de dados genéticos é a identificação criminal, que tem por objetivo afastar dúvidas com relação à identidade do suposto autor do crime, bem como abastecer o banco de dados com informações que poderão contribuir na identificação da autoria de delitos semelhantes, seja no passado quanto no futuro⁴⁰. Além disso, a coleta e comparação do material genético disponível torna o banco de dados um instrumento importante no processo de investigação criminal.

³⁷ GUEDES, *A inconstitucionalidade da criação de banco de dados genéticos para fins de identificação criminal pela Lei nº 12.654/12*, p. 2.

³⁸ MACHADO, *Identificação criminal pelo DNA*, p. 2.

³⁹ MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45.

⁴⁰ MARCÃO, *Curso de execução penal*, p. 46.

A utilização do banco de dados de perfil genético tem a missão de contribuir com a elucidação de crimes, de forma mais rápida, aliando a tecnologia, a genética e a justiça. Exemplo disso, é citado por Michelin et al:

Em 2003, Adriano da Silva confessou ter matado doze meninos entre oito e treze anos de idade no Rio Grande do Sul, entre os anos de 2002 e 2003. O assassino confessou ter abusado sexualmente de três de suas vítimas, depois de mortas. Apesar da sucessão de crimes com características semelhantes, a polícia não estabeleceu conexão imediata entre eles. À época dos crimes, Adriano era foragido da justiça no estado do Paraná, condenado em 2001 a 27 anos por assassinato, roubo e ocultação de cadáver. Se, uma vez condenado pelo primeiro crime, Adriano tivesse sido incluído em um banco de dados de perfis genéticos nacional poderia ter sido identificado mais rapidamente, poupando talvez a vida de muitas de suas vítimas⁴¹.

A possibilidade de indiciamento do acusado com base nos dados do banco de perfis genéticos deve ser analisada a partir do pressuposto constitucional, pois, conforme retrata Romano⁴², a identificação criminal é a exceção, pois, basta a identificação civil. A prova do DNA pode ser útil para provar a autoria do crime, mas a utilização da identificação genética com base em banco de dados de perfil genético deve ser cautelosa, sob pena de ferir direitos individuais.

1.3 Forma de investigação com a obrigatoriedade da coleta de material

Conforme visto anteriormente, a obtenção do perfil genético se dá por meio da análise do DNA contido em uma amostra biológica. Com o advento da Lei nº 12.654/2012, haverá obrigatoriedade da coleta de material biológico com a finalidade de identificação criminal, ampliando as formas de identificação criminal, que antes eram realizadas apenas a partir de análise datiloscópica e fotográfica⁴³.

⁴¹ MICHELIN, Kátia; PACHECO, Ana Cláudia; BITTENCOURT, Eloísa Auler; ALBUQUERQUE, Trícia Kommers. Banco de dados de perfis genéticos no combate aos crimes sexuais. *Revista Perícia Federal*, Brasília, ano IX, nº 26, p. 13-16, Junho/2007-agosto/2008, p. 16.

⁴² ROMANO, Rogério Tadeu. *O problema da identificação do investigado no inquérito policial*. Disponível em: <http://www.jfn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina304-o-problema-da-identificacao-do-investigado-no-inqueiro.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2014, p. 2.

⁴³ MARCÃO, *Curso de execução penal*, p. 46.

A novel lei entrou em vigor em 29 de novembro de 2012 e alterou as Leis 12.037/2009 e 7.210/ 1984 – Lei de Execução Penal. Anteriormente, a identificação criminal era realizada, basicamente, através de identificação datiloscópica e a identificação fotográfica, hipótese em que a Lei 12.654/2012 acrescentou mais uma possibilidade, qual seja, a identificação através do perfil genético. Essa nova norma trouxe duas hipóteses de coleta de material genético para fins de identificação criminal, a saber: 1. Na investigação, quando tal prova for essencial para se apurar a autoria de um crime, mediante decisão judicial fundamentada, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público; aqui o crime não precisa ter sido cometido com violência ou grave ameaça contra pessoa, bastando que seja demonstrada a essencialidade da coleta para fins investigatórios (art. 5º da Lei 12.037/09); 2. Após a condenação definitiva, automaticamente, por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei de Crimes Hediondos, o que não inclui os crimes equiparados a hediondos (art. 9º-A da LEP)⁴⁴.

Assim, destaca-se que são duas as possibilidades de identificação criminal previstas a partir da Lei 12.654. A primeira durante a investigação e a instrução criminal, a extração de material genético do investigado, com o fim de ser prova para um caso concreto e determinado; e a segunda, depois da condenação definitiva, a coleta de informações genéticas para banco de dados, de modo a servir de parâmetro para futuras apurações de crimes de autoria incerta⁴⁵.

Insta considerar que, apesar de já ser utilizado o DNA para elucidação de crimes, a partir da Lei nº 12.654/2012, deu-se caráter de obrigatoriedade à identificação criminal mediante coleta de material biológico para obtenção do perfil genético, mesmo em relação ao civilmente identificado, sempre que a identificação criminal for essencial às investigações policiais⁴⁶.

A técnica de coleta do material genético por meio do suabe (*swab*, em inglês) é considerada não invasiva, nos termos da Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos. Apesar de não haver danos à integridade física, isso não significa, entretanto, que tal coleta não possa atingir outros direitos e garantias, como a autodeterminação corporal e informacional, especialmente quando a técnica de coleta for compulsória⁴⁷. Sobre a questão da compulsoriedade, Nicolitt e Wehrs destacam:

⁴⁴ PEREIRA, *Lei 12.654/12: a identificação criminal por perfil genético no Brasil*, p. 1.

⁴⁵ LOPES JR., Aury. *Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)? Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 236, p. 5-6, São Paulo, julho 2012, p. 5.

⁴⁶ MARCÃO, *Curso de execução penal*, p. 46.

⁴⁷ SCHIOCCHET, *A regulamentação da base de dados genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA*, p. 520.

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*. [...] Além da possível inadequação com o texto constitucional vigente, a nova lei causa grande preocupação com relação à possibilidade de valoração da prova científica como prova absoluta para o processo penal⁴⁸.

Assim, a grande discussão encontra-se no caráter de obrigatoriedade com que a coleta de material genético poderá ocorrer durante o processo de investigação e o armazenamento das informações do perfil genético. Essa preocupação está relacionada com a banalização da intervenção corporal no curso do processo penal⁴⁹.

Segundo Nunes, os bancos de perfis genéticos para fins criminais possuem o propósito de fornecer uma base de dados para comparação e, deste modo, auxiliar os órgãos de segurança pública a elucidar crimes que contenham vestígios biológicos em sua cena. Estima-se que a catalogação de dados de perfis genéticos em uma base de dados informatizada possa gerar grandes benefícios para a sociedade. Por outro lado, essa catalogação tem levantados profundos questionamentos éticos e confrontando diversos princípios constitucionais de garantias dos direitos individuais das pessoas a eles submetidos⁵⁰.

Cumpra salientar que a legislação do banco de dados de perfil genético apresenta questões passíveis de pertinentes críticas, inclusive quanto à sua constitucionalidade, além de conter lacuna que podem ocasionar graves violações a direitos fundamentais. Assim, não se pode sustentar que o Direito Processual Penal fique alheio às novas tecnologias, como os exames de DNA, mas tais inovações precisam ser reguladas de modo compatível com um processo penal democrático constitucionalmente orientado. O poder punitivo precisa ser constantemente limitado e criticado, sob pena de uma expansão sem limites da arbitrariedade e do autoritarismo⁵¹.

Com base na discussão trazida ao longo deste capítulo, evidenciaram-se as principais características do banco de dados de perfis genéticos, ressaltando as divergências presentes na doutrina e que ampliam o debate acerca da temática e sua relevância jurídica. Na sequência, faz-se uma análise sobre a proteção constitucional do réu no processo penal brasileiro,

⁴⁸ NICOLITT; WEHRS, *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal – Lei nº 12.654/2012*, p. 135.

⁴⁹ LOPES JR., *Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?*, p. 5.

⁵⁰ NUNES, *Bancos de dados genéticos para fins criminais: aspectos bioéticos e biopolíticos*, p. 14.

⁵¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. DNA e Processo Penal: até quando se legitima o controle punitivo através da conservação de dados genéticos?. *Boletim Informativo IBRASPP*, a. 03, n. 04, p. 20-22, 2013, p. 22.

enfocando os princípios constitucionais que regem o processo penal, especialmente o princípio da não obrigatoriedade de não produzir prova contra si mesmo.

2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO RÉU NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O objetivo deste capítulo é verificar a proteção constitucional do réu no curso do processo penal brasileiro bem como analisar alguns princípios que devem ser levados em consideração durante o curso do processo penal, tendo como enfoque o princípio da não obrigatoriedade da produção de provas contra si mesmo.

Inicialmente, faz-se uma pequena análise do conceito e relevância dos princípios constitucionais, especialmente dos princípios de proteção do acusado no processo penal. Em seguida, discute-se o direito de não produzir provas contra si mesmo, com a finalidade de avaliar a produção de provas no âmbito do processo penal e de que forma isso se efetiva a partir da Lei nº 12.654/12.

2.1 Enfoque geral sobre os princípios constitucionais

Inicialmente cabe analisar o termo princípio, do latim *principium*, que significa, numa acepção vulgar, início, começo, origem das coisas. Tal noção, explica Bonavides, deriva da linguagem da geometria, “onde designa as verdades primeiras”⁵².

Segundo Espíndola, antes de conceituar princípio constitucional é fundamental fazer a relação entre este com a ideia de princípio no âmbito do Direito. Nessa perspectiva, o princípio designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, de onde todas as demais normas derivam, se reconduzem ou se subordinam⁵³. No âmbito da ciência jurídica:

⁵² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 275.

⁵³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 47.

[...] tem-se usado o termo princípio ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes⁵⁴.

Desse modo, os princípios comportam uma série indefinida de aplicações, sendo o fundamento das regras jurídicas, e permitindo o balanceamento de valores e interesses. Os princípios são normas jurídicas impositivas, compatíveis com vários graus de concretização, consoantes os condicionalismos fáticos e jurídicos⁵⁵.

