

LIMITES IMPOSTOS A LEI Nº 12.654/12 EM FACE AO PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE

Gabriella Moreira Moreira

RESUMO

O presente artigo enfoca o estudo da Lei nº 12.654/2012 e o princípio do *nemo tenetur se detegere*, o qual trata da forma de investigação criminal relacionada com a obrigatoriedade da coleta de material genético. No desenvolvimento do artigo, é feita uma abordagem relacionada com o direito à proteção contra os excessos do Estado na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais e princípio do *nemo tenetur se detegere*, o qual auferiu força no período iluminista, relacionando-se com interrogatório do acusado. E por fim, trata da aplicabilidade da Lei nº 12.654/2012, a qual os criminosos que forem condenados por crimes violentos terão o seu material genético colhido e arquivado, onde os dados servirão para investigações futuras, afrontando aos princípios da dignidade da pessoa humana, direito de silêncio e do contraditório, sendo mero sujeito de obrigações.

PALAVRAS-CHAVE

Lei nº 12.654/2012; Princípio do *Nemo Tenetur se Detegere* Investigação Criminal; Direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

Este é um artigo que propõe fazer uma abordagem sobre a aplicabilidade da Lei nº 12.654/2012 e o princípio do *nemo tenetur se detegere*, a lei abordada inseriu novos dispositivos em dois textos legais, os quais já existiam no ordenamento jurídico brasileiro. Alterou a Lei nº 12.037/2009, que trata da identificação criminal de suspeitos, para versar sobre a utilização de exames de DNA na investigação de delitos. E com a finalidade de criar um banco de dados genéticos de condenados, inseriu-se um novo artigo na Lei nº 7.210/84, conhecida como Lei de Execuções Penais.

A lei prevê a coleta obrigatória de material genético para a obtenção de um perfil genético, no qual suspeitos e condenados por crimes violentos terão seus dados genéticos armazenados em um banco de dados, que será utilizado quando for considerado essencial às investigações criminais, ou seja, carecerá de autorização do judiciário.

Em contrapartida, o princípio do *nemo tenetur se detegere*, o qual é assegurado na Constituição Federal e na Convenção Americana de Direitos Humanos, diz que o indivíduo tem o direito de não produzir prova contra si mesmo, podendo ele permanecer em silêncio sem que haja sanções penais. O direito ao silêncio é uma das formas de manifestação a não autoincriminação, o qual é consagrado na Carta Magna.

A investigação e os direitos fundamentais caminham juntos, sendo inseparáveis. Somente, dessa forma, a investigação criminal deixará de ser instrumento de opressão e terá ressaltada a sua virtude que é de preservar a inocência contra acusações infundadas e o organismo judiciário contra o custo e a inutilidade em que estas redundariam (MENDES DE ALMEIDA, 1973).

Os direitos fundamentais têm por objetivo assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, sendo assim, acabam por limitar o arbítrio estatal, assegurando igualdade entre os pontos de partidas dos indivíduos.

Nesse contexto conceitua Napoleão Casado Filho (2012, p. 57):

Os Direitos Humanos são compreendidos como um conjunto de direitos, positivados, ou não, cuja finalidade é assegurar o respeito a dignidade da pessoa humana, por meio da limitação do arbítrio estatal e do estabelecimento de igualdade nos pontos de partida dos indivíduos, em um dado momento histórico.

Com a Constituição de 1988, ocorreu um aumento de valores com relação à dignidade da pessoa humana, que passou a fundamentar e orientar todo e qualquer

exercício de poder.

Ao longo do artigo, no primeiro capítulo será abordado o direito de silêncio do investigado, que parte do momento em que é submetido a autoridade policial e não somente durante o interrogatório extrajudicial.

No segundo capítulo, são feitas considerações sobre o direito ao contraditório, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, por considerar esses dois capítulos como os direitos imprescindíveis do indiciado.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INVESTIGADO

Partindo de uma concepção básica, a pessoa que detém direitos, está em uma condição privilegiada, comparando-se àquele sujeito de obrigações. Ao passo em que uma pessoa é detentora de um direito, cabe ao outro respeitá-la. Nesse sentido é o posicionamento de Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 21):

As pessoas que têm um direito encontram-se numa posição mais confortável que as que são sujeitos de obrigações. Isto não apenas porque os direitos constituem razões para o estabelecimento de obrigações em terceiros, mas também porque os direitos normalmente estabelecem uma prevalência dos valores e interesses que não se constituem em direitos. Em quase todas as Línguas modernas a expressão “direitos” - rights em Inglês, droits em Francês, ou Rechte em Alemão - designa que determinados interesses e valores devem ser protegidos por intermédio de uma ação ou omissão dos demais membros da comunidade, ou mesmo do Estado.

A Constituição definiu os direitos, segundo o qual considerou os de maior valor como fundamentais. Diversos desses direitos são encontrados em cede de investigação criminal, pois conferem privilégios às pessoas submetidas à persecução criminal, sendo que durante muito tempo o processo penal tratou o investigado, somente como um objeto, retirando-lhe a sua condição de pessoa humana.

O procedimento inquisitivo, não pode ter o indivíduo como objeto, sendo que constitui objeto na investigação o fato constante na *notitia criminis*, ou seja, o *fumus commissi delicti* que dá origem a investigação (LOPES JR, 2001). Não sendo, portanto, o criminoso objeto da investigação, mas sim o crime.

