

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**JEANCARLO DE OLIVEIRA COLETTI**

**DNA COMO PROVA NO PROCESSO PENAL: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DA  
LEI Nº 12.654/12 E DECRETO Nº 7.950/13**

**CURITIBA**

**2015**

**JEANCARLO DE OLIVEIRA COLETTI**

**DNA COMO PROVA NO PROCESSO PENAL: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DA  
LEI Nº 12.654/12 E DECRETO Nº 7.950/13**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel do curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Fernando Moro

**CURITIBA**

**2015**

*It's the loneliest feeling in the world - to find yourself standing up when everyone else is sitting down. To have everybody look at you and say "what's the matter with him?" I know, I know what it feels like. Walking down an empty street, listening to the sound of your own footsteps. Shutters closed, blinds drawn, doors locked against you. And you aren't sure whether you're walking toward something - or just walking away*  
Drummond – *Inherit the Wind*

## AGRADECIMENTOS

Se sem Ele sequer minha existência seria possível, quem dirá apresentar esse trabalho ou concluir a graduação? Portanto, agradeço a Deus, em primeiro lugar, por ter me dado a oportunidade de cursar essa bela faculdade e concluir esse curso tão difícil e almejado.

Aos meus pais, Jorgina Candido De Oliveira e Antonio Odair Coletti, que, superando todas as dificuldades, me deram total suporte para estudar e chegar mais longe do que eles puderam. Especialmente a minha mãe que hoje vê o filho realizando o sonho que, devido às circunstâncias, ela não pôde alcançar.

À minha namorada, Giovana Lika Shin-Ike Watanabe, que, durante esses dois anos de namoro, esteve sempre comigo, ao meu lado, amando-me incondicionalmente, apoiando-me em meus sonhos e batalhas, dando-me forças a cada dia, e, mais especificamente, amparando-me no desenvolvimento deste trabalho.

Aos meus familiares e amigos que me amam e sempre estiveram ao meu lado, nos bons e não tão bons momentos. Agradeço-lhes de coração e sempre podem contar comigo, da mesma forma que sempre pude contar com vocês.

Agradeço a todos os professores da Faculdade de Direito que me ensinaram muito mais do que as ementas das disciplinas, abrindo meus olhos para o que acontece ao nosso redor.

Agradeço ao Professor Doutor Sérgio Fernando Moro por aceitar o desafio de me orientar, disponibilizando seu tempo, dando auxílio, desde a escolha do tema até a conclusão do trabalho, corrigindo equívocos, e, principalmente, por ser exemplo (não só para mim, como para toda a sociedade) de profissionalismo, ética e integridade.

Por fim, à Bateria Os Federais que desde o primeiro ano da faculdade foi minha família na UFPR e me proporcionou os melhores momentos nessa jornada de cinco anos.

## Sumário

<b>RESUMO.....</b>	<b>VII</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>VIII</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 DA VERDADE E DA PROVA NO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>11</b>
1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES .....	11
1.2 DO DIREITO À PROVA.....	14
1.2.1 Ônus <i>versus</i> obrigação.....	14
1.3 DO DIREITO À INVESTIGAÇÃO .....	16
1.4 A PROVA PERICIAL NO PROCESSO PENAL.....	19
1.4.1 O exame de DNA como prova pericial .....	22
<b>2 PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>.....</b>	<b>24</b>
2.1 ORIGEM E SIGNIFICADO DO DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO ( <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> ) .....	24
2.2 O PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	27
2.3 DIFERENÇA ENTRE O PRINCÍPIO E O DIREITO AO SILÊNCIO .....	29
2.4 PROVAS QUE DEPENDEM DA COOPERAÇÃO DO ACUSADO PARA SEREM PRODUZIDAS.....	32
<b>3 UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO COMO PROVA.....</b>	<b>33</b>
3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES .....	33
3.1.1 DNA obtido no corpo de delito ou em amostras descartadas.....	34
3.1.2 DNA concedido pelo “ofensor” .....	35
3.1.3 DNA colhido do “ofensor” sem sua concordância .....	35
3.2 LEI Nº 12.654/12 – COLETA DE PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL.....	37