É fundamental compreender que os princípios jurídicos possuem três funções básicas: fundamentadora, interpretativa e supletiva. Pela função fundamentadora da ordem jurídica, ou seja, como elementos fundantes, os princípios possuem uma eficácia derogatória e diretiva. Nesse sentido, as normas que se contrapõem aos núcleos de irradiação normativa assentados nos princípios constitucionais, perderão sua validade ou vigência em face de contraste normativo com as normas constitucionais⁵⁶.

Com base na função interpretativa, os princípios cumprem o papel de orientarem as soluções jurídicas a serem processadas diante dos casos submetidos à apreciação do intérprete. E, através da função supletiva, os princípios realizam a tarefa de integração do Direito, suplementando os vazios regulatórios da ordem jurídica ou ausências de sentido regulador contatados em regras ou em princípios de maior grau de densidade normativa⁵⁷.

Bonavides ressalta que os princípios jurídicos, ao saltarem dos códigos para as constituições, do Direito Privado para o Direito Público, da dogmática civilista para a dogmática constitucional, promoveram uma completa mudança no modo de se compreender, interpretar e aplicar as normas integrantes do sistema jurídico. Através dos princípios constitucionais se positivaram os principais valores éticos, políticos e jurídicos ordenadores da Sociedade e do Estado; dos princípios constitucionais, em termos jurídico-positivos, pode-se extrair os grandes sentidos da Democracia Constitucional Contemporânea⁵⁸.

Os princípios constitucionais são elementos preponderantes do ordenamento jurídico, ou seja, “a supremacia do direito espelha-se no primado da Constituição”⁵⁹. Os mesmos,

⁵⁴ ESPÍNDOLA, *Conceito de princípios constitucionais*, p. 49.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 64-66.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 67.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 68.

⁵⁸ BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 275.

⁵⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 3.

devido sua natureza, assumem o caráter de preceito jurídico e de lei. Para Espíndola, os princípios constitucionais são aqueles que “não expressam somente uma natureza jurídica, mas também política, ideológica e social, como, de resto, o Direito e as demais normas de qualquer sistema jurídico”⁶⁰. Nesse sentido, caracterizam-se pela sua amplitude e grande capacidade de relação com os outros princípios e normas do sistema jurídico.

É por isso que os princípios constitucionais possuem supremacia em relação às outras normas, além de possuir forma normativa imediata. Para Bonavides os princípios constitucionais exercem a importante função de fundamentar a ordem jurídica em que se insere, fazendo com que todas as relações jurídicas que adentram ao sistema busquem na principiologia constitucional o berço das estruturas e instituições jurídicas. Assim, os princípios são valores, ou seja, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada⁶¹. Segundo Espíndola, os princípios constitucionais:

São normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’, fática ou jurídica⁶².

Nota-se que os princípios constitucionais apresentam-se como parâmetros fundamentais do ordenamento jurídico. Sob esse viés, a Carta Magna, segundo Mendes, “atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial”⁶³.

Canotilho classifica os princípios constitucionais em princípios jurídicos fundamentais, princípios politicamente conformadores, princípios impositivos e princípios-garantia⁶⁴.

Os princípios jurídicos fundamentais são historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e encontram uma recepção explícita ou

⁶⁰ ESPÍNDOLA, Op. cit., p. 75.

⁶¹ BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 276.

⁶² ESPÍNDOLA, Conceito de princípios constitucionais, p. 195.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 26.

implícita no texto constitucional. Dessa forma, constituem importante fundamento para a interpretação, a integração, o conhecimento e a aplicação do direito positivo. Já os princípios politicamente conformadores são aqueles que exteriorizam os valores políticos fundamentais, ou seja, são, por exemplo, os que se referem à forma de Estado, de governo, o regime político, etc. Os princípios constitucionais impositivos são os que determinam aos órgãos do Estado, especialmente, ao legislador, a realização de fins e tarefas, traçando linhas de atividade política e legislativa. Por fim, os princípios-garantia são os que objetivam instituir direta e imediatamente uma garantia em favor dos cidadãos⁶⁵.

Os princípios fundamentais, também conhecidos como direitos fundamentais são os que formam a base da Constituição. Moraes afirma que:

Os direitos fundamentais em sentido formal são direitos ou posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individualmente ou institucionalmente consideradas, consagradas em uma Constituição formal, ou seja, conjunto de normas formalmente constitucionais. Entende-se por regras constitucionais em acepção formal, aquelas que são incluídas na Carta Magna, integrando ou não a estrutura fundamental do Estado⁶⁶.

Numa mesma perspectiva, Mendes salienta que os princípios fundamentais descritos na Constituição são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático⁶⁷.

A Carta Magna de 1988 elegeu seus princípios fundamentais, caracterizando o Estado Democrático de Direito. Assim, da primeira condição, decorre a Declaração de Direitos, localizada no Preâmbulo, no Título I (Dos Princípios Fundamentais), no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), no Título III (Da Organização do Estado), no Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), no Título VIII (Da Ordem Social) e no Ato das

⁶⁵ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 26-27.

⁶⁶ MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTr, 1997, p. 24.

⁶⁷ MENDES, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 2.

Disposições Constitucionais Transitórias. De acordo com Moraes⁶⁸ o art. 1º da Constituição de 1988 elenca os fundamentos do Estado Democrático de Direito, incluindo a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Ao privilegiar a dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional, o direito pátrio ampara os chamados direitos da personalidade, uma vez que a personalidade não é apenas “um direito subjetivo, mas fonte e pressuposto de todos os direitos subjetivos”⁶⁹. Dessa maneira, a pessoa humana em toda sua essência tem seus direitos amparados e protegidos pela Constituição, inclusive no processo penal, conforme será destacado a seguir.

2.2 Princípios de proteção do acusado no processo penal

No âmbito do processo penal, os acusados também são amparados por uma série de princípios constitucionais, especialmente atrelados aos direitos fundamentais. Segundo Weimer⁷⁰, “a Carta Magna visa garantir que ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal, de prévio conhecimento das partes, que obedeça a princípios básicos, como a ampla defesa, o contraditório e a publicidade”. Nesse tocante:

É indispensável a existência de um processo, como instrumento viabilizador da própria execução, onde devem ser observados os princípios e as garantias constitucionais a saber: legalidade, jurisdicionalidade, devido processo legal, verdade real, imparcialidade do juiz, igualdade das partes, persuasão racional ou livre convencimento, contraditório e ampla defesa, iniciativa das partes, publicidade, oficialidade e duplo grau de jurisdição, entre outros⁷¹.

Importante ainda destacar necessidade de considerar o princípio da legalidade como basilar para a apreciação de condutas que restrinjam o direito de liberdade do indivíduo e,

⁶⁸ MORAES, *Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria*, p. 101.

⁶⁹ CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 5.

⁷⁰ WEIMER, Marta. A proteção a testemunhas e os direitos constitucionais do acusado. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 58, fev. 2014, p. 2

⁷¹ MARCÃO, *Curso de execução penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33-34.

conquanto sejam tipificadas condutas que de acordo com a teoria do delito, o agir criminoso depende de uma condenação⁷².

Evidencia-se no campo dos princípios básicos de proteção do acusado no processo penal elementos importantes. Conforme Gandra o acusado tem o direito de ser ouvido no curso de um procedimento regularmente disciplinado para tanto (devido processo legal), oportunizando-se a apresentação de defesa pessoal e técnica e a possibilidade de influenciar a decisão judicial (ampla defesa e contraditório), sem que seja violada a sua condição de ser humano e, portando, a sua integridade física e psíquica (dignidade humana). Além disso, é garantida a voluntariedade das declarações, não sendo obrigado a produzir prova contra si mesmo (direito ao silêncio), tudo isso amparado na presunção de inocência⁷³. Para o autor, esse é o arcabouço mínimo que deve ser garantido pelo poder público através de suas instituições e das pessoas que dela fazem parte, sob pena de grave violação do estado de direito democrático⁷⁴.

O princípio do devido processo legal parte da análise do art. 5º, LIV, da Constituição Federal que prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Nesse sentido, destaca-se a necessidade de seguir todas as formalidades processuais, visando a garantia de direitos do acusado.

Segundo Weimer, o devido processo legal é concretizado a partir do cumprimento de normas previamente estabelecidas e cumpridas pelos envolvidos na lide, pressupondo que o Legislativo aja estabelecendo procedimentos adequados. Este princípio significa o conjunto de garantias de ordem constitucional que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro lado, legitimam a própria função jurisdicional⁷⁵.

No entendimento de Tourinho Filho, o devido processo legal exige um regular contraditório, com o antagonismo de partes homogêneas. Deve haver uma luta leal entre o

⁷² GUEDES, A *inconstitucionalidade da criação de banco de dados genéticos para fins de identificação criminal pela Lei nº 12.654/12*, p. 5.

⁷³ GANDRA, Thiago Grazziane. *Princípios básicos de proteção do acusado no processo penal*. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/662012.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2013, p. 3-5.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 5.

⁷⁵ WEIMER, Marta. A proteção a testemunhas e os direitos constitucionais do acusado. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 58, fev. 2014, p. 3.

acusado e o acusador. Ambos devem ficar no mesmo plano, embora em polos opostos, com os mesmos direitos, e as mesmas faculdades, os mesmos encargos, os mesmos ônus⁷⁶.

Desse modo, a partir deste princípio muitas regras surgem, como é o caso da não admissibilidade de provas ilícitas ou ilegais e a publicidade dos atos. Assim, o processo penal deve ser utilizado com o fim de, respeitadas as regras que o regem, punir o infrator e preservar o cidadão que nada deve à sociedade⁷⁷.

