

As intervenções corporais são definidas por NICOLAS GONZALEZ-CUELLAR SERRANO como “as medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem necessidade de obter seu consentimento e, se necessário, por meio da coação direta, com o fim de descobrir circunstâncias fáticas que sejam de interesse para o processo, em relação com as condições ou o estado físico ou psíquico do sujeito, ou com o fim de encontrar objetos escondidos nele.”³

Trata-se, pois, de situações nas quais o indivíduo, sem perder a condição de sujeito de direitos, “deve se submeter a (ou suportar) determinadas ingerências corporais, com finalidades probatórias.”⁴

Poucas são as intervenções corporais previstas em nossa legislação, não havendo entre nós uma regulamentação sistemática do assunto. Nada obstante, o ordenamento jurídico brasileiro contempla algumas espécies do gênero *intervenção corporal*, sendo corriqueiramente lembradas, no ponto, a identificação criminal (datiloscópica, fotográfica e por coleta de material biológico para a obtenção do perfil), o exame grafotécnico (art. 174, CPP), os testes de alcoolemia e o exame do bafômetro/etilômetro (arts. 277 c.c 306, § 1º, I, CTB) etc.

As intervenções corporais, contudo, como bem observa EUGÊNIO PACELLI, nem sempre vêm sendo admitidas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, geralmente sob a equivocada fundamentação de desrespeito a um suposto princípio constitucional da não autoincriminação.⁵

Há, em verdade, um inegável superdimensionamento do alcance do princípio constitucional que consagra o direito ao silêncio. Da cláusula consoante a qual “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado” (art. 5º, inc. LXIII, CR/88), não se pode extrair a existência dos equivocadamente

¹Promotor de Justiça em São Paulo. Doutor e mestre em Direito Penal pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Penal e Legislação Penal Especial no Curso G7 Jurídico. Palestrante e conferencista em todo o Brasil.

²Promotor de Justiça em Goiás. Professor de Legislação Penal Especial no Curso G7 Jurídico. Ex-delegado de Polícia do Distrito Federal. Foi examinador de diversos concursos públicos de ingresso na carreira do Ministério Público.

³GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 290.

⁴OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 389.

⁵Como exemplo, veja-se: “O privilégio contra a auto-incriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável.” (HC 83096, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma do STF, DJ 12-12-2003). E ainda: “Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174.” (HC 77135, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma do STF, DJ 06-11-1998).

proclamados “direitos” (tupiniquins) à mentira;⁶ à fuga;⁷ à apresentação de documentação falsa para eximir-se do processo;⁸ à omissão de socorro;⁹ à imunidade contra a revista de bagagens em aeroportos;¹⁰ etc.

Em virtude dessa noção amplíssima do direito ao silêncio, que vez ou outra encontra eco nos tribunais, está-se criando no Brasil – e somente aqui –, anota PACELLI, “um conceito absolutamente novo da não autoincriminação, ausente nos demais povos civilizados.” E, com a ironia que lhe é peculiar, dispara o autor: “esperamos que, no futuro, não se vá reconhecer eventual direito subjetivo ao homicídio, para fins de evitação da prisão pela prática de outro crime qualquer...”¹¹

Encampamos amplamente a crítica feita à demasiada extensão que se tem dado em nosso país ao direito ao silêncio, que, em verdade, deve ficar restrito aos lindes do direito de não ser obrigado a se autodeclarar culpado (não depor contra si)¹² e servir como uma garantia individual de proteção contra intervenções corporais ilegítimas, o que não é o caso, particularmente, das modalidades de identificação criminal. Por essa razão, rechaçamos a pecha de que a identificação criminal – em qualquer de suas modalidades (fotográfica, datiloscópica e pelo perfil genético) – confronta com o brocardo *nemo tenetur se detegere*.¹³

Com efeito, calha ressaltar que a realização dos procedimentos de identificação criminal não importa aceitação de culpa, tanto que na hipótese do inciso IV do art. 3º da Lei 12.037/2009, a providência poderá ser pleiteada inclusive pela *defesa*, com o propósito de afastar a responsabilização criminal. Demais disso, se de um

⁶Sobre a falácia do direito à mentira, vide: REIS, André Wagner Melgaço. *A mentira do réu e a dosimetria da pena*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/47119/a-mentira-do-reu-e-a-dosimetria-da-pena>>. Acesso em 22.03.2016.