3.3 BANCOS DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS E REDE INTEGRADA DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS (RIBPG).....	42
3.3.1 Relação dos bancos de dados de perfis genéticos no Brasil e o sistema CODIS .....	45
3.4 A COLETA DE PERFIL GENÉTICO COMO INSTRUMENTO DE RESOLUÇÕES DE CRIMES .....	47
3.5 O SUPOSTO CONFRONTO ENTRE O PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> E A COLHEITA COMPULSÓRIA DE DNA .....	49
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>54</b>

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar questões polêmicas com relação à coleta compulsória de material genético de investigados para a identificação criminal e de condenados por crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, ou por qualquer dos crimes hediondos para compor um banco de dados de perfis genéticos. Primeiramente, abordam-se questões gerais com relação à verdade e à prova processuais, ao direito de defesa, ao direito de investigação, à prova pericial como um todo e, mais especificamente, à prova pericial de material genético. Posteriormente, estuda-se o princípio *nemo tenetur se detegere*, sua origem e definição, nos primórdios e atualmente, no Brasil e no restante do mundo. É feita uma válida diferenciação entre o direito ao silêncio e o direito genérico de não produzir prova contra si mesmo e discorre-se sobre as provas que necessitam da cooperação do acusado para serem produzidas. Após, são feitas considerações com relação à evolução dos estudos com DNA e das formas como o material genético pode ser obtido, com ou sem o consentimento, de forma invasiva ou não. A Lei nº 12.654/12 é amplamente pormenorizada, expondo suas polêmicas e se posicionando a respeito delas, assim como ocorrerá com o Decreto nº 7.950/13. Ao final, discorrer-se-á sobre a importância do perfil genético, e de sua coleta, para a resolução de infrações penais, bem como sobre a discussão acerca do princípio *nemo tenetur se detegere* em face a colheita compulsória de DNA.

Palavras-chave: Coleta compulsória de material genético. Banco de dados de perfis genéticos. Lei nº 12.654/12. Decreto nº 7.950/13. *Nemo tenetur se detegere*. Direito ao silêncio. Prova pericial.

## ABSTRACT

This work has the scope to analyze controversial issues regarding the compulsory collection of genetic material investigated for criminal identification and convicted of crimes, intentionally, with serious nature of violence against the person, or by any of heinous crimes to form a database of genetic profiles. First, to address general issues regarding the truth and the procedural evidence, the rights of defense, the right to research, the expert evidence as a whole and, more specifically, the expert evidence of genetic material. Later, we study the principle *nemo tenetur se detegere*, its origin and definition, in the early days and currently in Brazil and the rest of the world. A valid distinction between the right to silence and the generic right not to produce evidence against himself and talks about the evidence they need the cooperation of the accused to be produced. After, considerations are made regarding the evolution of studies with DNA and the ways in which genetic material can be obtained with or without the consent, invasive or not. Law No. 12,654/12 is widely detailed, exposing their controversial points and positioning about them, as occurs with Decree No. 7,950/13. At the end, it will be discuss the importance of genetic profile, and its collection, for solving criminal offenses, as well as the discussion of the principle *nemo tenetur se detegere* towards compulsory collection of DNA.

Keywords: Compulsory collection of genetic material. Database of genetic profiles data. Law No. 12,654 / 12. Decree No. 7,950 / 13. *Nemo tenetur se detegere*. Right to silence. Expert evidence.

## INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei Federal nº 12.654, de 28 de maio de 2012, e do Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013, o Brasil, tardiamente, passou a integrar o rol de países que utilizam banco de dados de perfis genéticos para comparação entre o material genético encontrado em vestígios e aqueles colhidos diretamente de indivíduos, com o fim de solucionar crimes, identificar vítimas de desastres e localizar pessoas desaparecidos.

Por conta de seu caráter individualizador, o ácido desoxirribonucleico (DNA) é um composto orgânico poderoso para a identificação de pessoas, desse modo seu uso deve ser cada vez mais ampliado e aprimorado. A partir da parceria entre a Polícia Federal brasileira e o FBI (polícia federal investigativa norte americana), com a disponibilização de um software especialmente criado para a realização de confronto de material genético, tornou-se palpável encontrar coincidências genéticas em escala nacional.