Já o princípio do contraditório e da ampla defesa é apresentado no art. 5º, inciso LV da CF: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O contraditório é caracterizado pelo direito de manifestação sobre o que o outro litigante afirmou⁷⁸. O direito de ampla defesa funda-se na ideia de que o acusado é parte hipossuficiente ante a força do Estado e, portanto, a ele devem ser garantidos os meios adequados para poder resistir à pretensão punitiva estatal. O direito de defesa engloba, evidentemente, todas as fases processuais, porquanto em qualquer momento ou grau de jurisdição é vedada a ausência de defesa do acusado⁷⁹.

O exercício do direito de defesa pressupõe a ciência por parte do acusado acerca da imputação que em face dele é dirigida, daí se conclui que o réu tem direito à citação. Uma vez chamado a participar do processo e ciente da acusação, pode o acusado reagir à acusação, exercendo sua defesa, a qual engloba a autodefesa e a defesa técnica. O contraditório e a ampla defesa são direitos dos quais não se pode abrir mão, mesmo frente a pedido formal do réu ou acusado nesse sentido. O poder-dever que o juiz exerce em busca da verdade impede-o de compactuar, ou mesmo legitimar a realização do ato mediante o emprego de tortura, física ou psíquica, é vedado ainda o narcoanálise, ou detector de mentiras⁸⁰. Resguarda-se tal direito a toda pessoa acusada de haver praticado uma infração penal, que não pode ser obrigada a depor contra a si mesma, nem a declarar-se culpada. Daí surge ao investigado ou, ao acusado, o direito de permanecer calado constitucionalmente garantido⁸¹.

⁷⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 571.

⁷⁷ WEIMER, *A proteção a testemunhas e os direitos constitucionais do acusado*, p. 3.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 3.

⁷⁹ GANDRA, *Princípios básicos de proteção do acusado no processo penal*, p. 6.

⁸⁰ BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 238.

⁸¹ BARROS, *A busca da verdade no processo penal*, p. 239.

Com relação ao princípio da publicidade a CF dispõe no inciso LX do art. 5º que: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Assim, evidencia-se que “a regra é de que todos os atos processuais sejam públicos e, excepcionalmente, poderá ser aplicado o sigilo⁸²”.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um direito fundamental, constituindo-se no alicerce do sistema de princípios constitucionais. Desse modo, de acordo com Sarlet não há como negar que os direitos à vida, bem como os direitos de liberdade e de igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana⁸³.

Ainda a partir da perspectiva de Sarlet, a dignidade da pessoa humana pode ser considerada como o “pressuposto de que o homem, em virtude tão-somente da sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado⁸⁴”. Assim, o conceito de dignidade humana pode ser assim descrito:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁸⁵.

Nesse sentido, reconhece-se na dignidade pessoal a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado ao longo de sua existência. A partir dessas considerações, é importante destacar o conceito descrito por Silva:

⁸² WEIMER, *A proteção a testemunhas e os direitos constitucionais do acusado*, p. 3.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 106.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2002. p. 37.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 60.

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana⁸⁶.

Desse modo, tratando-se de investigar o valor probatório das declarações do acusado em processo penal, é evidente que a inviolabilidade física e psíquica dele, como corolário da dignidade humana, é questão de suma importância. 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 capaz de violar a integridade física, psíquica, moral ou psicológica do acusado atenta contra a dignidade humana e deve ser coibido, e a ele deve ser garantido o direito de se defender da forma como lhe aprouver, seja mantendo o silêncio, seja exercendo o direito de ser ouvido⁸⁷.

Por fim, destaca-se o princípio da presunção da inocência, destacado no inciso LVII do art. 5º da CF: “ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Este princípio é basilar do Estado Democrático do Direito e, como garantia processual penal, visa à tutela da liberdade pessoal, salientando a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é de forma constitucional presumido inocente, sob pena de retrocedermos ao estado de total arbítrio estatal⁸⁸.

O princípio da presunção da inocência está relacionado ao direito de não produzir prova contra si mesmo. Desse modo, a produção da prova no processo penal deve ter estrita observância a alguns princípios, dentre eles, ao da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), tendo em vista que a partir desse princípio, o acusado não pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Nessa perspectiva, o direito a não declarar contra si mesmo implica que a sua “não declaração” não seja interpretada em seu desfavor, tampouco ser tomada como algum indício⁸⁹, conforme será destacado na seção posterior.

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 109.

⁸⁷ GANDRA, *Princípios básicos de proteção do acusado no processo penal*, p. 4.

⁸⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 37.

⁸⁹ SANGUINÉ, Livia de Maman. *O direito de não produzir prova contra si mesmo no processo penal ('nemo tenetur se detegere')*. Publicado em 2010. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/livia_sanguine.pdf. Acesso em: 08 nov. 2013, p. 2.

A discussão acerca dos princípios de proteção do acusado no processo penal exige a análise da teoria do garantismo, partindo da reflexão acerca da efetividade do ordenamento jurídico e não apenas do seu reconhecimento⁹⁰. Essa teoria diz respeito às garantias dos direitos fundamentais, entendidos estes como os direitos de liberdade e os direitos sociais, que representam os alicerces da existência do estado e do Direito; que os justificam, e que propiciam a base substancial da democracia⁹¹. Por conseguinte,

A teoria do garantismo defende a conformação do Estado real ao modelo ideal, obra dos valores ético-políticos e de justiça, incorporados pelo direito positivo, tais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade de direitos individuais, sociais, coletivos e difusos, bem como as garantias desses direitos fundamentais⁹².

No âmbito do processo penal, o garantismo visa salvaguardar os direitos do acusado, sendo que seu objetivo é proteger o até então acusado de sanções equivocadas bem como resguardar o interesse coletivo. Desse modo, o processo deve ser garantidor, pois ao tratar de um Estado de Direito regido por uma Constituição eficaz e rígida, torna-se insuperável que ademais deverão estar presentes as chamadas garantias processuais. Dentre essas garantias destaque para a do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, entre outras. Nesse sentido, considera-se que a punibilidade penal necessita de um conjunto de procedimentos que não podem abster-se de proteger os direitos do acusado, principalmente quando da imposição de penas por parte do Estado⁹³.

A teoria do garantismo relaciona-se à proteção dos direitos fundamentais enquanto direitos de hierarquia constitucional. Estes somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata). Sendo assim, a técnica que exige a expressa autorização constitucional para a intervenção legislativa no âmbito de proteção dos direitos individuais, na verdade, traduz uma preocupação de segurança jurídica, que impede o estabelecimento de restrições arbitrárias ou aleatórias. Nesse sentido, não obstante incumba ao legislador tutelar os interesses da sociedade, salvaguardando os valores,

⁹⁰ NICOLITT; WEHRS, *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal – Lei nº 12.654/2012*, p. 93.

⁹¹ SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; GENTIL, Plínio Antonio Brito. *A teoria do garantismo e a proteção dos direitos fundamentais no processo penal*. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília/DF, nov./2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/16_654.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2014, p. 4528.

⁹² NICOLITT; WEHRS, *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal – Lei nº 12.654/2012*, p. 93.

⁹³ QUINTINO, Douglas Silva. Delimitação ao princípio *nemo tenetur se detegere*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 103, ago. 2012, p. 4.

bens e direitos essenciais à vida em comunidade, há que se considerar, também, que, ao fazê-lo, deve respeitar os direitos fundamentais dos imputados⁹⁴. Conforme Nicolitt e Wehrs:

Esta teoria pretende-se firmar como paradigma para todo o campo de direitos subjetivos, sejam patrimoniais ou fundamentais, bem como para os poderes, públicos, estatais ou internacionais. Sua preocupação é afastar o perigo da violação dos direitos, exprimindo uma desconfiança na espontânea satisfação e respeito aos direitos, principais os direitos fundamentais. Neste aspecto, o garantismo está em oposição às concepções das relações econômicas, políticas, as relações de direito público e privado, que se assentam na ilusão de um ‘poder bom’ ou no espontâneo respeito do direito⁹⁵.

Dentro da perspectiva garantista a legitimação substancial do poder punitivo do Estado corresponde à legalidade estrita implicando na observação das garantias penais e processuais penais expressas nos seguintes princípios: 1) Princípio de retributividade (Não há pena sem crime); 2) Princípio de legalidade (Não há crime sem lei); 3) Princípio de necessidade ou da Economia do Direito (Não há lei penal sem necessidade); 4) Princípio da Lesividade (Não há necessidade sem injúria); 5) Princípio de Materialidade ou da Exterioridade da Ação (Não há injúria sem ação); 6) Princípio de Culpabilidade ou de Responsabilidade Pessoa I (Não há ação sem culpa); 7) Princípio da Jurisdicionalidade. (Não há culpa sem julgamento); 8) Princípio Acusatório ou de separação entre juiz e acusação (Não julgamento sem acusação); 9) Princípio da carga da prova ou de verificação (Não há acusação sem prova) e 10) Princípio do Contraditório ou da Defesa ou da Refutação (Não há prova sem defesa)⁹⁶.

Com base na perspectiva do garantismo, o processo penal não deve ser compreendido pelo operador do Direito como um instrumento de punição por parte do Estado, mas como instrumento de garantia ao processado de que terá um processo no qual poderá defender-se amplamente das acusações que pesam contra si. A teoria garantista, aplicando ao processo penal as garantias constitucionais do Estado de Direito, revela-se com instrumento apto para limitar o poder punitivo na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos processados⁹⁷.

⁹⁴ SANTANA, Daniel Victor Oliveira. *O direito de não produzir provas contra si mesmo e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?* Monografia. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2014, p. 54.

⁹⁵ NICOLITT; WEHRS, *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal – Lei nº 12.654/2012*, p. 93.

⁹⁶ SANCHES; GENTIL, *A teoria do garantismo e a proteção dos direitos fundamentais no processo penal*, p. 4529.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 4536.

2.3 O princípio da não obrigatoriedade de não produzir provas contra si mesmo

O princípio da não obrigatoriedade de não produzir provas contra si mesmo é um dos mais relevantes no processo penal, sendo que tem sido amplamente discutido a partir da promulgação da Lei nº 12.654/2012. A expressão *nemo tenetur se detegere* significa, literalmente, que ninguém é obrigado a se descobrir. Isso significa que qualquer pessoa acusada da prática de um ilícito penal não tem o dever de se autoincriminar, de produzir prova em seu desfavor, tendo como sua manifestação mais tradicional o direito ao silêncio⁹⁸.