⁷Há alguns artigos defendendo a ideia de que a fuga “é um direito constitucionalmente reconhecido” (!!!). Fosse a fuga realmente um “direito”, um ato lícito e legítimo, não traria ela drásticas consequências no âmbito da execução penal, como o reconhecimento da falta grave e a regressão de regime.

⁸Súmula 522/STJ: “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.”

⁹Vários Tribunais de Justiça têm reconhecido a inconstitucionalidade incidental do artigo 305 do Código de Trânsito Nacional –que obriga os condutores de veículos a permanecerem no local do evento, facilitando a atuação da polícia na apuração de possível responsabilidade civil ou criminal do agente causador do acidente – por ofensa ao “direito de não produzir prova contra si mesmo.” Contudo, a matéria se encontra pendente de julgamento no STF (RE 971.959), sendo certo que a PGR já se manifestou pela constitucionalidade do preceptivo vergastado.

¹⁰“Não há nenhuma ilegalidade no fato da bagagem do ora Paciente ter sido encaminhada para exame de raio x, mesmo porque decorre do próprio exercício do poder de polícia a análise de qualquer bagagem que os agentes aduaneiros e policiais reputem suspeita.” (HC 155.662/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma do STJ, DJe 02/08/2010).

¹¹OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Breves notas sobre a não autoincriminação. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 41, abr. 2011. Disponível em: < http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/eugenio_oliveira.html>. Acesso em: 04 maio 2011.

¹²Sobre esses limites, o Tribunal Constitucional espanhol já assentou que “o dever de submeter-se ao controle de alcoolemia não pode considerar-se contrário ao direito a não declarar, a não declarar contra si mesmo e a não confessar-se culpado, pois não se obriga ao examinado a emitir uma declaração que exteriorize um conteúdo, admitindo sua culpabilidade, senão a tolerar que se lhe faça objeto de uma especial modalidade de perícia, exigindo-lhe uma colaboração não equiparável à declaração compreendida no âmbito dos direitos fundamentais proclamado nos arts. 17.3 e 24.2 da Constituição.” (STC 103/1985, disponível em <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/483>>. Acesso em 24.03.2016. E ainda: STC 76/1990 e AATC 837/1988).

¹³Entendendo haver o citado conflito: “Destacamos a abertura feita pelo inciso IV, que permite a identificação criminal do civilmente identificado quando ‘a identificação criminal for essencial às investigações policiais’. Portanto, a identificação criminal ficará a livre critério do juiz, bastando apenas uma ‘maquiagem argumentativa’ para fundamentar a decisão. Isso poderá servir como forma de negar eficácia ao direito de não produzir prova contra si mesmo, quando – por exemplo – o imputado se recusa a fornecer suas digitais para confrontação com aquelas encontradas no local do delito. Diante da recusa, determina o juiz a identificação criminal e o material necessário para a perícia datiloscópica é extraído compulsoriamente, burlando a garantia constitucional do *nemo tenetur se detegere*.” (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 332).

lado a Constituição da República consagra o direito ao silêncio, de outro, autoriza a realização da identificação criminal “nas hipóteses previstas em lei” (art. 5º, inc. LVIII).

Assim, pelo princípio da concordância prática¹⁴ (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 do provável autor do delito. 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 o Estado para sua individualização.

A assertiva de que o direito contra a autoincriminação não tem natureza absoluta é confirmada pelo próprio entendimento jurisprudencial acerca da impossibilidade de o direito ao silêncio abranger o direito de falsear a verdade quanto à identidade pessoal.”¹⁵

Dessarte, a realização das identificações datiloscópica e fotográfica não devem causar maior estranheza, sobretudo por serem consideradas modalidades **não invasivas** de identificação criminal.

Também não vemos maior problema na realização da identificação probatória pelo perfil genético. É que a dita providência cautelar (art. 3º, IV, c.c art. 5º, parágrafo único, ambos da Lei 12.037/2009) será necessariamente submetida ao filtro judicial, e somente será deferida (excepcionalmente) diante da presença dos requisitos intrínsecos às cautelares. Ademais, no exame da necessidade da providência, o magistrado deverá se atentar para a natureza e as circunstâncias do delito, sendo certo que a autoria de determinados crimes pode vir a ser fielmente demonstrada justamente por meio da identificação pelo perfil genético, como ocorre, por exemplo, com as infrações de natureza sexual.