A Constituição de 1988 que atribui ao investigado sua condição de sujeito de direitos e não somente de obrigações, por conta de seu artigo 1º, inciso III a dignidade da pessoa, como um dos fundamentos para um Estado Democrático de Direito. Não obstante o direito à dignidade da pessoa aparecer uma única vez no

texto constitucional, ela esta vinculada a outros direitos fundamentais.

A esse respeito reza Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 63):

Talvez essa tenha sido uma posição sábia de nosso constituinte, pois a dignidade é multidimensional, estando associada a um grande conjunto de condições ligadas á existência humana, a começar pela própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem-estar, etc. Nesse sentido, a realização da dignidade humana esta vinculada à realização de outros direitos fundamentais - estes, sim, expressamente consagrados pela Constituição de 1988.

A dignidade multidimensional mencionada acima aponta que tal princípio irá repercutir em todo edifício legal construído a partir de 1988.

A compreensão de dignidade da pessoa humana está ligada, àquilo que se julga correto perante aos demais indivíduos. A idéia de dignidade está, portanto, vinculada a nossa capacidade de nos conduzirmos pela nossa razão e não deixarmos arrastar pelas nossas paixões (VIEIRA, 2006).

Tal entendimento permite a possibilidade de ver o outro cidadão, não apenas como instrumento para a consecução de interesses, tratando-o como a si mesmo. Compreendendo, por sua vez, que as pessoas têm dignidade pelo simples fato de serem pessoas.

É o que ensina Oscar Vilhena Vieira (2003, p. 65):

Habilitar o ser humano a construir parâmetros morais, como a concepção de que as pessoas devem ser tratadas com dignidade, pelo simples fato de serem pessoas; de que não podem ser tratadas como meios ou meros instrumentos na realização de nossos desejos, mas que têm desejos e anseios próprios, que devem ser respeitados. Esta é a famosa segunda formulação do imperativo categórico que encontramos na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, de Kant: "Age de tal forma que trates a Humildade, tanto em tua pessoa quanto na pessoa de qualquer outro, sempre como fim e jamais como meio.

O processo penal, no que tange a investigação criminal, na tentativa da descoberta da verdade, deixou de observar a dignidade humana ao indiciado que era submetido a tal investigação.

A dignidade da pessoa humana, repercute de maneira geral em todos os campos do direito, por mais desumano que tenha sido o crime, o investigado não

perde sua condição de pessoa humana, tendo resguardados seus direitos.

Dessa forma, o inquérito policial, por meio do qual são realizadas as investigações, a autoridade policial deve-se atentar para não deixar de observar a dignidade da pessoa que está sendo objeto de investigação. Será, portanto, um instrumento de ponderação entre o interesse estatal de desvendar o delito e seu poder de punir e os direitos do indivíduo sujeito a investigação.

1.1 DIREITO DE SILÊNCIO

O investigado não é obrigado a produzir prova contra si mesmo, exercendo dessa forma, seu direito de auto defesa. A Constituição, em artigo 5º, inciso LXIII, assegura ao preso o direito de permanecer calado, o qual se estende ao investigado (LAURIA, 2004).

Antes da Constituição de 1988, em juízo, o silêncio, poderia ser interpretado em desfavor do réu, prejudicando a defesa. Do mesmo modo ocorria na fase inquisitiva, e até mesmo utilizava-se de extorsão para a confissão.

Compreende-se como direito de silêncio o exercício da autodefesa. Entende-se por autodefesa aquela que é exercida pelo próprio acusado, em momentos fundamentais do processo (FERNANDES, 2002, p. 279).

Em nosso ordenamento jurídico, perjúrio não configura-se crime, portanto, o direito de silêncio compreende também o direito de prestar declarações falsas e inverídicas, sem por elas ser responsabilizado (SAAD, 2004).

O direito de silêncio poderá ser exercido desde o instante de sua prisão e não somente no momento do interrogatório feito pela autoridade policial. Nesse sentido é o posicionamento de Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Maurício Zanoide de Moraes (1994, p. 138):

Entendemos que definir o direito ao silêncio como sendo unicamente, o direito de calar ante as perguntas da autoridade competente (policial ou judiciária), no momento do interrogatório, é impor-lhe uma limitação que não condiz com as origens do instituto.

Sendo assim, nada do que vier a dizer, sem que seja alertado de seu direito constitucional, poderá ser utilizado contra si (MOURA; MORAES, 1994). Dessa forma, conclui-se que a autoridade policial, não poderia lavrar o auto de prisão em flagrante só com o ter sido mencionado informalmente pelo investigado, sem antes ter sido alertado de seu direito de permanecer em silêncio, ensejando no caso o consequente relaxamento de prisão, por ser este, um ato nulo.

No momento da qualificação do investigado, por nada mencionar a respei-

to dos fatos ocorridos, seria imprescindível que o indiciado respondesse com clareza e verdade sobre sua identidade. No entanto, pode haver situações em que informar a sua identidade acarreta a sua auto-incriminação. Nesse sentido reza Theodomiro Dias Neto (1997, p. 193):

Quando, por exemplo, o autor do crime é conhecido e o fornecimento de sua identidade equivale a uma confissão de autoria, a obrigação de fornecer dados pessoais seria incompatível com o privilégio contra a auto-incriminação.