O princípio em questão não deve ser visto como meio de incriminação do acusado, mas pelo contrário deve ser analisado como sendo um quesito processual que possibilite a parte responsável pela defesa produzir provas de que realmente seu cliente é inocente, e que este não necessita permanecer as margens de uma possível punição⁹⁹. Assim, o direito de não produzir provas contra si mesmo.

[...] depreende-se que as provas da responsabilidade pela autoria de um crime devem ser colhidas sem que haja a cooperação do acusado, uma vez que este, com o advento do modelo acusatório de processo penal, deixou de ser considerado objeto da prova. [...]. Nesse diapasão, o acusado da prática de um ilícito penal não tem o dever de se autoincriminar, nem tampouco de produzir prova em seu desfavor¹⁰⁰.

Esse princípio se firmou no período Iluminista, sendo que já naquela época o acusado deixou de ser visto exclusivamente como objeto de prova. Nesse sentido, o direito ao silêncio apresenta-se como uma das decorrências do princípio *nemo tenetur se detegere*, inserindo-se entre os direitos fundamentais¹⁰¹. Numa mesma perspectiva Gava destaca:

⁹⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1-4.

⁹⁹ QUINTINO, Delimitação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, p. 4.

¹⁰⁰ SANTANA, *O direito de não produzir provas contra si mesmo e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?*, p. 12.

¹⁰¹ QUEIJO, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 395.

Erguido sob a égide do Estado Iluminista e com vistas de afastar os excessos cometidos pelo Estado e de proteger os direitos fundamentais do indivíduo contra as coações físicas e morais praticadas pelo Estado Absolutista, o *nemo tenetur se detegere* foi pouco a pouco se sedimentando, não tardando a ser incorporado benevolmente nos ordenamentos jurídicos modernos. No ordenamento jurídico brasileiro não foi diferente, e em razão da ratificação pelo Estado Brasileiro da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, a garantia da não autoincriminação não apenas passou a estar formalmente consagrada entre nós, como também passou a integrar o rol das mais importantes garantias fundamentais do Estado de Direito¹⁰².

Analisando o percurso histórico, cabe destacar que em 1948 o princípio de não produzir provas contra si mesmo não foi disposto na Declaração Universal de Direitos Humanos, pois houve a previsão do princípio da presunção da inocência, indicando que a garantia dessa não produção de provas já estava englobada. Procurou-se, enquanto não se provar a culpabilidade, assegurar todas as garantias necessárias a defesa do réu, garantindo assim um processo justo. Já naquela época, buscava-se um caráter garantista no processo penal. Somente em 1969, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que o princípio foi expressamente escrito, ou seja, garantindo legalmente o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado¹⁰³. Assim, tal princípio encontra-se relacionado a outros direitos igualmente consagrados, tais como: o direito à intimidade, à liberdade moral, à dignidade e à intangibilidade corporal¹⁰⁴.

A maior parte da doutrina brasileira não hesita em sugerir que o artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal não só confere ao acusado o direito ao silêncio, como também o exime de contribuir na produção de prova que depende de sua cooperação. Nesse sentido, destaca-se que impelir o acusado a colaborar na produção de prova que possa acarretar resultado prejudicial aos seus interesses, representa violação indireta ao *nemo tenetur se detegere*¹⁰⁵.

Observa-se que este princípio está consagrado na Constituição Federal, além de conter vasta jurisprudência constitucional como os acórdãos 695/95, 542/97, 304/2004 e 181/2005¹⁰⁶. Contudo, há quem acredita que a Constituição Federal de 1988 firmou a

¹⁰² GAVA, A *garantia da não autoincriminação frente à bioética e à garantia da não autoincriminação*, p. 36.

¹⁰³ GOMES, Raimundo de Albuquerque; ALVES, Rozinara Barreto. A aplicabilidade da lei nº 12.654/2012: identificação criminal por coleta de material genético e seus reflexos constitucionais. *Caderno de Ciências Biológicas e da Saúde*, Boa Vista, n. 02, 2013, p. 8.

¹⁰⁴ SANTANA, *O direito de não produzir provas contra si mesmo e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?*, p. 6.

¹⁰⁵ GAVA, A *garantia da não autoincriminação frente à bioética e à garantia da não autoincriminação*, p. 25.

¹⁰⁶ NICOLITT; WEHRS, *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal – Lei nº 12.654/2012*, p. 63.

excepcionalidade da identificação criminal, ao dispor, no art. 5º, LVIII, que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

Essa discussão tem se tornado cada vez maior, a partir da Lei nº 12.654/2012, que prevê a identificação criminal pelo DNA, sugerindo uma colisão de direitos fundamentais. Segundo Santana, cumpre avaliar que a aplicabilidade da não autoincriminação no ordenamento pátrio, considerada direito fundamental, vem colidir com a Lei nº. 12.654/12. Essa lei, aparentemente, restringe, compelindo o acusado/condenado a, saindo da posição de resistência, que lhe é peculiar na relação jurídico-processual-penal, fornecer material genético para fins de identificação criminal, sob o argumento da prevalência do interesse público (persecução penal) sobre o privado (presunção de inocência e dignidade humana)¹⁰⁷.

Igualmente destaca Gomes, que o ponto nevrálgico da Lei 12.654/12 é se a mesma vai de encontro com princípios constitucionais e com garantias asseguradas, concentrando-se essa discussão em que pese haver restrição ou ofensa a direitos fundamentais individuais do acusado¹⁰⁸.

Esse debate tem suscitado a possibilidade de uma delimitação ao princípio em pauta, através de uma revisão sobre sua definição, de que não produzir provas contra si mesmo abranja as condutas comunicacionais do réu, orais e escritas, até se negar a colaborar com a produção de provas materiais. Desse modo, o que se busca é adequar a estrutura normativa referente ao processo penal, mediante as especificidades do atual cenário constitucional, certo que é imprescindível aliar o sistema jurídico aos avanços tecnológicos, a fim de que se possa obter uma adaptação as mais variadas mudanças nas características sociais¹⁰⁹.

Por igual, observa-se que a aceção da garantia da não autoincriminação à negativa do acusado em colaborar com a produção de provas que dependem de sua colaboração, se depreende que a garantia não tem cumprido os fins para os quais foi instituída, quais sejam, proteger os direitos fundamentais do acusado e repelir os abusos do Estado, mas tão somente

¹⁰⁷ SANTANA, *O direito de não produzir provas contra si mesmo e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?*, p. 10.

¹⁰⁸ GOMES; ALVES, *A aplicabilidade da lei nº 12.654/2012: identificação criminal por coleta de material genético e seus reflexos constitucionais*, p. 9.

¹⁰⁹ QUINTINO, *Delimitação ao principio *nemo tenetur se detegere**, p. 1.

tem sido utilizada para favorecer a impunidade, na medida em que tem se limitado a cumprir a nefasta função de obstaculizar a atividade persecutória do Estado¹¹⁰.

Enfim, conforme destaca Quintino, “é possível unir democracia e obrigatoriedade em um mesmo cenário constitucional, de forma que a legalidade prevaleça pautada nas características do garantismo”¹¹¹. Dessa maneira, a garantia da não autoincriminação não é um fim em si mesmo, mas, fundamentalmente, um meio de proteção de verdadeiros direitos fundamentais. Além disso, a eventual recusa do sujeito passivo em contribuir na produção de determinada prova deve legitimar-se, portanto, no argumento de que a sua colaboração representa, em maior ou menor grau, agressão direta a seus direitos fundamentais. Ou ainda, dito de outra maneira, a recusa em contribuir na produção de provas não violadoras de direitos fundamentais não merece escudar-se na garantia da não autoincriminação¹¹².

Com base no exposto acima, serão trazidas opiniões/posições favoráveis e contrárias acerca da constitucionalidade da Lei 12.654/2012. Buscar-se-á fazer uma avaliação de ambas as opiniões com o objetivo de chegar a uma conclusão sobre qual posição está mais adequada ao sistema penal brasileiro.

¹¹⁰ GAVA, *A garantia da não autoincriminação frente à bioética e à garantia da não autoincriminação*, p. 25.

¹¹¹ QUINTINO, Op. cit., p. 1.

¹¹² GAVA, Gabrielle Gasperin. *A garantia da não autoincriminação frente à bioética e à garantia da não autoincriminação*. Monografia. Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013, p. 26.

3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO BANCO DE DADOS PARA O ARMAZENAMENTO GENÉTICO E O DIREITO DA NÃO PRODUÇÃO DE PROVAS CONTRA SI

Neste capítulo faz-se uma discussão acerca dos posicionamentos encontrados na doutrina e jurisprudência sobre a Lei nº 12.654/2012, especialmente com relação à sua (in)constitucionalidade, com a finalidade de analisar as posições favoráveis ou contrárias ao banco de dados de perfis genéticos e de que forma está se ampliando o debate a respeito de sua incorporação no processo penal e sua relação com os princípios do processo, especialmente o direito dos acusados de não produzir provas contra si mesmo.

A grande discussão suscitada a partir da referida lei é que a coleta obrigatória de material genético do suspeito ou condenado é uma afronta ao direito de não produzir provas contra si mesmo, implicando, conseqüentemente, numa colaboração na produção de provas por parte dos sujeitos passivos da relação jurídico-processual-penal, ferindo também o princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, numa perspectiva favorável, entende-se que o banco de dados de perfis genéticos não representa qualquer violação ao *nemo tenetur se detegere* visto que além de evitar o erro judiciário da troca de identidades nos processos criminais, contribuiria para a eficiência da investigação penal, bem como para a redução da impunidade.

3.1 Posições favoráveis acerca da constitucionalidade da Lei 12.654/2012

A Lei nº 12.654/12 e o Decreto nº 7.950/13 são considerados importantes avanços para a consolidação da política pública de utilização dos bancos de perfis genéticos em prol da justiça no Brasil¹¹³.