E que não se pretenda

“invalidar a providência com base em suposto direito a não autoincriminação. [...] Aliás, eis aqui cristalino exemplo da inadequação do argumento: a questão gira em torno da violação ou não (a depender do exame a ser realizado e de sua necessidade efetiva) de direitos materiais, como a integridade física e/ou psíquica da pessoa submetida à intervenção dessa natureza.

Então, desde que mantida a excepcionalidade da medida, controlada pela exigência de ordem judicial fundamentada (art. 3º, IV, Lei nº 12.037/09, com redação dada pela Lei nº 12.654/12), não vemos inconstitucionalidade na exigência. Os meios de coleta deverão respeitar a proibição de ingerências abusivas e desnecessárias, conforme estipulado em Tratados Internacionais sobre a matéria.”¹⁶

¹⁴“O princípio da concordância prática tem como mera coordenar, harmonizar e combinar bens constitucionais conflitantes, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros. [...] E, nos ordenamentos que possuem constituições grandes, conflitivas e repetitivas, como o nosso, referido princípio é muito importante, porque serve para evitar colisões entre direitos e garantias fundamentais. Pela concordância prática, a norma, examinada separadamente do fato, já não desfruta o prestígio de outrora. É preciso que o intérprete analise o preceito à luz do fato com o qual ele interage, procurando entrelaçar o comando jurídico à realidade social. A concordância prática também se irmana com a *metódica normativo-estruturante* de Friedrich Müller, em que o intérprete não pode segregar o programa normativo do pedaço de realidade social [...]” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 460).

¹⁵LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 125.

¹⁶OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 397.

A extração – judicialmente autorizada – do material há de ser feita “por técnica adequada e indolor” (art. 9º-A da Lei 7.210/1984). Mas a grande questão que fica é: e se não houver disposição por parte do investigado de fornecer o material genético, poderá haver a coleta compulsória? O tema é dos mais polêmicos e divide a doutrina, conforme se vê:

1ª corrente: Defende a concepção segundo a qual a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético “deve ser lida à luz do princípio da vedação à autoincriminação, de maneira que, havendo recusa do capturado ou indicado, não se poderá obrigá-lo ao fornecimento.”¹⁷ Isso porque, ao contrário do que ocorre no processo civil, com a distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, § 1º, NCPC), no processo penal o indivíduo encontra-se sob o manto da presunção de não-culpabilidade, o que significa dizer que a totalidade da carga probatória está nas mãos do acusador. Logo, por esse raciocínio, o sujeito passivo não pode ser compelido a auxiliar o Estado a liberar-se de uma carga probatória que não lhe pertence.

A validade da identificação do perfil genético, portanto, está condicionada à forma de coleta do material biológico, conforme ensina RENATO BRASILEIRO DE LIMA:

“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 arguir eventual violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*. [...] o Supremo¹⁸ já se manifestou no sentido de que o acusado não é obrigado a fornecer material para realização de exame de DNA. Todavia, o mesmo Supremo também tem precedentes no sentido de que a produção dessa prova será válida se a coleta do material for feita de forma **não invasiva** (v.g., exame de DNA realizado a partir de fio de cabelo encontrado no chão). Idêntico raciocínio deve ser empregado quanto à identificação do perfil genético: desde que o acusado não seja compelido praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo, nem tampouco a se sujeitar à produção de **prova invasiva**, há de ser considerada válida a coleta de material biológico para a obtenção de seu perfil genético.”¹⁹

¹⁷TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 124. No mesmo sentido: “[...] parece-nos que seria inconstitucional qualquer interpretação [...] no sentido de que a extração de amostras possa ser efetuada sem o consentimento do indiciado e contra a vontade deste, por violar os princípios da dignidade humana e da vedação da autoincriminação coercitiva, de maneira que a única interpretação conforme a constituição relativamente à lei em exame é a que, além da autorização judicial, exige consentimento informado do indiciado para a extração das amostras biológicas mediante intervenção corporal.” (NICOLITT, André. Banco de dados de perfis genéticos (DNA). As inconstitucionalidades da Lei 12.654/2012. *Boletim IBCCrim n° 245*. São Paulo: IBCCRIM, 2013). E ainda: “[...] entendemos que a Lei 12.654/2012 não se presta a restringir o princípio em tela, incorrendo nitidamente em inconstitucionalidade, ao impor ao investigado e ao acusado, o dever de produzir prova contra si mesmo. A eiva se estende ainda ao condenado, que terá contribuído, obrigatoriamente, para a produção de prova em seu desfavor, para persecuções penais eventuais e futuras.” (QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? *Boletim IBCCrim n° 250*. São Paulo: IBCCRIM, 2013). Igualmente: SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 522.