O direito de silêncio também é prejudicado, quando ocorre a utilização de subterfúgios para disfarçar a qualidade de investigado. Muito comum, a pessoa ser ouvida somente como testemunha e em seguida ser indiciada, tornando nulo o direito ao silêncio (CHOUKR, 2001).

O investigado, não pode ser privado de exercer a sua autodefesa. O principal momento do exercício de sua defesa é no momento do interrogatório.

Antigamente considerava-se o interrogatório, como meio de prova e previa sanções indiretas para o exercício do direito ao silêncio (GRINOVER, 2005, p. 198). No entanto, com a nova Lei n. 10.792/2003¹, o interrogatório ganhou novo papel, como sendo um meio de defesa.

Por conta dessa nova Lei, o interrogatório passou a ser renunciável, e o investigado não é obrigado a comparecer para a sua realização. Nesse sentido é o posicionamento de Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 280-281):

¹ Lei n. 10.792/2003:

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

1 (...)

² Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor.

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

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

Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos

1 (...)

2 Na segunda parte será perguntado sobre:

(...);

VIII – se tem algo mais a alegar em sua defesa.

Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Art. 189. Se o interrogado negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas.

Por ser o interrogatório ato de defesa renunciável, não está o acusado obrigado a comparecer e, se o fizer ou for requisitado, em virtude do direito ao silêncio, não está obrigado a responder às perguntas feitas pela autoridade policial no inquérito e pelo juiz no processo. Em decorrência dessa natureza renunciável do direito ao interrogatório e do direito ao silêncio, não pode o indiciado ou acusado ser conduzido à presença da autoridade policial ou do juiz para a realização desse ato. Contudo, como há dispositivo no Código de Processo Penal (art. 260) que prevê a condução coercitiva, sustenta-se que o juiz pode conduzi-lo para o interrogatório quando julgar necessária a sua presença; se for conduzido e não quiser falar, pode utilizar-se de seu direito ao silêncio. Estranho, todavia, a condução obrigatória ao interrogatório apenas para o acusado, perante o juiz, afirmar seu direito ao silêncio.

No que tange a autodefesa, não se pode obrigar o investigado a ser prejudicado juridicamente por se omitir em participar da atividade probatória, a qual não lhe resulte benefício. Desse modo, não pode o investigado ser compelido a exibição de documento, participar de reconhecimento, acareação, nem fornecer material para a perícia (SAAD, 2004).

Dessa forma, seria o investigado compelido a produzir provas contra si mesmo, cerceando o seu direito de defesa.

1.2 DIREITO AO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório está previsto expressamente no artigo 5º, inciso LV, da CF, onde dispõe que 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.

Tal princípio deriva da Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, e para nós ganha importância o Pacto de São José da Costa Rica que traz o princípio do contraditório nos artigos 8º, I e II, bem como no Tratado de Roma que estabelece esse princípio em seu artigo 67, I, alíneas “a”, “b” e “d”.

O direito ao contraditório, não representa somente a garantia ao direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à contrariedade, como também a oportunidade de resposta realizada na mesma intensidade e extensão.

Estabelece um verdadeiro requisito de validade do processo, sendo que a sua inobservância é passível até de nulidade absoluta, quando em prejuízo do acu-

sado. Isto porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção penal.

Para alguns doutrinadores, não há que se falar em contraditório em fase inquisitiva, tendo em vista o não oferecimento da denúncia ou queixa.

Neste sentido são os ensinamentos de Fauzi Hassan Choukr (2001, p. 129):

Na melhor conceituação técnica, a figura do acusado é reservada para a fase judicial, onde há uma acusação formulada pelo titular da ação e aceita pelo Poder Judiciário, instaurando-se aí uma verdadeira relação jurídico processual. O conceito de acusado está muito próximo de lide, ainda que não seja pacífico o entendimento de existência de lide no processo penal.

Para outros, os princípios do contraditório e da ampla defesa se diferem, sendo que a ampla defesa seria aplicável na investigação criminal e o contraditório ao processo.

É o que reza Marta Saad (2004, p. 216):

A defesa se insere do devido processo legal. A Constituição da República assegura, no art. 5, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e, aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Com essa redação, a Constituição da República aparta não só os litigantes de acusados, mas também contraditório de ampla defesa, de forma que cada qual é exercido de acordo com o instante e a natureza do procedimento que lhe seja compatível o que não impede que, desde que possível, sejam atuados conjuntamente. Assim, se é certo que no processo penal não há litigantes, mas sim, acusador e acusado, no inquérito policial, procedimento administrativo com fins judiciais, não há possibilidade de se estabelecer contraditório, mas sim exercício do direito de defesa.

O fato é que não há como separar o contraditório da ampla defesa. De nada adiantaria afirmar que ao investigado é dado a garantia de ampla defesa, não lhe for permitido participar do procedimento de investigação, sendo que constitui um direito de réplica.

Sábias as palavras de Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p.75):

Defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício de defesa; mas essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.

Dessa forma compreende-se que tanto no procedimento judicial, como no procedimento extrajudicial, existe as duas formas de defesa, uma ligada a outra, assim como prevê a Magna Carta.