As posições favoráveis ao referido instrumento enfatizam os vínculos com a ética forense, bem como buscam destacar a obediência dos princípios processuais penais e

¹¹³ JACQUES, *Banco de perfis genéticos: a ciência em prol da justiça*, p. 27.

constitucionais. Conforme Feller, não se trata, como alguns juristas têm defendido, de se obrigar a pessoa a produzir prova contra si mesma. O projeto não obriga o acusado a fornecer material genético para ser confrontado no caso em que está sendo processado. O fornecimento obrigatório só acontecerá se o indivíduo for definitivamente condenado. E, então, ficará para sempre identificável. E não se deve taxar de inconstitucional lei que prevê a identificação criminal, por qualquer meio não degradante de indivíduos condenados¹¹⁴. Afinal, o direito de não produzir provas contra si mesmo pode e deve ser usado em um processo ou investigação penal, mas jamais pode servir como um coringa para a prática de novos delitos¹¹⁵. Desse modo, o acusado/investigado não será obrigado a fornecer material enquanto estiver processado. A obrigação é posterior, em caso de condenação e para servir como prova em eventuais processos futuros.

Ademais, ressalta-se que não se pode esquecer que um exame de DNA nunca será, isoladamente, prova cabal de culpa. Provar-se que o indivíduo estava na cena de um crime ou provar-se que teve relações sexuais com a vítima não o torna, automaticamente, culpado do crime investigado. No entanto, prova de DNA pode, mesmo isoladamente, ser prova cabal de inocência. Por exemplo, se uma vítima de estupro aponta um inocente como seu algoz, com ou sem intenção de prejudicá-lo, um confronto com resultado negativo entre o DNA coletado na vítima e o do suspeito, invariavelmente, deverá resultar em absolvição¹¹⁶.

Sobre isso cabe salientar que mesmo os exames de DNA não operam com certeza, mas com probabilidade, não devendo ser, portanto, interpretados como a prova mais importante, mas como mais um meio probatório, nitidamente subsidiário em razão da sua afetação aos direitos e garantias individuais. Assim, uma das finalidades do processo penal é a realização da justiça e a descoberta da verdade material. Todavia, não se pode esquecer outra finalidade

¹¹⁴ FELLER, Marcelo. *Força probatória: Banco de DNA - O Brasil está preparado?* Consultor Jurídico. Maio/2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-09/marcelo-feller-banco-dna-condenados-brasil-preparado>>. Acesso em: 14 set. 2013, p. 1.

¹¹⁵ AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - COLETA DE PERFIL GENÉTICO - ART. 9º-A DA LEP - OBRIGATORIEDADE - IMPOSSIBILIDADE - MANUTENÇÃO DA DECISÃO DO MAGISTRADO 'A QUO' - NECESSIDADE - RECURSO DESPROVIDO. A coleta do perfil genético de sentenciados, mediante extração de DNA é prevista, de forma obrigatória, pelo art. 9º-a da LEP, podendo tais dados ser requisitados pelas autoridades policiais no caso de inquéritos instaurados. Não há como compelir indivíduo a fornecer material que entenda lhe ser desfavorável, sob pena de violação da garantia de não autoincriminação e em obediência ao princípio do *nemo tenetur se detegere*. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 2ª Câmara Criminal. Processo nº AGEPN 10024057931461002 MG. Relator Des. Beatriz Pinheiro Caires, Julgamento 03/04/2014).

¹¹⁶ FELLER, Op. cit., p. 1.

do processo penal, a proteção dos direitos fundamentais do cidadão perante o Estado, que impõe que a verdade que se procura seja uma verdade processualmente válida¹¹⁷.

Apesar das divergências doutrinárias, entende-se que é possível a efetivação da lei do banco de dados de perfil genético tal como ocorre com a identificação datiloscópica ou mesmo a fotográfica. Isso se destaca pelo fato de que ambas podem ser realizadas contra a vontade do agente, sendo, inclusive, utilizadas para efeitos de reconhecimento de autoria de infração penal¹¹⁸. Da mesma forma isso ocorre na hipótese em que as impressões digitais são apuradas pelos peritos no local do crime, e que necessitam de material para sua comparação, material esse já colhido previamente, mesmo contra a vontade do suposto autor do delito¹¹⁹.

A utilização do banco de dados genético deve ser visto como um meio para identificar e punir, legalmente, homicidas e criminosos sexuais, livrando muitos inocentes que não serão tidos como culpados injustamente. Ademais, o sistema obedece a princípios de proteção da informação genética, atentando para o direito à intimidade e dignidade da pessoa humana, a fim de evitar abusos¹²⁰.

Dentre as correntes favoráveis e que elogiam a lei que prevê a coleta de perfil genético, destaca-se o fato de que a mesma poderá auxiliar em investigações de crimes cometidos por ex-detentos ou reincidentes, indo ao encontro dos interesses sociais que buscam reduzir a criminalidade. Além disso, os defensores do instrumento legal, afirmam que não se trata de afronta ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, porque o material biológico coletado não será confrontado no caso em que o indivíduo estiver respondendo, já que a lei

¹¹⁷ FIDALGO, 2006 apud GRANT, Carolina. Limites e possibilidades constitucionais à criação do banco de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, n. 5, p. 111-141, jul./dez. 2011, p. 130.

¹¹⁸ GRECO, Rogério. Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVII, n. 389, p. 32-33, 1º de abril de 2013, p. 33.

¹¹⁹ AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. ARTIGO 9º-A DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. CRIAÇÃO DE BANCO DE DADOS COM MATERIAL GENÉTICO DO APENADO. NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. PROCEDIMENTO DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. RETROATIVIDADE. A Lei nº 12654/2012 introduziu o art. 9º-A da Lei de Execução Penal, o qual dispõe sobre a identificação do perfil genético mediante extração de DNA obrigatória daqueles condenados por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos. A criação de banco de dados com material genético do apenado, nas hipóteses previstas no art. 9º-A da Lei de Execução Penal, não viola o princípio do *nemo tenetur se detegere*, vez que decorre de condenação criminal transitada em julgado. Por se tratar de norma que prevê mero procedimento de identificação criminal, não há que se falar em violação ao princípio da irretroatividade da lei penal (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 2ª Câmara Criminal. Processo nº AGEPN 10024110088234001 MG. Relator Des. Catta Preta, Julgamento 29/05/2014).

¹²⁰ VIEIRA, Tereza Rodrigues. Direito à intimidade genética em face do interesse público. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVII, n. 389, p. 34-35, 1º de abril de 2013, p. 35.

prevê a extração obrigatória somente para casos em que haja condenação por determinados crimes, servindo apenas como meio de prova para processos futuros¹²¹.

Cumprе salientar que a utilização de material genético já é parte do processo penal, sendo que as discussões pairam mais sobre a eficácia da lei e observância dos princípios constitucionais¹²². Ademais, é impossível deixar de lado toda a tecnologia da genética e sua importância como prova processual¹²³. Para o autor, torna-se relevante aperfeiçoar o programa genético humano assim como incrementar sua aplicação ao processo penal, além disso:

Chega ser irônico que a mesma amostra que causa temor por ferir a privacidade e provocar injustiças seja utilizada para isentar condenados por crimes de que são inocentes. Com o passar do tempo, mais se evidenciará a grande importância dos modernos meios técnicos para auxiliar a identificação de autores de crimes e para demonstrar a inocência de vítimas de erros judiciários¹²⁴.

Outro argumento considerado por aqueles que são favoráveis a Lei nº 12.654 está relacionado ao fato de que o exame de DNA pode ser, ainda que isoladamente, prova de inocência, mas que ele sozinho, nunca será prova de culpabilidade¹²⁵. Também considera-se que a identificação seja ela civil ou criminal faz parte da segurança pública e não pode ser confundida a partir do interesse particular ou público. Assim, a identificação da pessoa é um direito do Estado, sendo que “o banco de dados se insere na mesma esfera da impressão digital e interessa não só ao culpado, mas também ao inocente”¹²⁶.

¹²¹ SILVA, Maíra Saad da. *Análise da constitucionalidade da lei nº 12.654/12 que prevê a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal e dá outras providências*. Curso de Direito. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2012, p. 43.

¹²² APELAÇÃO CRIMINAL. COLETA FORÇADA DE MATERIAL BIOLÓGICO DE INVESTIGADO PARA APURAÇÃO DA AUTORIA DELITIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. A coleta forçada de material biológico de investigado para apuração da autoria delitiva, ainda que por técnica indolor, ofende princípios constitucionais (*nemo tenetur se detegere*), bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo a qual toda a pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada, da qual o Brasil é signatário. Recurso não provido. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 3ª Câmara Criminal. Processo nº AGEPN APR 10144130018084001 MG. Relator Des. Antônio Armando dos Anjos, Julgamento 13/08/2014).

¹²³ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Arquivando o homem de cristal. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVII, n. 389, p. 28-29, 1º de abril de 2013, p. 29.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 29.

¹²⁵ SILVA, *Análise da constitucionalidade da lei nº 12.654/12 que prevê a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal e dá outras providências*, p. 44.

¹²⁶ NACIF apud SILVA, Op. cit., p. 45.

3.2 Entendimentos contrários sobre a constitucionalidade da Lei 12.654/2012

Os posicionamentos contrários à Lei nº 12.654/12 e que acreditam na sua inconstitucionalidade estão relacionados, especialmente, com questões relativas ao conflito entre princípios, especialmente o da não produção de provas contra si mesmo e o da dignidade da pessoa humana.

Esse é o pensamento de Nascimento que destaca que os conflitos que se instalam no contexto da intervenção corporal para a coleta compulsória do material genético para sua utilização como prova no Processo Penal Brasileiro voltam-se principalmente a violação à dignidade da pessoa humana, à intimidade, à liberdade individual, à integridade física e moral, bem como a não autoincriminação¹²⁷.