¹⁸“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU 'DEBAIXO DE VARA'. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.” (HC 71373, Rel. Min. Francisco Rezek, Rel. p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno do STF, DJ 22-11-1996).

¹⁹LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 129-130.

Apesar não exemplificarem hipóteses de legítimas intervenções corporais²⁰, dois famosos casos de coleta não invasiva de material genético são frequentemente lembrados pela doutrina, a saber: o **caso Glória Trevi** e o **caso Pedrinho**.

No primeiro, o STF²¹ entendeu válida a coleta de material biológico da placenta, com propósito de se realizar exame de DNA para averiguação de paternidade do nascituro, contra a vontade da cantora chilena Glória Trevi, haja vista que ela dizia ter sido vítima de estupro dentro do cárcere da polícia federal. Como a placenta foi recolhida por ocasião do parto, por ser um órgão que é expelido naturalmente nesse processo, validou-se judicialmente a providência probatória.

No segundo, à vista da recusa da investigada de se submeter à coleta de material genético, entendeu-se legítima a ação policial de arrecadar a ponta de um cigarro (contendo glândulas salivares) descartada pela suposta mãe do menino Pedrinho, o qual havia sido retirado do berçário da maternidade por uma mulher que publicamente passou a assumir a sua maternidade. A diligência policial possibilitou a análise do DNA e redundou na conclusão de que a investigada, de fato, não era a genitora do garoto.²²

A chamada **renúncia do interessado** – lembrada no direito comparado como uma das várias exceções²³ às *exclusionary rules* (inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos), as quais mitigam sobremaneira a teoria dos frutos da árvore envenenada – também confere suporte de validade à prova obtida no caso Pedrinho, haja vista que o lixo descartado pela pessoa para ser recolhido pelo serviço de limpeza indica uma verdadeira renúncia ao direito à intimidade.²⁴

2ª corrente (nossa posição): SÉRGIO MORO defende a possibilidade de realização compulsória do exame de DNA. Em seu ponto de vista,

²⁰O STF, com fundamento no princípio da proporcionalidade, admitiu a realização do “exame genético, não sobre o corpo da pessoa, mas sobre a placenta expelida, o que não se pode considerar propriamente uma intervenção corporal.” (PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal – teoria, crítica e práxis*. 3ª ed. Niterói: Impetus, 2005, p. 965).

²¹Rcl 2040 QO, Rel. Min. Néri da Silveria, Pleno do STF, DJ 27-06-2003.

²²Sobre o caso Pedrinho, Walter Nunes da Silva Jr., com o mesmo entendimento de Renato Brasileiro, assevera: “Não se pode dizer, nessa hipótese, que tenha havido maltrato à norma constitucional em exame, uma vez que a prova produzida pela própria acusada não foi obtida sob sua sujeição física ou psíquica. No caso acima, a pessoa produziu, ainda que, involuntariamente, a prova que veio a incriminá-la. Seria possível insistir, no entanto, que, nesse caso, há ofensa ao princípio do direito ao silêncio, pois, para todos os efeitos, a pessoa tem o direito de não produzir prova contra si. Acontece que, conforme aqui já foi ressaltado, o que a legislação constitucional veda é que a pessoa seja obrigada a produzi-la. Se a pessoa, de alguma forma, produz a prova, esta pode, mesmo contra a sua vontade, ser utilizada para o fim de incriminá-la. Essa é a posição, como visto, sinalizada pelo Supremo Tribunal Federal e que parece ser a mais acertada.” (SILVA JUNIOR, Walter Nunes. *Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 736).

²³Essas são as **doze exceções** indicadas na doutrina: fonte independente; descoberta inevitável; mancha ou nódoa removida (vícios sanados); boa fé (*good faith*); prova benéfica em prol do acusado; princípio da proporcionalidade (*balancing test*); destruição da mentira do imputado; teoria do risco; doutrina na visão aberta (*plain view doctrine*); renúncia do interessado; infração constitucional alheia; infração constitucional por pessoas que não fazem parte do órgão policial.

²⁴Para um estudo completo acerca do assunto, confira-se: ARAÚJO, Marcio Schusterschitz da Silva. O lixo como fonte de prova no processo penal. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 227-239. E ainda: SILVA JUNIOR, Walter Nunes. *Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 525-526.