O grande problema está no momento de adequação do contraditório ao inquérito policial, momento em que poderá ser exercitado. Sendo assim, parte do momento em que é indiciado, onde o investigado deve demonstrar por argumentos ou meios de provas que não merece ser denunciado pelo representante do Ministério Público.

O investigado será cientificado das investigações contra ele, e assim poderá exercer o contraditório, indicando diligências que forem necessárias e úteis para a sua defesa, que podem ser ou não indeferidas pelo Delegado, de forma fundamentada.

2 PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Antes de adentrar no princípio do *nemo tenetur se detegere*, vale conceituar, de uma maneira geral, o que vem a ser um princípio. “Os princípios são normas com elevado grau de generalidade, passível de envolver varias situações e resolver diversos problemas, no tocante à aplicação de normas de alcance limitado ou estrito”. (NUCCI 2013, p. 41).

Além disso, menciona Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 449).

Os princípios penais e processuais penais lidam, diretamente, com direitos e garantias fundamentais, devendo ser considerados como as autênticas linhas de diretrizes para a interpretação das normas infraconstitucionais. Em caso de conflito, a prevalência deve ser implantada em favor dos princípios constitucionais.

Sabe-se que a busca pela verdade é aspirada pelas partes e também pelo magistrado, porém, essa verdade não pode ser buscada pelo Estado a qualquer preço, de tal maneira que o acusado não produzirá prova contra si mesmo, ele não pode se autoincriminar. Assim, o direito ao silêncio é uma amostra do princípio do *nemo tenetur se detegere*, dessa forma, trate-se de um dos meios de provas que dependem

da colaboração do acusado. Dispõe nesse sentido, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013, p.77):

O princípio da inexigibilidade de autoincriminação ou *nemo tenetur se detegere* (também denominado de princípio da “auto-defesa” pelos Tribunais), que assegura que ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si mesmo, tem pontos de contato com o princípio da presunção de inocência e com o direito ao silêncio assegurado pela Constituição. A ideia é a de limitação do poder de punir do Estado, importando, sob esse enfoque, em caracterização de uma certa desigualdade processual penal.

Para Távora e Alencar (2013, p.54), o princípio da presunção da inocência diz que:

O reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitado em julgado (art. 5º, inc. LVII da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção.

Conexa ao princípio *nemo tenetur se detegere*, “a presunção de inocência aprofunda a desigualdade no processo, facultando ao imputado ocultar as informações de que se valerá em sua defesa e compelido a acusação a dar-lhe acesso a tudo quanto pretenda contra ele usar”. (BAPTISTA 2011, p. 58).

Assim, se tal prova for produzida de forma ilícita, ou que viole o princípio do *nemo tenetur se detegere*, ela não poderá ser utilizada pelo magistrado em sua decisão final, já que estará ferindo a constitucionalidade da norma, sendo expressa no artigo 5º, LXIII da CF/88, já citada anteriormente, ou seja, tal princípio visa garantir o direito ao silêncio, como também outros direitos do acusado, tais como a dignidade da pessoa humana, a intimidade e a intangibilidade corporal.

Para Maria Elizabeth Queijo (2003, p. 55), o princípio do *nemo tenetur se detegere*:

Objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibitivos de interrogatório, sugestões e dissimulações.

Dessa forma, o que antes alcançava apenas a pessoa presa, passa a proteger também aquele que está solto, não importando ser ele suspeito, indiciado, acusado ou condenado, ou seja, o direito ao silêncio se estenderá a qualquer pessoa, que não será obrigada a confessar o crime, isto é, produzir provas de culpabilidade.

Nesse sentido, LIMA (2011, p. 57). faz menção às pessoas que são arroladas como testemunhas, que também podem permanecer em silêncio, caso o fato as incriminem:

De certo que a testemunha, diferentemente do acusado, tem o dever de falar a verdade, sob pena de responder pelo crime de falso testemunho, (CP, art. 342), porém, não está obrigada a responder sobre fato que possa, em tese, incriminá-la. Daí ter decidido o Supremo que não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la.

Portanto, é evidente notar que dessa maneira não comete falso testemunho quem queira se calar ou omitir fatos, durante um interrogatório, ou seja, o indivíduo não cometerá um ilícito.

2.1 A LEI Nº 12.654/12 E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

A Lei nº 12.654/12 foi originada através do projeto de Lei nº 2.458/11, de autoria do Senador Ciro Nogueira, sendo publicada no Diário Oficial da União no dia 29 de maio de 2012, vigorando em todo território nacional a partir de novembro de 2012.

Contudo, antes de discorrer da Lei nº 12.654/12, no que tange a identificação criminal por perfil genético, propriamente dito, é necessário saber que tal lei foi instituída para alterar os dispositivos da Lei nº 12.037/09, conhecida com a lei de identificação criminal e a Lei nº 7.210/84, a lei de execução penal. Considerada medida de exceção, sendo realizada na ausência de identificação civil ou nas hipóteses previstas no artigo 3º da Lei nº 12.037/09.

Desta forma, a Lei nº 12.037/09, que dispõe sobre a identificação criminal sofreu significativa alteração, assim como a Lei nº 7.210/84, conhecida como a lei de Execução Penal.