Conforme Romano, a grande preocupação é de que o armazenamento de dados genéticos, em um banco destinado à identificação de indivíduos, possa favorecer à discriminação, sobretudo quando pode levar alguém a ser discriminado no mercado de trabalho, mercê da indicação de doenças ou predisposição para elas, a seleção a determinados cargos ou funções no serviço público¹²⁸. Para ele, tal banco de dados é uma afronta ao direito à intimidade previsto no artigo 5º, X, da Constituição Federal, tendo em vista o perigo de disseminação de informações com relação ao genoma do investigado, uma vez que tal prova deve ser protegida pelo sigilo, e se for usada, fora desse parâmetro, é caso de prova ilícita.

Além disso, ressalta-se que o banco de dados fere o direito à intimidade do indivíduo, como garantia constitucional, uma vez que os dados genéticos de uma pessoa não podem ser colocados à disposição de terceiros, como se lê de Convenção aprovada pela UNESCO, em 2003, artigo 14¹²⁹. Dir-se-á que os dados genéticos estão protegidos com relação ao direito à privacidade e são temporários, de modo que seriam necessários: para esclarecimento de um determinado crime; identificação de seu autor; identificação e captura do criminoso foragido. Contudo, importante considerar que “o banco de perfis genéticos pode trazer consequências

¹²⁷ NASCIMENTO, Flávia Lourenço da Silva do. *As polêmicas inovações advindas da lei 12.654/2012*. Monografia. Universidade Católica de Brasília. Taguatinga, 2013, p. 51.

¹²⁸ ROMANO, Rogério Tadeu. *Identificação criminal pelo DNA: uma experiência lombrosiana*. Publicado em março/2013. Disponível em: <<http://www.jfn.gov.br/jfn/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina305-identificacao-criminal-pelo-dna.pdf>> Acesso em: 14 set. 2013, p. 1.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 1.

estranhadoras, próprias de um Estado Totalitário”¹³⁰. O grande problema que surge com a referida lei foca a questão do choque entre interesses públicos e garantias individuais:

De um lado, a sociedade deseja uma melhor segurança pública, reduções nos índices de criminalidade e uma justiça mais eficiente. Por outro lado, os indivíduos que serão submetidos às novas regras implementadas pela recente lei, desejam que seus direitos e garantias não sejam violados. Direitos e garantias esses previstos na Constituição Federal, lei maior e suprema do país, traduzidos no ordenamento como princípios fundamentais¹³¹.

Pensamento semelhante é apontado por Nicolitt e Wehrs ao considerarem que a coleta obrigatória de material biológico de condenados por crime dolosamente praticado com violência de natureza grave contra a pessoa ou por qualquer crime deve ser interpretada a partir da ótica constitucional bem como das normas internacionais de Direitos Humanos¹³². Para os autores, qualquer entendimento diverso viola os princípios do *nemo tenetur se detegere*, violando no caso de o apenado estar sendo processado ou investigado por outro delito no momento da coleta contra a sua vontade.

Igualmente retrata Grant ao enfatizar que é difícil falar-se em obrigatoriedade do indiciado ou acusado em ceder material para exame genético que possa vir a ser utilizado como prova contra si, incorrendo o cedente em autoincriminação. Qualquer tipo de coleta sem o seu consentimento, bem como o recurso a amostras já existentes em um banco de perfis genéticos destinado à persecução criminal, além de meios atentatórios ao estado de inocência, também comprometem, sobremaneira, o direito ao silêncio¹³³.

Ademais, cumpre destacar que a coleta de material biológico do condenado, com o emprego de força, constitui clara violação à dignidade da pessoa humana, à intimidade, à privacidade e à intangibilidade do corpo humano. Além disso, essa ação denota uma desproporcionalidade entre a medida, no que tange ao interesse do Estado de punir futuros delitos, os quais se presume seriam praticados pelo condenado que teve seu material biológico extraído, e as garantias fundamentais de qualquer ser humano¹³⁴.

¹³⁰ ROMANO, *Identificação criminal pelo DNA: uma experiência lombrosiana*, p. 2.

¹³¹ SILVA, *Análise da constitucionalidade da lei nº 12.654/12 que prevê a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal e dá outras providências*, p. 49.

¹³² NICOLITT; WEHRS, *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal – Lei nº 12.654/2012*, p. 155.

¹³³ GRANT, *Limites e possibilidades constitucionais à criação do banco de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil*, p. 131.

¹³⁴ NICOLITT; WEHRS, *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal – Lei nº 12.654/2012*, p. 156.

O sistema processual penal brasileiro, por uma leitura constitucional, exige equilíbrio entre a liberdade e a segurança, assegurando a eficiência com garantismo. Nesse sentido, destaca-se que o processo penal deve ser baseado na constitucionalidade, tendo como diretriz a Constituição da República de 1988 e a dignidade da pessoa humana como linha-mestra de toda a sistemática jurídica. Caso contrário, ou seja, se o processo penal não tivesse o vetor constitucional para realizar sua interpretação, não haveria uma sistemática coesa com a Lei Maior, tendo como consequência dissonância do Estado Democrático de Direito e de seus objetivos, fundamentos e instrumentos de garantia¹³⁵.

Essa condição aponta para a inconstitucionalidade da Lei nº 12.654, sendo que ao interpretar a norma a partir dos postulados constitucionais, evidencia-se que há conflito entre princípios, inclusive o da “dignidade da pessoa humana que é essencial ao Estado Democrático de Direito, sob pena de desconstitui-lo, devendo primar pela efetivação deste supraprincípio”¹³⁶.

Cabe ainda assinalar que há um choque da referida lei não apenas com direitos fundamentais, mas também com princípios do processo penal. Dessa maneira, embora se reconheça a fundamentalidade do *nemo tenetur se detegere*, é de se perceber que este não se trata de um direito absoluto do imputado, devendo coexistir com outros direitos e valores igualmente tutelados, a exemplo da paz social e da segurança pública. Nesse sentido, o diploma legal, ao instituir a coleta compulsória de material genético do investigado/apenado, viola não apenas o direito fundamental da vedação à autoincriminação, mas, também, o postulado da presunção de inocência, tão caro ao vigente sistema processual penal¹³⁷.

Igualmente, Queijo salienta que o direito ao silêncio decorre do princípio do *nemo tenetur se detegere* e faz parte da autodefesa do réu, que juntamente com a defesa técnica constitui o direito à ampla defesa¹³⁸. Nessa perspectiva, ao recusar colaborar na persecução penal o acusado não pode ter violado o princípio da presunção da inocência, tendo o direito de não se autoincriminar, não podendo ser esta conduta interpretada desfavoravelmente a ele.

¹³⁵ NOGUEIRA, Mariana Stuart. O sigilo no processo penal e a efetivação dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica*, n. 422, p. 93-123, dez./2012, p. 109.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 111.

¹³⁷ SANTANA, *O direito de não produzir provas contra si mesmo e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?*, p. 63.

¹³⁸ QUEIJO, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, p. 74-75.

Para Quintino as consequências da violação do *nemo tenetur se detegere* reportam-se ao tema da ilicitude da prova. A CF, no artigo 5º, inciso LVI, veda expressamente a admissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos. Todavia, a fim de mitigar tal vedação, há a possibilidade de admissibilidade de provas ilícitas com base no princípio da proporcionalidade¹³⁹.

Insta salientar que a Lei nº 12.654 não tem definido os critérios capazes de limitar e, assim, legitimar a utilização de material genético em um processo penal democrático, em razão de sua insuficiência e abstração, capaz de possibilitar as mais diversas (e injustificadas) motivações. Partindo para uma adequada interpretação, deveria-se dar atenção aos seguintes pressupostos: 1) imprescindibilidade para a investigação; 2) subsidiariedade da medida; 3) presença de indícios razoáveis; 4) proporcionalidade; e, 5) decisão judicial especificamente motivada¹⁴⁰.

A partir disso, pode-se destacar a existência de uma colisão de direitos fundamentais constitucionais a partir da Lei nº 12.654/12, o que leva a considerá-la inconstitucional:

Em face do panorama delineado acerca do processo penal constitucional brasileiro e dos direitos fundamentais potencialmente afetados com o uso do material genético para fins de investigação criminal, com destaque para a garantia do devido processo legal, da presunção de inocência e do direito ao silêncio, é possível inferir-se que tanto a utilização pontual de material genético para fins de identificação na esfera criminal, quanto à formação de um banco nacional de perfis genéticos para fins de persecução interferem por demais na esfera dos direitos e garantias constitucionais do indivíduo¹⁴¹.

Conforme a Lei nº 12.654, no caso de crimes dolosos, praticados com violência de natureza grave contra pessoa, hediondos ou equiparados, a identificação do perfil genético é obrigatória, mediante extração de DNA, devendo seguir técnica adequada e indolor. Interpretando o instrumento legal destaca-se que a identificação genética do condenado não serve para qualquer investigação criminal em curso (podendo subsidiar investigação futura), muito menos para esclarecer dúvida eventualmente gerada pela identificação civil (ou mesmo datiloscópica), tendo como fim principal abastecer banco de dados sigiloso, a ser

¹³⁹ QUINTINO, Delimitação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, p. 23.

¹⁴⁰ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Dados genéticos no processo penal*: tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/12. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/TV/13.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2014, p. 3.

¹⁴¹ GRANT, *Limites e possibilidades constitucionais à criação do banco de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil*, p. 136.

regulamentado pelo Poder Executivo. Essa regra é controversa e vista como inconstitucional, pois tem seu foco voltado à obrigatoriedade no fornecimento de material genético¹⁴².

Há uma tendência em considerar que a coleta compulsória só deve ser realizada quando a intervenção for realmente necessária para as investigações, ou seja, quando a autoridade policial não conseguir demonstrar de outro modo a autoria do crime. Desse modo, a intervenção prevista pela Lei 12.654/12 deverá ser operada somente quando da impossibilidade da autoridade policial conseguir deslindar a autoria do crime através de meio menos prejudicial aos direitos fundamentais do suspeito/condenado¹⁴³.

Nesse ínterim, a lei do banco de dados resulta em inconstitucionalidade, uma vez que desconsidera algumas garantias fundamentais como o princípio da interpretação efetiva e o de não produzir prova contra si, direito implícito na CF de 1988 e expresso na Convenção Americana de Direitos Humanos da qual o Brasil é signatário¹⁴⁴.