“deve ser afastado como óbice a velha máxima latina de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Como foi demonstrado, não existe base normativa para um direito genérico da espécie, resguardando a Constituição e a lei apenas o direito ao silêncio. Não há [...] argumentos jurídicos, históricos, morais e mesmo de direito comparado que autorizem a ampliação do direito ao silêncio para um direito genérico de não produzir prova contra si mesmo. A invocação de pretensão de direito da espécie pela doutrina e jurisprudência brasileiras é mais fruto de um *slogan* do que de uma robusta argumentação jurídica. Portanto, há a possibilidade legal e constitucional, com limites no princípio da proporcionalidade, como os sugeridos, de colheita compulsória de material biológico do acusado e do investigado para exames genéticos em casos criminais.”²⁵

A seu turno, AURY LOPES JR. lembra que os direitos fundamentais não são absolutos e que, com o advento da Lei 12.654/2012, o legislador brasileiro autorizou a intervenção corporal – sem o consentimento do imputado – para obtenção de material genético, o que, em sua visão, fulminou a tradição brasileira de observância ao direito de não produzir prova contra si mesmo. São suas palavras:

“A nova lei altera dois estatutos jurídicos distintos: a Lei n. 12.037/2009, que disciplina a identificação criminal e tem como campo de incidência a investigação preliminar, e, por outro lado, a Lei n. 7.210/1984 (LEP), que regula a Execução Penal. Portanto, em duas situações (investigado e apenado), o sujeito passivo está obrigado a submeter-se a intervenção corporal (voluntariamente ou mediante coerção) para fornecimento de material genético. Com isso, fulminou-se a tradição brasileira de respeitar o direito de defesa pessoal negativo – *nemo tenetur se detegere*. [...]

A lei não diz (e nem precisaria), mas, em caso de recusa do imputado em fornecer o material genético, poderá a autoridade fazê-lo compulsoriamente, ou seja, 'à força'. A única 'garantia' é o emprego de técnica 'adequada e indolor'. A lei disciplina a retirada coercitiva, porque voluntariamente sempre esteve autorizada e nem precisaria de qualquer disciplina legal (integra o direito de defesa positivo).”²⁶

A **legislação internacional**²⁷ também segue nessa trilha. *Ad exemplum*, o Código de Processo Penal de Portugal estabelece que, “por meio de exames das pessoas, dos lugares e das coisas, inspeccionam-se os vestígios que possa ter deixado o crime e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi cometido.” (art. 171º, 1). E, expressamente, dispõe que, “se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente” (art. 172º, 1), garantindo-se apenas que “os exames susceptíveis de ofender o pudor das pessoas devem respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter.” (art. 172º, 3).

Com efeito, no que diz respeito especificamente à aplicação do *nemo tenetur se detegere* às provas que dependem da cooperação do investigado/réu para sua produção, “o **direito norte-americano** entende que não há

²⁵MORO, Sérgio. *Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais*, RT 853/429-441.

²⁶LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 229-335.

²⁷“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, Estónia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Polónia, Espanha, Suécia e Suíça. A coleta e armazenamento de perfis de DNA de pessoas condenadas é permitido, como regra geral, por períodos limitados de tempo, após a condenação.” (ANSELMO, Márcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. *Identificação criminal – banco de perfil genético deve se tornar realidade no país*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>>. Acesso em 27.03.2016)

violação do referido princípio em sua produção, como regra geral.”²⁸ Igualmente, como anota ODONE SANGUINÉ, a **jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)**

“considera que o direito a não se auto-incriminar concerne principalmente ao respeito à vontade do acusado de permanecer em silêncio. Está admitido, em princípio, pelo ‘*nemo tenetur se detegere*’, de maneira que fica fora do campo de ação do privilégio contra a autoincriminação a utilização no processo de informações que, embora obtidas pela acusação com o uso de poderes coercitivos, tenham uma existência independente da vontade do suspeito, como os documentos recolhidos por força de um mandado judicial. A coleta forçada de amostras biológicas do imputado, tais como a coleta de sangue, de urina e de tecidos para uma biópsia ou para exame de DNA, de hálito mediante o uso de bafômetro para um motorista suspeito de embriaguez, seriam em princípio legítimas, dado que o material usado na análise forense é obtido com procedimentos minimamente invasivos (pense-se nas coletas de sangue, cabelos ou tecidos corporais) ou por meio de procedimentos não invasivos, mas que exigem a colaboração do imputado (a coleta de urina, de saliva, de padrões vocais para comparação, etc.), desde que os órgãos investigadores se sirvam de métodos respeitosos da dignidade humana e do seu direito à saúde.”²⁹