O material genético pode ser obtido de diversas formas, porém quando a obtenção provém de maneira invasiva ao corpo da pessoa, sem sua concordância, surge a controvérsia com relação à transgressão do princípio *nemo tenetur se detegere* (direito de não produzir prova contra si mesmo).

Em um primeiro momento, o presente trabalho irá trazer à tona alguns dos suportes do processo penal, quais sejam a discussão da verdade e da prova no processo, abordando, ainda, questões importantes como a investigação criminal e a prova pericial de DNA.

Em seguida, versará sobre o princípio *nemo tenetur se detegere*, discutindo sua origem desconhecida, seu significado, que com o passar dos séculos foi modificado em função das peculiaridades de cada sociedade, como o princípio surgiu no cenário nacional e é hoje interpretado, e, finalmente, a distinção do direito a não produzir prova contra si mesmo (como é compreendido no Brasil) em face ao direito ao silêncio. Posteriormente se analisará as provas que sem a cooperação do indivíduo o processo penal ficaria menos consistente.

Esmiuçado os contornos do tema em voga, o último capítulo adentrará no cerne da discussão: teria o Estado o direito de suprimir direitos individuais tão fundamentais da pessoa a fim de buscar a verdade plena do que ocorreu? O Direito

Penal, sendo a intervenção estatal mais radical, suprimindo direitos individuais não estaria, por outro lado, resguardando outros direitos fundamentais? Discutir-se-á, as formas de utilização do DNA no processo penal, as inovações trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 12.654/12 e o Decreto nº 7.950/13, suas nuances, seus pontos polêmicos, recentes julgados sobre o novo tema, dados com relação aos resultados até agora obtidos, no Brasil e nos Estados Unidos, o sistema CODIS disponibilizado pelo FBI, entre outros assuntos.

Por fim, o trabalho questionará a importância da coleta de perfil genético para a resolução de crimes e a constitucionalidade da coleta compulsória ante ao aparente conflito com o direito de não produzir prova contra si mesmo.

## 1 DA VERDADE E DA PROVA NO PROCESSO PENAL

### 1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Antes de alcançar o objeto central do presente trabalho, há que se apreciar alguns pontos importantes para prover de fundamentos e justificações as conclusões vindouras. Nesse sentido, cabe discorrer brevemente sobre o conceito de verdade no processo penal e adentrar em alguns pontos relevantes acerca da prova.

O papel do julgador no processo penal é conduzir a reconstrução de um fato passado, a fim de apresentar uma decisão para o que ocorreu, visando alcançar a reconstituição de algo mais próximo possível da verdade (mesmo esta sendo impossível de ser alcançada).

Isso porque é impossível obter a certeza total do fato, visto que sempre haverá algum grau de incerteza. O importante é que a produção de provas que contribuam para o esclarecimento dos fatos ocorra dentro do processo, de acordo com as regras processuais, para que seja fornecida a certeza jurídica. Aury Lopes Jr.<sup>1</sup> defende que o resultado final do processo, ou seja, a sentença, não precisa ser a verdade, mas sim o resultado do seu convencimento, construído nos limites do contraditório e do devido processo penal.

O fato que ocorreu no passado é conhecido como verdade real. A desmoderada busca por essa verdade (inalcançável por natureza) resultou em incontáveis injustiças, confissões mentirosas e torturas físicas e psicológicas ao longo da história. Afirmar que o processo penal anseia alcançar a verdade real é uma completa falácia.

Eugênio Pacelli de Oliveira, ao falar sobre a certeza jurídica, diz:

O processo (...) produzirá uma *certeza do tipo jurídica*, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá), mas cuja pretensão é a de estabilização das situações eventualmente conflituosas que vêm a ser o objeto da jurisdição penal<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 576.

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17ª ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nºs 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. – São Paulo: Atlas, 2013. p. 326.