Com base nesta perspectiva, Guedes ressalta a inconstitucionalidade da identificação genética nos moldes aprovados na referida lei, tendo em vista que não prevê mecanismos de controle adequados e não garante sequer a integridade física dos fichados¹⁴⁵. Assim, a inconstitucionalidade da identificação genética, a partir dos moldes aprovados na Lei 12654/12 é latente, e não pode ser mantida por se tratar de uma norma em branco que não prevê mecanismos de controle adequados e não garante sequer a integridade física dos fichados, o que não pode ao menos ser cogitado no Estado Constitucional de direitos humanos a que o Brasil adotou¹⁴⁶.

Fazendo um paralelo entre os argumentos favoráveis e contrários a constitucionalidade das normas sobre banco de dados de perfis genéticos, pode-se observar que dentre os principais posicionamentos favoráveis encontram-se: a possibilidade de melhoria nas investigações; a ausência de afronta a princípios constitucionais; a não utilização de instrumentos invasivos para a coleta de material biológico; a eficiência do exame de DNA para prova de inocência; maior segurança pública, a diminuição na quantidade de erros judiciários e conseqüentemente maior efetividade para o sistema judiciário brasileiro. Já os

¹⁴² CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio. *Lei 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade(?)*. Publicado em 04/06/2012. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/06/04/lei-12-65412-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade/>. Acesso em: 10 ago. 2014, p. 2.

¹⁴³ LOPES JR., *Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?*, p. 6.

¹⁴⁴ CUNHA; GOMES, *Lei 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade(?)*, p. 2.

¹⁴⁵ GUEDES, *A inconstitucionalidade da criação de banco de dados genéticos para fins de identificação criminal pela Lei nº 12.654/12*, p. 10.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 11.

argumentos contrários relacionam-se a afronta a vários princípios e garantias constitucionais, a preocupação maior não com a criação de novas técnicas, mas sim com o aumento na efetividade das políticas públicas e sociais e a possibilidade de falhas e manipulações do exame de DNA¹⁴⁷.

O exame de DNA, apesar de ser um meio de prova de alto nível, pode ser falho, uma vez que ele apenas comprova que determinado material genético encontrado na cena do crime ou na vítima pertence a determinado indivíduo. Isso mostra que não prova se indivíduo dono do material genético foi quem realmente cometeu o crime. Além disso, o material coletado pode sofrer danos ou ainda ser manipulado, o que pode gerar um equívoco no momento de sua interpretação¹⁴⁸

Assim, apesar da nova norma apresentar-se como um avanço científico no contexto do processo penal, muitos pontos são contestáveis, devendo ser compatibilizada aos preceitos constitucionais brasileiros a fim de alcançar a exequibilidade almejada pelo legislador pátrio¹⁴⁹.

Evidente que a legislação precisa evoluir e acompanhar o desenvolvimento biotecnológico. Contudo, as disposições legais não podem contrariar os direitos fundamentais do cidadão e muito menos contrariar disposições internacionais a esse respeito. Há que se evitar, principalmente, que a lei implemente discriminações inadvertidas e sem qualquer fundamentação lógica, psicológica ou prática, mas tão somente fundamentada na espécie de crime anteriormente praticado pelo indivíduo, pelo qual já foi julgado, condenado e cumpre pena¹⁵⁰.

O fato de obrigar alguém a fornecer material para traçar seu perfil genético, mesmo que de forma indolor, gera constrangimento e conduz a produção de prova contra si mesmo. Ademais, deve ser lembrada a discussão travada com a edição da “Lei Seca”, tendo o STJ decidido, seguindo precedentes do STF, que o motorista não pode ser obrigado a participar do “teste do bafômetro” ou fornecer material para exame de sangue, sob pena de violar a garantia da não autoacusação^{151 152}. Outrossim, é importante ressaltar que:

¹⁴⁷ SILVA, *Análise da constitucionalidade da lei nº 12.654/12 que prevê a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal e dá outras providências*, p. 56.

¹⁴⁸ LOPES JR., *Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)*, p. 6.

¹⁴⁹ PEREIRA, *Lei 12.654/12: a identificação criminal por perfil genético no Brasil*, p. 2.

¹⁵⁰ RIZZO, *O uso da biotecnologia com o devido respeito aos direitos fundamentais do ser humano - uma análise crítica necessária*, p. 26.

¹⁵¹ CUNHA; GOMES, *Lei 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade(?)*, p. 2.

¹⁵² APELAÇÃO CRIMINAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. PRELIMINAR QUANTO EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE REJEITADA. PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE. REGULARIDADE DO TESTE. PENA MANTIDA. DISPENSA DAS CUSTAS PROCESSUAIS. PEDIDO QUE DEVE SER DIRIGIDO AO JUÍZO DA

[...] a nova legislação apresenta questões passíveis de pertinentes críticas, inclusive quanto à sua constitucionalidade, além de conter lacunas que podem ocasionar graves violações a direitos fundamentais. Assim, não se pode sustentar que o Direito Processual Penal fique alheio às novas tecnologias, como os exames de DNA, mas tais inovações precisam ser reguladas de modo compatível com um processo penal democrático constitucionalmente orientado. O poder punitivo precisa ser constantemente limitado e criticado, sob pena de uma expansão sem limites da arbitrariedade e do autoritarismo¹⁵³.

Desse modo, espera-se que o banco de perfis genéticos não gere um monopólio estatal de dados genéticos, muito menos crie possibilidades para um controle estatal sobre os direitos humanos¹⁵⁴. Cumpre destacar que o avanço e aparente progresso do sistema de informações genéticas na área penal pode contribuir para a negação das garantias constitucionais dos indivíduos. Ademais, “quando se consente em trocar liberdades individuais por uma enganosa promessa de segurança coletiva, não se conquista a segurança e acaba-se por trocar a democracia pelo controle estatal, consolidando o crescimento do poder punitivo”¹⁵⁵.

EXECUÇÃO. PRECEDENTES. 1. O réu foi condenado pela prática do crime de embriaguez ao volante à pena de 07 meses de detenção, substituída por prestação de serviços a sociedade, mais pagamento de 10 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo e suspensão do direito de dirigir veículo automotor pelo período de 02 meses. Em recurso, a defesa alega, preliminarmente, a extinção da punibilidade ante a retroatividade da lei mais benigna, afirmando que a nova redação do art. 306 do CTB exige prova de perda da habilidade psicomotora para incidência no tipo. No mérito, sustenta, em síntese, que ficara prejudicada a materialidade do crime, pois o bafômetro não estaria nas condições estabelecidas pelo Inmetro. Aduz ainda que o réu não foi cientificado do direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo, o que invalidaria a produção probatória. Pede assim, a absolvição do réu. Subsidiariamente, afastamento da agravante e isenção da pena de multa. 2. Diante da ampliação dos meios de constatação da embriaguez ao volante pela Lei 12.760/12, mostra-se mais favorável a redação do art. 306 do CTB vigente ao tempo dos fatos. Mesmo na redação atual, o crime é de perigo abstrato. Preliminar afastada. 3. Materialidade e autoria comprovadas. Provas são suficientes para demonstrar que o réu praticou o crime do art. 306 do CTB, tendo sido comprovado, por meio do teste do etilômetro válido, que conduziu o veículo sob a concentração de 0,76 miligramas de álcool por litro de sangue. Inexistente a prova de o réu ter sido coagido à realização do teste, não vingam a tese de nulidade por produção de prova contra si. 4. A multa é preceito secundário da norma do art. 33, caput, da Lei 11.343/06, não havendo previsão legal para a isenção do pagamento, ainda que se trate de réu pobre. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 1ª Câmara Criminal. Apelação Crime Nº 70057427833, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 30/07/2014).

¹⁵³ VASCONCELLOS, *Dados genéticos no processo penal: tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/12*, p. 11.

¹⁵⁴ NASCIMENTO, *As polêmicas inovações advindas da lei 12.654/2012*, p. 61.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 66-67.

CONCLUSÃO

Com o objetivo de analisar se é obrigatório ou não a coleta de material genético com base na Lei nº 12.654/12 e o direito de não produzir provas contra si mesmo, o presente trabalho trouxe à tona alguns pareceres favoráveis e contra a referida lei.

Ao analisar a efetividade e eficácia da referida Lei, pode-se considerar que o referido instrumento tem sido visto como um fator preponderante para o “fazer justiça”, associado à necessidade de redução da criminalidade tão comum nos dias atuais. Contudo, a colisão com princípios fundamentais básicos, tem suscitado discussões e dúvidas acerca de sua eficácia.

Pesquisando sobre a aplicabilidade do princípio da não produção de provas contra si na referida Lei, destaca-se que as posições contrárias e favoráveis ao instrumento, atacam em frentes diferentes, sendo que os que são a favor afirmam que a lei não fere tal princípio, ao contrário daqueles que são contra.

No que se refere ao funcionamento o banco de dados de DNA, evidenciou-se que a coleta é realizada de forma obrigatória para fins de identificação criminal nos casos de crime contra a pessoa e categorizados como hediondos, sendo que no processo de investigação ou após a condenação definitiva os dados genéticos revelam apenas as características do perfil genético dos indivíduos fichados, ou seja, descrição étnica e sexo, e não outras informações capazes de serem extraídas em exames mais elaborados de DNA.

Ao verificar sobre a constitucionalidade da coleta obrigatória de material genético no sistema penal brasileiro conforme Lei nº 12.654/12, evidenciou-se que analisando o artigo 5º da Constituição Federal afirma-se que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Assim sendo, entende-se de que em se tratando de investigação criminal, o indiciado não tem a liberdade para se omitir nem está obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Além da Constituição Federal, o princípio do “*nemo tenetur se detegere*” adere o direito de não produzir provas contra si mesmo, ou seja, o acusado não fica obrigado a colaborar com as investigações, sendo que o Pacto de San José da costa rica, afirma os indivíduos tem seus direitos e sua liberdade reconhecida, sem distinção. Desta forma, ao impor a obrigatoriedade de que o investigado forneça material biológico para fins de

investigação policial, estará entrando-se em confronto com o referido princípio, ferindo garantias constitucionais de fundamental importância, além de correr o risco de estar se produzindo uma prova obtida por meio ilícito.