Igualmente, ao comentar previsão normativa do Código de Processo Penal alemão que permite a realização de exames genéticos nos suspeitos para fins criminais, CLAUS ROXIN assevera “que o indivíduo não tem o dever de colaborar com as autoridades encarregadas da investigação mediante um comportamento ativo, contudo **deve suportar intervenções corporais** que possam contribuir definitivamente ao reconhecimento de sua culpabilidade como, por exemplo, deixar que se extraia sangue para aclarar eventual responsabilidade.”³⁰

De mais a mais, aos que fazem uma leitura mais extensa do direito ao silêncio de modo a abarcar o (suposto) direito de não produzir prova contra si, convém observar que – para além das inovações trazidas pela advento da Lei 12.654/2012 – o Novo Código de Processo Civil foi taxativo ao estabelecer, em seu art. 379, que: “preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado.”

Assim, com a aplicação supletiva dessa regra ao processo penal (art. 3º, CPP), tem-se por válida a autorização judicial – prevista nos arts. 3º, inc. IV, c.c 5º, parágrafo único, da Lei 12.037/2009 – para a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, sempre, por óbvio, respeitando-se a integridade física e a dignidade da pessoa.³¹

²⁸SANGUINÉ, Livia de Maman. O direito de não produzir prova contra si mesmo no direito comparado: *nemo tenetur se detegere* (1). *Boletim IBCCRIM* nº 221. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

²⁹*Apud* SANGUINÉ, Livia de Maman. O direito de não produzir prova contra si mesmo no direito comparado: *nemo tenetur se detegere* (1). *Boletim IBCCRIM* nº 221. São Paulo: IBCCRIM, 2011. Sobre o mote, há um conhecido **julgado do TEDH**: “o direito de não se autoincriminar impõe que se respeite a vontade do arguido de não falar e manter o silêncio, no entanto, este direito não contempla a impossibilidade de utilização no processo de meios de prova que sejam obtidos através do arguido independentemente da sua vontade (ou mesmo, contra a sua vontade) por poderes de autoridade, tais como [...] recolha de amostras e exames de sangue, urina, saliva, cabelo, voz, ou recolha de outros tecidos orgânicos para a realização de testes de DNA” (Stedh, **caso Jalloh c. Alemanha**, j. 11.06.2006, § XVIII e ss).

³⁰Cf. VAY, Giancarlo Silkunas Vay; SILVA, Pedro José Rocha. A identificação criminal mediante coleta de material biológico que implique intervenção corporal e o princípio do *nemo tenetur se detegere*. *Boletim IBCCRIM* nº 239. São Paulo: IBCCRIM, 2012.

³¹“[...] não nos parece admissível, mesmo com a concordância do interessado, que o Estado submeta alguém a intervenções corporais que ofendam a dignidade humana ou coloquem em risco sua integridade física ou psíquica além do que é razoavelmente tolerável.” (PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal – teoria, crítica e práxis*. 3ª ed. Niterói: Impetus, 2005, p. 965).

Diante desse quadro³² (investigação de um caso concreto + necessidade da medida + autorização judicial para coleta de material biológico + utilização de método adequado e indolor + obséquio ao primado da dignidade da pessoa humana), parece-nos perfeitamente possível e condizente com o vetor da proporcionalidade³³, por exemplo, a retirada de um fio de cabelo³⁴ do investigado para a realização dos exames periciais, o que, a nosso aviso, no mais das vezes se afigura bem menos invasivo e agressivo do que as conhecidas buscas pessoais (“baculejos”) realizadas pela polícia, sem ordem judicial, com esteio apenas em *fundadas suspeitas* (art. 240, § 2º, CPP).³⁵

Bem a propósito, CARLOS HENRIQUE BORLIDO HADDAD anota que a admissão do exame de DNA compulsório no processo penal brasileiro não representa nenhuma inovação acerca das restrições a bens jurídicos que já suporta o acusado. E rememora que

“a pena privativa de liberdade, a prisão provisória de finalidade instrutória indireta, o monitoramento ininterrupto de diálogos, a sanção capital e a medida de segurança de caráter indeterminado são superlativamente mais lesivos do que a colheita do material orgânico, mormente em relação àquela que não possui o caráter de invasividade. É preciso apenas voltar os olhos para as provas e sanções atualmente existentes no processo penal e lembrar-se da existência de medidas de caráter restritivo para superar a cultura de intangibilidade absoluta do acusado.”³⁶