A lei apresenta duas formas de permissão da coleta do perfil genético, a primeira, durante as investigações (a informação do perfil coletado é utilizada na ação em curso); e a segunda, quando da condenação do acusado.

A primordial função da lei é auxiliar no combate ao crime, facilitando a

possível identificação do autor do delito, contribuindo para que o Poder Judiciário seja eficaz e fazendo com que haja uma diminuição nos erros judiciais. Porém, mesmo diante de tantos argumentos favoráveis, muitos doutrinadores entendem que a referida lei seja inconstitucional, por afrontar princípios constitucionais.

O princípio do *nemo tenetur se detegere*, em sua regra probatória, impede que o acusado seja compelido a produzir qualquer prova incriminadora e invasiva. No entanto, diante do exposto é notável, que essa forma de identificação criminal provoca controvérsias à luz do princípio da não autoincriminação.

Para os tribunais, o referido princípio traz que o acusado não poderá ser forçado a produzir qualquer prova incriminadora invasiva. No exame de DNA, no entanto, o mesmo tribunal diz que a prova será lícita se a coleta for feita de forma não invasiva, como exemplo, um fio de cabelo encontrado no chão.

Neste sentido Fábio Motta Lopes (2009, p. 156) faz uma observação sobre o assunto:

O STF, analisando a questão de realização coercitiva de extração de sangue para exame de DNA no âmbito cível, decidiu que não se pode obrigar alguém a fornecer material genético para perícia. Ainda que o julgamento se refira a uma ação de investigação de paternidade, raciocínio idêntico também deve ser feito na esfera criminal.

Lopes Júnior elucida que, é possível que o material genético encontrado em locais de crimes, ou no próprio corpo de uma eventual vítima, por exemplo, ser utilizado como meio de prova, entretanto, não se pode determinar que o próprio acusado o forneça para tal fim e, menos ainda, quando a finalidade for a de alimentar um banco de dados, mesmo que temporário.

Wagner Marteleto Filho (2012 conclui que não devem ocorrer as intervenções corporais sem o consentimento do acusado:

Portanto, no sistema jurídico-processual brasileiro, à míngua de regulamentação legal expressa, as intervenções corporais, sejam elas invasivas ou não-invasivas, só podem se realizar mediante consentimento válido do sujeito passivo. Tal consentimento pressupõe a advertência acerca do direito de não colaborar (tal qual a advertência sobre o direito ao silêncio), bem como a capacidade para consentir (maioridade - 18 anos - e capacidade mental).

Por outro lado, Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 127). identifica duas correntes divergentes:

[...] não se pode obrigar o investigado a contribuir com as investigações, e qualquer decisão judicial que lhe obrigue a fornecer material biológico para fins probatórios (Lei nº 12.037/09, art. 3º, IV) e não de sua identidade, será afrontoso ao princípio constitucional que veda a autoincriminação. Afinal, não se pode impor ao investigado que contribua ativamente com as investigações, sobretudo mediante o fornecimento de material biológico que possa vir a incriminá-lo em ulterior exame de DNA.

A segunda corrente tem o seguinte entendimento:

[...] a validade dessa identificação do perfil genético estará condicionada à forma de coleta do material biológico. Como o acusado não é obrigado a praticar nenhum comportamento ativo capaz de incriminá-lo, nem tampouco a se submeter a provas invasivas sem o seu consentimento, de modo algum pode ser obrigado a fornecer material biológico para a obtenção de seu perfil genético. Todavia, se estivermos diante de amostras de sangue, urina, cabelo, ou de outros tecidos orgânicos, descartadas voluntária ou involuntariamente pelo investigado na cena do crime ou em outros locais, não há qualquer óbice a sua coleta, sem que se possa argüir eventual violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.

O acusado não é obrigado a consumir qualquer ato que leve à autoincriminação, por força da proteção que lhe é conferida pelo *nemo tenetur se detegere* (FERNANDES 2007, p.292).

Em circunstâncias em que o acusado for ameaçado do seu direito e ainda assim, permanece em silêncio e não exerce a sua autodefesa, sem auto incriminar-se o interrogatório é válido e sem nulidade, já que não houve prejuízo para a defesa, nesse caso, não haverá prova ilícita, visto que, não houve confissão, no entanto, se houver advertência deficiente, isto é, aquela que não atinja a sua finalidade, é passível de ilicitude, já que do direto em permanecer em silêncio não pode haver conclusões prejudiciais à defesa.

2.2 ASPECTOS GERAIS SOBRE A COLETA DE PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Cada indivíduo é único, por possuir características imutáveis que persistem inclusive no transcorrer do tempo, ou seja, traduz a idéia de que o conceito de identificação abrange os elementos da unicidade e imutabilidade.

A solução de casos criminais por meio da biologia molecular é um dos ramos atuais da genética forense, que se difundiu, inicialmente, pela investigação de paternidade biológica na década de 1980 ou outros vínculos genéticos por meio dos exames de DNA, dessa maneira, os métodos laboratoriais empregados nas análises criminais são os mesmos utilizados nos exames de investigação de paternidade.