Maria Elizabeth Queijo<sup>3</sup> chama a “certeza do tipo jurídica” como a “verdade relativa”, que seria a verdade que pode ser alcançada, não transcendente, vinculada à realidade das coisas. A verdade absoluta (chamada também de verdade real), ou seja, coincidente com os fatos ocorridos, é um ideal inatingível. A autora ainda salienta que a verdade relativa, por ser a mais próxima da realidade que pode ser alcançada, ocupa papel de destaque.

Acreditamos que a verdade que deve ser buscada no processo penal (e no processo civil) é a verdade processual, qual seja, aquela apurada no processo, regrada dentro dos limites da legalidade e da ética, mas dotada do mais alto grau de proximidade com a realidade histórica<sup>4</sup>.

Oliveira<sup>5</sup> ainda esclarece que toda verdade judicial sempre é uma verdade processual, sobretudo por se tratar de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica – além do fato de ser produzida no curso do processo.

A verdade processual, para Iacoviello<sup>6</sup>, é condicionada às regras e limites legais. Na mesma esteira, Ferrajoli<sup>7</sup> afirma que a verdade processual apresenta um caráter probabilístico, sendo ela uma verdade aproximativa no que tange aos fatos, pois não é passível de verificação e experimentos, como ocorre cientificamente.

Para se alcançar a proximidade da verdade são utilizadas as provas, que são os materiais que permitem a reconstrução histórica, recaindo-lhes a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz (função persuasiva)<sup>8</sup>. Segundo Lopes Jr.<sup>9</sup>, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do passado distante (o crime), tendo o magistrado que exercer sua

---

<sup>3</sup> 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, 2012. p. 52.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 60.

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17ª ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nºs 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. – São Paulo: Atlas, 2013. p. 326.

<sup>6</sup> IACOVIELLO, Francesco Mauro. *Prova e accertamento del fatto nel processo penal riformato dalla Corte costituzionale*. Cassazione Penale, v. 1073, p. 2028-2034, 1992, esp. p. 2029. In: 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, 2012. p. 57.

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. 4. ed. Roma: Laterza, 1997. p. 24. In: 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, 2012. p. 57.

<sup>8</sup> TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 81. In: LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 514.

<sup>9</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 511 et. seq.

atividade cognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença.

Neste sentido, Irajá Pereira Messias define a prova penal como:

A demonstração do conjunto de fatos e circunstâncias que convencem da ocorrência de um fato que interessa ao Direito Penal, no tocante à materialidade e à autoria, bem como da existência de causas que justifiquem a ação ou omissão, excluindo a criminalidade ou incidindo na demonstração de maior ou menor intensidade de dolo ou de culpa do agente, para a fixação da responsabilidade criminal<sup>10</sup>.

Para Aranha<sup>11</sup>, demonstrar que um fato existiu e de que forma existiu, ou como existe e de que forma existe, é, justamente, a função da prova, sendo, portanto, uma tarefa reconstrutiva, uma missão histórica do juiz.

Eugênio Pacelli Oliveira<sup>12</sup> afirma que o objetivo da prova judiciária é claro: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, *tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*. Seu objetivo, portanto, é dos mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

Ainda que o processo se concretize com a sentença do juiz, sendo ele o encarregado em definir a causa por intermédio da sentença, esta só adquire legitimidade social, ou seja, se sustenta socialmente, por meio da prova. A prova, portanto, é imprescindível ao processo, é algo que serve para legitimar a decisão judicial.

A prova legitima a sentença penal, de modo que quanto mais prova, mais legítima é a decisão, seja absolutória ou condenatória. Uma condenação ou absolvição que não tem como base fundamentos sólidos não é uma boa decisão.

Nessa questão subjetiva, da influência da prova para a sentença, Messias<sup>13</sup> ressalta que a prova é o elemento do processo que fornece o juízo de certeza moral para a aplicação da lei, sendo inegável que, de todos os elementos que compõem o processo criminal, a prova é o que mais está atrelado à construção da justiça e o mais proximamente agregada ao seu conceito.

<sup>10</sup> MESSIAS, Irajá Pereira. *Da prova penal*. – Campinas: Bookseller, 2001. p. 45.