Aliás, apenas para argumentar, convém dizer o Superior Tribunal de Justiça considerou válida a submissão de suspeitos por tráfico internacional de drogas – que haviam ingerido entorpecentes – a exames de raios-x, afastando, por conseguinte, a alegação de ofensa ao *nemo tenetur se detegere*. No caso, a Corte considerou que “a ingestão de cápsulas de cocaína causa risco de morte, motivo pelo qual a constatação do transporte da droga no organismo humano, com o posterior procedimento apto a expeli-la, traduz em verdadeira intervenção estatal em favor da integridade física e, mais ainda, da vida, bens jurídicos estes largamente tutelados pelo ordenamento.”³⁷

³²“Além do requisito objetivo – previsão legal – exige-se o subjetivo, que deixa à autoridade judicial a valoração da necessidade da prova para esclarecimento dos fatos. [...] O recurso às intervenções corporais só pode acontecer nas hipóteses em que se apresentar indispensável para a elucidação dos fatos, sem ser possível ao juiz formar seu convencimento de outro modo. As intervenções corporais para a consecução do exame de DNA, tal como o Direito Penal, devem existir como *ultima ratio*.” (HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação. *Revista da EMERJ*, v. 10, nº 39, 2007, p. 245).

³³“A pequena intervenção no corpo do investigado pouco afeta a sua dignidade, sendo que a restrição dos direitos está plenamente justificada diante do bem maior do interesse público na apuração do hediondo crime cometido.” (TOVIL, Joel. A proteção contra a auto-acusação compulsória aplicada à persecução penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 22, 2008, p. 87-114).

³⁴“Apontada como a maior revolução científica na esfera forense desde o reconhecimento das impressões digitais como uma característica pessoal, as técnicas de identificação fundamentadas na análise direta do ácido desoxirribonucléico (significado da sigla DNA, de Deoxyribonucleic Acid) ostenta pelo menos duas vantagens sobre os métodos convencionais de identificação: a estabilidade química do DNA, mesmo após longo período de tempo, e a sua ocorrência em todas as células nucleadas do organismo humano, o que permite condenar ou absolver um suspeito com uma única gota de sangue ou através de um único fio de cabelo encontrado na cena do crime.” Disponível em <<http://www.ic.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=7>>. Acesso em 30.03.2016.

³⁵“Havendo fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, como no caso, a busca em veículo, a qual é equiparada à busca pessoal, independe da existência de mandado judicial para a sua realização.” (HC 216.437/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Jr., 6ª Turma do STJ, DJe 08/03/2013)

³⁶HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação. *Revista da EMERJ*, v. 10, nº 39, 2007, p. 252.

³⁷HC 149.146/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª Turma do STJ, DJe 19/04/2011.

Demais disso, a identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso (art. 7º-B, LIC) e, por força do **princípio da especialidade da prova**, somente poderá ser utilizada no caso coberto pela decisão judicial que autorizou a coleta do material, havendo, por assim dizer, uma **vinculação causal**. Tanto “há essa vinculação causal que o legislador define como limite de disponibilidade do material genético a prescrição do crime [art. 7º-A, LIC]. Ou seja, o uso está relacionado a este crime e a disponibilidade temporalmente regulada pela prescrição (ou a absolvição definitiva [...]).”³⁸

De igual modo, parece-nos constitucional a identificação pelo perfil genético mediante a extração de DNA para formação de cadastro geral com vistas a viabilizar a apuração de *atos futuros*, incidente apenas sobre os condenados por crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos delitos previstos no art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos (art. 9º-A da LEP).

Ora, o banco nacional de perfis genéticos atende ao princípio da proporcionalidade, na medida em que somente os condenados por crimes gravíssimos é que serão submetidos à coleta; não há falar em violação da presunção de inocência se as pessoas sujeitas à extração do material já foram condenadas criminalmente;³⁹ o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético somente ocorrerá mediante requerimento e decisão judicial devidamente fundamentada (art. 93, inc. IX, CR/88); a inserção do material genético no banco nacional permitirá o desvendar de inúmeros crimes cuja autoria não se tem notícia, viabilizando tanto a condenação de culpados como a absolvição de inocentes, o que vai ao encontro da pretensão constitucional fundamental de expurgar do nosso sistema o erro judiciário (“o Estado indenizará o condenado por erro judiciário [...]” - art. 5º, LXXV).