Para Norma Sueli Bonacorso (2005), a definição de genética é a seguinte:

A atual definição de genética como o ramo da biologia que estuda a transmissão dos caracteres hereditários nos indivíduos e as propriedades das moléculas que asseguram esta transmissão vem sendo explorada no contexto jurídico, valendo-se dos avanços dos estudos nesta área para auxiliar juízes e jurados nas áreas criminal e cível. Trazendo à tona o conceito de genética forense ou DNA forense.

Neste sentido Mário Sérgio Sobrinho (2003, p. 36) ressalta que:

O DNA é uma macromolécula encontrada em células nucleares, sendo possível estudá-lo mediante a análise das amostras de substância orgânica que contenha material genético. No homem, este material pode ser extraído de várias substâncias, tais como sangue, sêmen, músculo, osso, dente (polpa dentária) e pelo (raiz).

A identificação criminal não pode acontecer contra a vontade do agente, nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima (2014, p 122) traz que:

Como a identificação criminal não importa em aceitação de culpa, não se pode objetivar que a sua realização contra a vontade do agente viole o direito à não autoincriminação, previsto no art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, nº2, "g"). Afinal, a mesma Constituição Federal que assegura o direito ao silêncio também prevê que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal. Logo, pelo princípio da concordância prática ou da harmonização, não se pode querer emprestar valor absoluto ao direito de não produzir prova contra si mesmo, inviabilizando que o Estado possa colher as impressões digitais de alguém com a finalidade de registrar os dados da identidade física da provável autor do delito.

Outrossim, o autor supra citado, defende que o acusado não deve recusar-se a colaborar com o Estado:

Portanto, como se trata de um procedimento para tornar exclusiva determinada pessoa, evitando-se, assim, o indesejado erro judiciário, o ideal é concluir que o acusado não tem o direito de se recusar a colaborar com Estado para sua individualização. (LIMA, 2014, p. 123).

É sabido que os exames de DNA são comparativos, nos casos criminais são comparados o DNA do suspeito com as evidências criminais, porém, há casos em que não há a possibilidade de comparação, foi então que se criou o banco de dados, onde são armazenados diferentes tipos de DNA, conhecidos como marcadores genéticos, funcionando como um banco de impressões digitais.

Para que seja possível punir o autor de um delito é necessário que haja sua identificação, pois, há casos em que pode haver incertezas quanto ao autor do crime, de maneira que ele pode também omitir seus dados pessoais (LIMA2014, p.113).

Dessa forma, Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 113), conceitua a Lei nº 12.037/09:

[...] identificação criminal, que desempenha papel fundamental no auxílio da aplicação do direito penal, porquanto, através dela, é feito o registro dos dados identificadores da pessoa que praticou a infração penal sob investigação, possibilitando o conhecimento ou a confirmação de sua identidade, a fim de que, ao término da persecução penal, lhe sejam impostas as sanções decorrentes do delito praticado. Por meio dela, o Estado objetiva processar e condenar o verdadeiro autor do fato delituoso, evitando-se o calvário inerente à condenação e prisão de um inocente

Importante saber que a identificação criminal não se confunde com a qualificação do investigado, conforme aduz Renato Brasileiro de Lima (2014, p.113):

A identificação criminal tem por finalidade tornar a pessoa exclusiva, e diz respeito à identificação datiloscópica, fotográfica e genética, sendo possível apenas nos casos previstos em lei quando o indivíduo se identificar civilmente (F, art. 5º, LVIII). A qualificação do investigado deve ser compreendida como sua individualização através da obtenção de dados como nome completo, naturalidade, filiação, nacionalidade, estado civil, domicílio, etc.

A identificação criminal antes da Constituição Federal de 1988, mesmo que o indivíduo tivesse sido identificado civilmente era tida como regra. De acordo com Lima (2014, p.116), tal lei veio para introduzir no ordenamento pátrio a possibilidade de coleta de material biológico para obtenção do perfil genético.

Aduz, ainda, que:

Diversamente da hipótese prevista no art. 3º, IV, da Lei 12.037/09, em que a identificação do perfil genético é feita para se utilizada como prova em relação a um crime já ocorrido- pode ser qualquer delito (v.g., crime doloso, culposo, infração de menor potencial ofensivo, etc.), já que o dispositivo não faz qualquer restrição quanto à espécie de infração penal-, no caso do art. 9º- A da LEP, a coleta do material genético será feita apenas em relação aos condenados por sentença transitada em julgado pela prática de certos delitos, sendo que a identificação irá para um banco de dados de modo a ser usada como prova em relação a fatos futuros cuja autoria seja desconhecida. Ademais, neste caso, não há necessidade de prévia autorização judicial para a coleta do material biológico, vez que esta autorização é necessária apenas para ulterior acesso ao banco de dados por parte da autoridade policial (LEP, art. 9º-A, § 2º, com redação dada pela Lei nº 12.654/12).

As hipóteses autorizadoras da identificação criminal, ou seja, mesmo que o indivíduo apresente documento de identificação, ocorrerá à identificação criminal quando o documento apresentar rasura ou indício de falsificação, o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado, o indiciado portar documentos de identidade distinta, com informações conflitantes, quando for essencial a identificação para as investigações policiais, constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações, impossibilidade da completa identificação dos caracteres essenciais em virtude do estado de conservação ou da distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado. (LIMA 2014, p. 119-122).