Tem-se prova ilícita quando esta for obtida mediante violação a regras de direito material, como é o caso do direito a não autoincriminação, independentemente do processo, tal prova será reputada ilícita. Assim sendo, não se pode negar que a coleta forçada de material biológico para produção do exame de DNA caracteriza uma forma ilícita de obtenção da prova, não sendo, portanto, admissível no sistema legal brasileiro (CF, art. 5º, LVI). O art. 9º-A da Lei de Execução Penal, também adicionado pela Lei nº 12.654/12, estabelece expressamente a obrigatoriedade de submissão à identificação do perfil genético dos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos chamados crimes hediondos. Ainda, destaca-se que a coleta de material biológico do indiciado, com o emprego de força, gera violação à dignidade da pessoa humana, à intimidade, à privacidade e à intangibilidade do corpo humano.

No entanto, a lei 12.654/2012 dá a possibilidade de a investigação criminal poder ser feita por coleta de material genético (estes podem por coleta de sangue, saliva, unhas, etc) para a obtenção de um perfil genético do acusado tendo por meio de exame de DNA. Sendo que, para este ser efetuado pode-se utilizar a força moderada, sempre que se tratar de exame fundamental para a identificação criminal. Destarte, este dispositivo não se trata apenas de simples identificação do acusado, mas da obtenção de um perfil genético completo, o qual poderá ser utilizado sempre que o sujeito for o acusado de um suposto crime.

Diante do exposto, foram indicadas as posições sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Lei 12.654/2012. Com base nas discussões, acredita-se que a referida Lei apresenta caráter inconstitucional uma vez que não se pode fazer justiça ferindo garantias e princípios fundamentais do cidadão, sob pena de tornar nulo o processo e negligenciar as bases do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Trícia Kommers. Genética forense e os bancos de perfis genéticos. **Revista Jurídica Consulex**, ano XVII, n. 389, p. 36-37, 1º de abril de 2013.

ALMEIDA NETO, João Becon de. **Bancos de dados genéticos para fins criminais: aspectos jurídicos**. Monografia. Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

ANSELMO, Márcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. **Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país**. Consultor Jurídico, Junho/2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>. Acesso em: 05 nov. 2013.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Processo nº AGEPN 10024057931461002 MG**, da Segunda Câmara Criminal. Relator: Des. Beatriz Pinheiro Caires. Belo Horizonte, 03/04/2014. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencias-mg>. Acesso em: 10 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Processo nº AGEPN 10024110088234001 MG**, da Segunda Câmara Criminal. Relator Des. Catta Preta. Belo Horizonte, 29/05/2014. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencias-mg>. Acesso em: 10 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Processo nº AGEPN APR 10144130018084001 MG**, da Terceira Câmara Criminal. Relator Des. Antônio Armando dos Anjos. Belo Horizonte, 13/08/2014. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencias-mg>. Acesso em: 15 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime Nº 70057427833**, Primeira Câmara Criminal. Relator Des. Julio Cesar Finger. Porto Alegre, 30/07/2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>. Acesso em: 25 ago. 2014.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio. **Lei 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade(?)**. Publicado em 04/06/2012. Disponível em:

<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/06/04/lei-12-65412-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade/>. Acesso em: 10 ago. 2014.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

FELLER, Marcelo. **Força probatória: Banco de DNA - O Brasil está preparado?** Consultor Jurídico. Maio/2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-09/marcelo-feller-banco-dna-condenados-brasil-preparado>>. Acesso em: 14 set. 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GANDRA, Thiago Grazziane. **Princípios básicos de proteção do acusado no processo penal**. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/662012.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2013.

GAVA, Gabrielle Gasperin. **A garantia da não autoincriminação frente à bioética e à garantia da não autoincriminação**. Monografia. Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

GOMES, Raimundo de Albuquerque; ALVES, Rozinara Barreto. A aplicabilidade da lei nº 12.654/2012: identificação criminal por coleta de material genético e seus reflexos constitucionais. **Caderno de Ciências Biológicas e da Saúde**, Boa Vista, n. 02, 2013.

GRANT, Carolina. Limites e possibilidades constitucionais à criação do banco de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, n. 5, p. 111-141, jul./dez. 2011.

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

GUEDES, Gabriel Pinto. **A inconstitucionalidade da criação de banco de dados genéticos para fins de identificação criminal pela Lei nº 12.654/12**. Disponível em: <http://gabrielguedes.adv.br/wp-content/uploads/2012/07/A-inconstitucionalidade-da-criacao-de-banco-de-dados-geneticos-para-fins-de-identificacao-criminal-pela-lei-12654-de-2012.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2013.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Arquivando o homem de cristal. **Revista Jurídica Consulex**, ano XVII, n. 389, p. 28-29, 1º de abril de 2013.

JACQUES, Guilherme Silveira. Banco de perfis genéticos: a ciência em prol da justiça. **Revista Jurídica Consulex**, ano XVII, n. 389, p. 25-27, 1º de abril de 2013.

_____; MINERVINO, Aline Costa. Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos. **Revista Perícia Federal**, Brasília, ano IX, nº 26, p. 17-20, Junho/2007-

agosto/2008. Disponível em: <http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistas/downloads/26.pdf>. Disponível em: 29 abr. 2014.

LIMA, Hélio Buchmuller. DNA x criminalidade. **Revista Perícia Federal**, Brasília, ano IX, nº 26, p. 8-11, Junho/2007-agosto/2008. Disponível em: <http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistas/downloads/26.pdf>. Disponível em: 29 abr. 2014.

LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 236, p. 5-6, julho 2012.

MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação criminal pelo DNA**. Disponível em: http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf. Acesso em: 10 nov. 2013.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MICHELIN, Kátia; PACHECO, Ana Cláudia; BITTENCOURT, Eloísa Auler; ALBUQUERQUE, Trícia Kommers. Banco de dados de perfis genéticos no combate aos crimes sexuais. **Revista Perícia Federal**, Brasília, ano IX, nº 26, p. 13-16, Junho/2007-agosto/2008. Disponível em: <http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistas/downloads/26.pdf>. Disponível em: 29 abr. 2014.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria**. São Paulo: LTr, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Flávia Lourenço da Silva do. **As polêmicas inovações advindas da lei 12.654/2012**. Monografia. Curso de Direito. Universidade Católica de Brasília. Taguatinga, 2013.

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

NOGUEIRA, Mariana Stuart. O sigilo no processo penal e a efetivação dos direitos fundamentais. **Revista Jurídica**, n. 422, p. 93-123, dez./2012.

NUNES, Ricardo Ferreira. **Bancos de dados genéticos para fins criminais: aspectos bioéticos e biopolíticos**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília. Brasília, 2012. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11697/1/2012_RicardoFerreiraNunes.pdf. Acesso em: 30 abr. 2014.

PEDUZZI, Pedro. Rede nacional de genética forense: o Brasil está pronto para ter um banco de dados de perfis genéticos. **Revista Perícia Federal**, Brasília, ano IX, nº 26, p. 6-7, Junho/2007-agosto/2008. Disponível em: <http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistas/downloads/26.pdf>. Disponível em: 29 abr. 2014.

PEREIRA, Filipe Martins Alves. **Lei 12.654/12: a identificação criminal por perfil genético no Brasil.** Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/filipemartinspereira/2013/11/08/lei-12-65412-a-identificacao-por-perfil-genetico-no-brasil/>. Acesso em: 20 jul. 2014.

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

QUINTINO, Douglas Silva. Delimitação ao princípio *nemo tenetur se detegere*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 103, ago. 2012.

RIZZO, Mariane Vieira. O uso da biotecnologia com o devido respeito aos direitos fundamentais do ser humano - uma análise crítica necessária. **Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília**, ed. 11, p. 15-27, maio/2013.

ROMANO, Rogério Tadeu. **O problema da identificação do investigado no inquérito policial.** Disponível em: <http://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina304-o-problema-da-identificacao-do-investigado-no-inqueiro.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2014.

_____. **Identificação criminal pelo DNA: uma experiência lombrosiana.** Publicado em março/2013. Disponível em: <http://www.jfrn.gov.br/jfrn/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina305-identificacao-criminal-pelo-dna.pdf>. Acesso em: 14 set. 2013.

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; GENTIL, Plínio Antonio Brito. **A teoria do garantismo e a proteção dos direitos fundamentais no processo penal.** Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília/DF, nov./2008. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/16_654.pdf. Acesso em: 27 jun. 2014.

SANGUINÉ, Livia de Maman. **O direito de não produzir prova contra si mesmo no processo penal ‘*nemo tenetur se detegere*’.** Publicado em 2010. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/livia_sanguine.pdf. Acesso em: 08 nov. 2013.

SANTANA, Daniel Victor Oliveira. **O direito de não produzir provas contra si mesmo e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?** Monografia. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2002.

SCHIOCCHET, Taysa. A regulamentação da base de dados genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA. **Revista NEJ - Eletrônica**, v. 18, n. 3, p. 518-529, set-dez 2013. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/5137/2697>. Acesso em: 30 abr. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SILVA, Máira Saad da. **Análise da constitucionalidade da lei nº 12.654/12 que prevê a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal e dá outras providências**. Monografia. Curso de Direito. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 32.ed.São Paulo: Saraiva, 2010.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Dados genéticos no processo penal: tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/12**. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/13.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2014.

_____. DNA e Processo Penal: até quando se legitima o controle punitivo através da conservação de dados genéticos? **Boletim Informativo IBRASPP**, a. 03, n. 04, p. 20-22, 2013.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Direito à intimidade genética em face do interesse público. **Revista Jurídica Consulex**, ano XVII, n. 389, p. 34-35, 1º de abril de 2013.

WEIMER, Marta. A proteção a testemunhas e os direitos constitucionais do acusado. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 58, fev. 2014.