Ademais, com o intuito de resguardar os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade, não só os dados obtidos terão caráter sigiloso, sujeitando aquele que os utilizar para fins inadequados à responsabilização civil, penal e administrativa (art. 5º-A, § 2º, Lei 12.037/2009), como também as informações genéticas armazenadas não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais da pessoa, exceto determinação genética de gênero, em respeito à dignidade da pessoa humana e às normas constitucionais e tratados internacionais sobre direitos humanos (art. 5º, §1º, Lei 12.037/2009).

³⁸LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 336. Ao contrário, não há essa vinculação causal na situação do art. 9º-A da LEP, em que o apenado é submetido à extração compulsória de material genético, onde se busca a constituição do banco de dados para o futuro, de forma aberta e indeterminada.

³⁹ “A nosso, ver, não se deve taxar de inconstitucional legislação que prevê a identificação criminal, por qualquer meio não degradante, de indivíduos condenados. Não se trata como alguns juristas têm defendido, de se obrigar a pessoa a produzir prova contra si mesma, uma vez que o projeto não obriga o acusado a fornecer material genético para ser confrontado no caso em que está sendo processado, sendo o fornecimento obrigatório apenas quando o indivíduo for definitivamente condenado. Ora, o direito a não autoincriminação pode e deve ser usado em um processo ou investigação penal, mas jamais pode servir como um coringa para a prática de novos delitos.” (Excertos do *Inteiro Teor* do acórdão no Agravo em Execução 1.0024.08.962178-3/001, 2ª Câmara Criminal do TJMG. Pulb. 27.07.2015). E ainda: “A identificação criminal compulsória por meio de perfil genético não viola os princípios da presunção de inocência, da vedação a autoincriminação e da intimidade, pois somente será realizada em condenados definitivamente por crimes de natureza grave, por método não invasivo e para alimentar banco de dados sigiloso. A medida constitui mais uma restrição de direitos impostas aqueles que infringem as normas penais, protetoras de valores caros à sociedade, de modo que não há de se cogitar de afronta à dignidade da pessoa humana.” (Recurso de Agravo nº 20150020268833, 2ª Turma Criminal do TJDF, DJe 15.12.2015).

De mais a mais, em excelente artigo sobre o tema, MÁRCIO ADRIANO ANSELMO e GUILLHERME SILVEIRA JACQUES demonstram que os bancos de perfis genéticos são uma realidade no mundo e lembram, por exemplo, “que 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 prosseguem destacando que “esse banco de dados (CODIS) já auxiliou 169.000 investigações, conforme se pode observar na própria informação disponível no site do FBI [...]”⁴⁰

Mesmo que o condenado por algum dos crimes mencionados no art. 9º-A da Lei de Execução Penal tenha cometido o delito antes da vigência da Lei 12.654/2012, a coleta do perfil genético poderá ser realizada sem que se avenge qualquer ofensa ao princípio da irretroatividade da lei penal (art. 5º, inc. XL, CR/88). Isso porque, com a extração do DNA, não se está a criar nova espécie delitiva nem tampouco a recrudescer a sanção imposta ao preso em razão da prática da infração penal pela qual se viu condenado. Ao contrário, a coleta do perfil genético configura procedimento de cunho administrativo, verdadeira modalidade de identificação criminal.

O processo penal hodierno não pode mais operar sob a lógica probatória do processo penal ortodoxo. O processo penal estruturado no século passado, tendo por foco a realidade das infrações penais cometidas pelos conhecidos meliantes Caio, Tício, Mévio e Semprônio não responde mais aos anseios da atualidade. Antes, as identificações criminais fotográficas e datiloscópicas eram o ápice da tecnologia. Hoje, estes meios não bastam. Vivemos a era do direito probatório de terceira geração, com a possibilidade de utilização de provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais. Interceptações telefônica, ambiental e telemática; quebras de ERB, de sigilo bursátil, fiscal e bancário; scanner corporal; identificação pelo perfil genético e tantas outras diligências probatórias não podem mais ser relegadas em detrimento da “hipérbole” do direito ao silêncio.

⁴⁰ ANSELMO, Márcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. *Identificação criminal – banco de perfil genético deve se tornar realidade no país*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>>. Acesso em 01.04.2016.