Como espécies de identificação criminal têm a identificação datiloscópica, feita com base nas saliências papilares da pessoa, a identificação fotográfica, onde se exige o padrão fotográfico da cédula de identidade e a identificação do perfil genético. (LIMA, 2014, P. 125).

Em relação à identificação do perfil genético Renato Brasileiro de Lima (2014, p.125-126) diz:

[...] a própria Constituição Federal determinou que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (art. 5º, LVIII), parece-nos, pelo menos enquanto a legislação vigente delimitar as formas de identificação criminal apenas à datiloscópica, fotográfica e do perfil genético, revela-se inaceitável a utilização de outros métodos de identificação. [...] a Lei 12.654/12, que passou a autorizar a identi-

ificação do perfil genético, nada impede a utilização de novas técnicas de identificação.

A identificação criminal incidirá na reunião de informações sobre uma pessoa suspeita, a qual esteja envolvida num ato criminoso, com intuito de criar uma identidade criminal, a qual alimentará os registros policiais e a folha de antecedentes criminais do indivíduo, onde os dados serão coletados no momento de uma eventual prisão em flagrante ou no indiciamento policial, que posteriormente será inserido num banco de dados dos Estados, auxiliando nas investigações policiais.

Para que não haja constrangimento do identificado, isto é, para que não lhe seja causado prejuízos irreparáveis decorrentes da apuração, a autoridade policial deve tomar providências, zelando pela imagem, privacidade, nome e intimidade da pessoa. (LIMA, 2014, p. 124).

Neste sentido, acrescenta Mário Sérgio Sobrinho (2003, p. 16-17):

Para que o Estado puna o infrator da lei penal, por meio da *persecutio criminis*, mediante a apuração do fato e o proferimento final de uma sentença, torna-se indispensável o conhecimento efetivo e seguro da correta identidade do autor do delito, até porque a Constituição Federal garante que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

2.3 A COLETA OBRIGATÓRIA DE MATERIAL GENÉTICO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO, CONFORME A LEI N. 12.654/12

Conforme a Lei nº 12.654/12, “se a identificação genética for essencial às investigações policiais, a autoridade judiciária competente poderá determinar a coleta de material biológico para fins de obtenção do perfil genético”. Como ocorre nos casos de crimes violentos, que na maioria das vezes deixam vestígios biológicos no local do crime, isto é, se o local é preservado, as chances de se obter informações decisivas para inocentar ou acusar um possível autor do delito são decisivas. (LIMA, 2014, p.126).

Assim, esclarece o autor acerca da importância dessa nova forma de identificação criminal:

Afinal, o exame de DNA possibilita que pequenas quantidades de vestígios biológicos, possivelmente invisíveis a olho nu, sejam suficientes para a obtenção de resultados satisfatórios. Como todo ser vivo possui informação genética, havendo variabilidade dessas informações entre seres de uma mesma espécie, a análise do material biológico pode apontar a fonte de onde ele partiu, identi-

ficando sua origem. Aliás, mesmo quando um perfil genético não pode ser comparado com uma amostra cujo doador seja conhecido, podem ser extraídas do DNA informações úteis para as investigações criminais, como, por exemplo, o sexo da pessoa. De mais a mais, como a molécula do ácido desoxirribonucléico é robusta e tem alta estabilidade química e térmica, este grau de resistência do DNA a fatores ambientais contribui sensivelmente para a obtenção de perfis genéticos, mesmo após longos períodos de tempo.

E continua dizendo que:

Quando o dispositivo sob comento exige autorização judicial para a coleta de material biológico, refere-se à hipótese em que há uma pessoa certa e determinada (fonte conhecida) sobre a qual recaem suspeitas da prática de determinada infração penal. Por consequência, quando a fonte do material biológico for desconhecida, não há necessidade de prévia autorização judicial. É o que ocorre quando vestígios de sangue, saliva, esperma, tecidos orgânicos e outras amostras contendo material genético são encontrados no local do crime. Nessa hipótese, como o material a ser analisado está destacando do corpo humano, o que possibilita a realização do exame de DNA sem qualquer tipo de intervenção corporal, a própria autoridade policial devesse determinar a realização de perícia, nos termos do art. 6º, inciso VII, do CPP, independentemente de prévia autorização judicial.

Quanto à identificação genética, nos ensina “A identificação genética pressupõe que cada indivíduo apresente seu DNA exclusivo, cujo mapeamento cromossômico é igual em todas as células do organismo, permanecendo invariável ao longo do tempo”. (SOBRINHO 2003, p. 37).

Como muito bem observado por Fábio Motta Lopes (2009, p.156):

O STF, analisando a questão de realização coercitiva de extração de sangue para exame de DNA no âmbito cível, decidiu que não se pode obrigar alguém a fornecer material genético para perícia. Ainda que o julgamento se refira a uma ação de investigação de paternidade, raciocínio idêntico também deve ser feito na esfera criminal.

Embora o *nemo tenetur* não deva ser tomado como direito ilimitado, a predominância no entendimento internacional é no sentido de ser inadmissível

a exigência da colaboração ativa do acusado na produção de prova (QUEIJO, 2003, p.312).

Assim, “não pode ser determinada a execução coercitiva das medidas tendentes à produção da prova, porque, em razão do *nemo tenetur se detegere*, o acusado não pode ser compelido a cooperar na produção de provas que possam incriminá-lo.” (QUEIJO, 2003, p.313).