<sup>11</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. De Camargo. *Da prova no processo penal*. 7ª Edição rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 5.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17ª ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nºs 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. – São Paulo: Atlas, 2013. p. 325.

<sup>13</sup> MESSIAS, op. cit, p. 170.

## 1.2 DO DIREITO À PROVA

Como decorrência do princípio da ampla defesa, o réu tem direito à prova. E, logicamente, para que o réu tenha a oportunidade de produzir provas defensivas, a acusação previamente apresentou provas acusatórias. Logo, a acusação também tem direito à prova.

Quanto ao direito à prova, o jurista italiano Paolo Tonini leciona que:

O direito à prova é uma expressão sintética que compreende o direito de todas as partes de buscar as fontes de prova, requerer a admissão do respectivo meio, participar de sua produção e apresentar uma valoração no momento das conclusões<sup>14</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual o Brasil é signatário, em seu Artigo 11º, ponto “1”, é claro em dizer que a toda pessoa acusada de um ato delituoso devem ser asseguradas todas as garantias necessárias de defesa. Nesse mesmo sentido, nossa Constituição Federal, no Art. 5º, inciso LV, segunda parte, assegura aos acusados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Aliás, em vários outros dispositivos do ordenamento jurídico pátrio assegura-se a garantia do direito à prova (como nos Arts. 396-A e 402 do Código de Processo Penal, por exemplo), pois, como já dito, não seria possível chegar a uma decisão justa se a produção absoluta de provas, quando lícitas, não fosse endossada.

### 1.2.1 Ônus *versus* obrigação

Ao contrário do que se pode imaginar, a prova não é uma obrigação processual, mas sim um ônus. A diferença entre ônus e obrigação é substancial: enquanto neste há uma necessidade, um dever de ser cumprido, aquele pode ou não ser satisfeito sendo seu cumprimento deixado à vontade da parte interessada.

Acerca do tema, Aranha afirma que:

---

<sup>14</sup> TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano; tradução de Alexandra Martins, Daniela Mróz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 83.

O ônus oferece uma alternatividade ao dispor do titular que poderá atendê-lo ou não e na última hipótese sofrerá o prejuízo decorrente de sua inação ou negação, enquanto a obrigação é um mandamento legal pelo qual o obrigado não pode escolher entre cumpri-lo ou não<sup>15</sup>.

Mesmo o direito pátrio garantindo o direito à prova, nada impede que o magistrado, a depender da situação, a denegue. Neste sentido, Oliveira aponta que:

Embora se cuide de direito à prova, isso não impede que o juiz da causa examine a pertinência da prova requerida (ver, por exemplo, art. 400, §1º, CPP), tendo em vista que cabe a ele a condução do processo, devendo, por isso mesmo, rejeitar as diligências manifestamente protelatórias<sup>16</sup>.

Logo, quem deixa de apresentar provas não será, de forma alguma, apenado por sua inação, por outro lado, perderá a oportunidade de fazer valer sua tese defensiva ou acusatória, desperdiçando, assim, uma chance de proveito.

Naturalmente, o ônus probatório inicial no processo penal recai à acusação (*onus probanti incumbit ei qui dicit, non qui negat*). Mesmo sendo um ônus, e não uma obrigação, a acusação se quiser ter alguma chance de sucesso no processo deverá preencher alguns requisitos essenciais, como, por exemplo, nos crimes dolosos, provar a existência do tipo penal, sendo o acusado quem desenvolveu tal conduta típica, existindo, assim, um nexo causal entre o fato e o agente.

Por outro lado, à defesa recai um dever de, apenas, por em dúvida a conduta humana, típica, ilícita e culpável imputada pela acusação, não sendo necessária a comprovação absoluta de que o fato não existiu, ou que o fato não constitui infração penal, ou que o réu não concorreu para a infração penal etc.

Assim, conclui Messias que:

Esse sistema de distribuição de encargos procura, de forma igualitária, permitir que cada uma das partes possa fornecer ao juiz, na defesa de seus recíprocos interesses, a demonstração de cada uma das alegações, obedecendo ao princípio constitucional da isonomia processual, importando prejuízo irreparável à parte que, por inércia, descaso, esquecimento, ou por qualquer outro motivo, omitiu-se na produção de determinada prova de seu interesse, deixando fluir a oportunidade adequada<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. De Camargo. *Da prova no processo penal*. 7ª Edição rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 8.