Por meio de exames de DNA o primeiro caso de identificação criminal ocorreu em 1985, na Inglaterra. Num pequeno condado, rodeado de montanhas e com uma única estrada de acesso, uma mulher foi estuprada e assassinada. Lá havia um geneticista, Alec Jeffreys, que colheu o esperma encontrado na vítima e fez o exame de DNA. Mais tarde, houve outro crime similar. Novamente, Jeffreys analisou o sêmen encontrado na vítima. Era do mesmo homem que cometera o primeiro crime. As autoridades locais forjaram uma campanha de doação de sangue, cuja finalidade era identificar o agressor. Todos os habitantes foram doar sangue, mas nenhum deles possuía DNA igual ao do estuprador. A polícia prosseguiu com as investigações e descobriu que havia um viajante no condado. Quando o sujeito voltou, foi convidado a doar sangue. Feito o teste de DNA no sangue colhido, Jeffreys concluiu que o código genético do viajante era o mesmo do estuprador. Conta Marlett. (AMABIS & MARTHO, 1995).

Portanto, no sistema jurídico-processual brasileiro, à minguada de regulamentação legal expressa, as intervenções corporais, sejam elas invasivas ou não-invasivas, só podem se realizar mediante consentimento válido do sujeito passivo (FILHO).

Tal consentimento pressupõe a advertência acerca do direito de não colaborar como, por exemplo, o direito de silêncio, bem como a capacidade de consentimento, seja pela maioria, ou seja, pela capacidade mental.

CONCLUSÃO

No presente artigo, buscou-se apresentar as defesas que possuem mais relevância no inquérito policial. Realizar um procedimento investigativo provoca agonia no indivíduo investigado, que pode se sentir sem seus devidos direitos constitucionalmente previstos. Assim, fica o inquérito policial com algumas limitações, perante tais direitos.

Por conta disso, é necessário que o investigado conheça seus direitos de defesa, para então se contrapor aos indícios que o incriminam.

Após breve análise acerca do tema abordado, consta-se que a Lei nº 12.654/12 prevê a criação de um banco de dados de perfis genéticos, através do ma-

terial coletado dos investigados e condenados, determinado pela autoridade judiciária e utilizado quando tal prova for considerada essencial às investigações policiais e com a finalidade de se comparar os vestígios deixados no local do crime com o material armazenado no banco de dados.

O banco de dados será gerenciado por uma unidade de perícia criminal, onde não serão revelados traços somáticos ou comportamentais dos investigados, possuindo caráter sigiloso e ficarão armazenados até o término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito. Dessa maneira, entende-se que após as investigações não será possível a coleta do material genético, pois restringiria os direitos fundamentais do acusado.

No entanto, com o acréscimo do novo artigo à Lei de Execuções Penais, será submetido à coleta obrigatória de material genético aquele que condenado por crimes dolosos, com violência de natureza grave contra a pessoa ou os condenados pelos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072/90.

Dessa forma, é possível notar que são duas as hipóteses de coleta de material genético, uma ocorrerá durante o processo, quando considerada essencial às investigações, sendo determinada por decisão judicial; já a outra hipótese de coleta, será após a condenação do réu, no caso de crimes com violência de natureza grave ou crimes hediondos, está não necessitará de autorização judicial.

No entanto, conforme apresentado no desenvolver da pesquisa, tal produção de prova será ilícita se o acusado for obrigado a produzi-la, mesmo que seja de forma indolor. Esse direito é garantido pelo artigo 5º da Constituição Federal e expresso também na Convenção Americana de Direitos Humanos, ou seja, o silêncio do acusado não poderá ser utilizado em seu desfavor e ele não será obrigado a produzir prova contra si mesmo, direito este, assegurado pelo princípio do *nemo tenetur se detegere* (princípio da não autoincriminação).

REFERÊNCIAS

BONACCORSO, Norma Sueli. Aplicação do exame de DNA na elucidação de crimes. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo-USP. São Paulo, 2005.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal de Emergência, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional, São Paulo: RT, 2002.

FILHO, Wagner Marteleto. O Direito à Não Autoincriminação no Processo Penal Contemporâneo, 2012.

GRINOVER, Ada Pelegrini. A defesa penal e sua relação com a atividade probatória. A vítima e o princípio da oportunidade. Relações entre Juiz e Ministério Público – seus limites. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: ano 10, n. 40, outubro-dezembro, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de Lima. Manual de Processo Penal: JusPodivm-BA, 2014.

LOPES, Junior, Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal, Rio de Janeiro: Lumen, 2001.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de Almeida. Princípios Fundamentais do Processo Penal, São Paulo: RT, 1973.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 17. Ed., 2005.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; Moraes, Maurício Zanoide de. Direito ao Silêncio no Interrogatório. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 2. n. 6 abril-junho de 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. Direito Penal, São Paulo: RT, 2013.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir provas contra si mesmo. São Paulo: Saraiva, 2003.

SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial, São Paulo: RT, 2004.

SOBRINHO, Mário Sobrinho. A identificação Criminal. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

TÁVORA, ALENCAR, Nestor e Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal: Editora JusPodivm-BA, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma, São Paulo: Malheiros, 1999.