<sup>16</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17ª ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nºs 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. – São Paulo: Atlas, 2013. p. 342.

<sup>17</sup> MESSIAS, Irajá Pereira. *Da prova penal*. – Campinas: Bookseller, 2001. p. 180.

### 1.3 DO DIREITO À INVESTIGAÇÃO

Decorrente do direito à prova, o direito à investigação criminal é, assim como aquele, assegurado a todas as possíveis partes, anteriormente à provocação da jurisdição penal. A investigação está intimamente ligada à produção e colheita de provas, e assegurar uma legítima e lícita investigação é garantir o direito à prova às partes.

Consoante entendimento de Pimenta Bueno<sup>18</sup>, a função precípua da investigação criminal é indagar todos os fatos suspeitos, receber os avisos, as notícias, formar o corpo de delito para comprovar a existência dos atos criminosos, sequestrar os instrumentos dos crimes, coligir todos os indícios e provas que pode conseguir, rastrear os delinquentes, capturá-los nos termos da lei e os entregar à Justiça Criminal para que seja examinada e julgada maduramente.

Enquanto o direito à investigação é proveniente do direito à prova, a investigação em si compõe a persecução penal. Como lecionam Julio Fabbrini Mirabete<sup>19</sup>, José Frederico Marques<sup>20</sup> e Ismar Estulano Garcia<sup>21</sup>, a persecução penal (*persecutio criminis*) se divide em duas partes, a ação e a investigação, sendo esta a primeira fase, destinada a colher dados sobre a ocorrência delituosa.

Conforme determina a Constituição Federal em seu Art. 144, cabe às polícias judiciárias (polícia civil federal e polícia civil estadual) as investigações das infrações penais. As investigações policiais ocorrem através dos inquéritos policiais, que correspondem a instrumentos do direito processual penal que legalmente materializam a investigação criminal, presidida pela autoridade policial, nos termos do artigo 4º do Código de Processo Penal<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> PIMENTA BUENO, José Antônio. *Processo penal brasileiro*. p. 11. In: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, volume 1*. 27ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 192.

<sup>19</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18ª ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005 – 2, reimpr., - São Paulo: Atlas, 2006. p. 56.

<sup>20</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal – volume I*. Campinas: Bookseller, 1997. p. 128.

<sup>21</sup> GARCIA, Ismar Estulano. *Inquérito – procedimento policial*. Goiânia: AB, 1991. p. 4.

<sup>22</sup> ANSELMO, Márcio Adriano. Inquérito policial é o mais importante instrumento de obtenção de provas. 2015. Artigo disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-04/academia-policia-inquerito-importante-instrumento-obtencao-provas>>. Acesso em 06/08/2015.

No entanto, as investigações também podem ser exercidas por outros órgãos, quais sejam: as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs)<sup>23</sup>; o Ministério Público (polêmicas a parte); as autoridades administrativas, que detêm competência para a apuração de infrações penais (agentes fiscais tributários, por exemplo); o Poder Judiciário e o Ministério Público em caso de delitos praticados por seus membros; o Procurador-Geral da República, o Procurador-Geral de Justiça ou o Procurador Regional da República em caso de delitos praticados pelas autoridades públicas com foro privativo.

Neste sentido, percebe-se que a investigação é exercitável para inúmeros fins: busca de fontes de provas que poderão ensejar a produção dos respectivos meios de prova na fase instrutória, colheita de elementos de informação para embasar a propositura da ação penal e evitar seu ajuizamento equivocado e desnecessário, fundamento para as decisões judiciais proferidas nesta etapa de instrução preliminar, subsídio para as partes traçarem suas respectivas estratégias de atuação ao longo da persecução penal, entre outros<sup>24</sup>.

O objeto da investigação é a apuração do fato, preocupando-se em descobrir o que e como o fato ocorreu, quem o praticou, correspondendo ao primeiro momento da atividade repressiva do Estado. Segundo José Frederico Marques<sup>25</sup>, a investigação tem como objeto preparar a acusação, obter dados informativos para que o órgão da acusação verifique se deve ou não propor a ação penal<sup>26</sup>.

A fase investigatória, portanto, é pré-processual, tendo, assim, natureza administrativa. Eugênio Pacelli de Oliveira preleciona que tal procedimento é destinado à formação do convencimento do responsável pela acusação, devendo o julgador, nesta fase, abstrair-se acerca da qualidade da prova em andamento, de

---

<sup>23</sup> Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

<sup>24</sup> FRAÇÃO, Amanda Palmieri. *Direito à investigação: aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 2. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06062013-135223/>>. Acesso em 19/10/2015.

<sup>25</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal – volume I*. Campinas: Bookseller, 1997. p. 129.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 139.

modo que sua intervenção caberá somente “para tutelar violações ou ameaça de lesões a direitos e garantias individuais das partes, ou para, mediante provocação, resguardar a efetividade da função jurisdicional, quando, então, exercerá atos de natureza jurisdicional”<sup>27</sup>.

A investigação de um crime, quando este for de ação penal pública, é um dever do Estado, configurando, assim, um poder instrumental, um poder que “deve” ser usado, conforme ensina a jurista portuguesa Maria Fernanda Palma:

A investigação criminal é um poder limitado do Estado no seu relacionamento com cidadãos livres, é um poder instrumental do Processo Penal e da proteção de bens jurídico-penalmente relevantes e não uma atividade livre inserida nos objetivos do Estado. Essa instrumentalidade impõe que o desencadeamento da investigação tenha de se basear em parâmetros técnicos sem dúvida, de técnica policial, mas que possam ser justificados em função de factos e conexões jurídico-penalmente relevantes<sup>28</sup>.

Magistralmente, PALMA observa uma diferença contundente entre as formas de investigação:

Há uma distinção entre investigação preventiva e investigação instrumental do processo. Enquanto a primeira está subordinada ao interesse fundamental de proteção de vítimas e de bens jurídicos e, por isso, a lógica investigatória deve ser orientada por uma ponderação generosa e favor das vítimas (em função da avaliação da intensidade do perigo e da não desproporcionalidade na intromissão na vida privada dos potenciais agentes), na investigação criminal processualmente orientada, torna-se crucial a ponderação entre o valor constitucional da verdade para a realização de justiça e os direitos afetados das pessoas sujeitas à investigação, o que não permite atingir os mesmos resultados<sup>29</sup>.

A “invasão” da esfera privada do indivíduo investigado é inerente à natureza da investigação, de maneira que sempre ocorrerá conflito de princípios entre a “busca da verdade” para alcançar a justiça e a intimidade do agente suspeito.

A verdade processual, como já explicitado, é um dos fins do Processo Penal, devendo a fase pré-processual apresentar substratos para que o titular da ação penal disponha de elementos para ingressar em juízo.

<sup>27</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17ª ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nºs 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. – São Paulo: Atlas, 2013. p. 54.

<sup>28</sup> PALMA, Maria Fernanda. *Direito da investigação criminal e da prova*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 15.

<sup>29</sup> Idem.

É justamente na fase pré-processual (em regra, no inquérito policial) que a esmagadora maioria das provas que definirão o rumo da sentença são produzidas. Neste ponto, vale lembrar o ensinamento de Márcio Adriano Anselmo:

Dos atos produzidos no inquérito policial, apenas a oitiva de testemunhas e eventual acareação são medidas que devem ser repetidas em juízo, ao passo que todo conjunto de documentos e perícias realizados no curso do mesmo são utilizados como prova na ação penal<sup>30</sup>.

Nesse liame, nos crimes em que o material genético for uma prova pertinente para a elucidação dos fatos, a devida coleta, do corpo de delito e dos suspeitos, por parte do órgão competente para a investigação é um bem maior para o esclarecimento da ocorrência, afastando, até certo ponto, a liberdade pessoal, mas, como veremos adiante, com autorização constitucional para tanto.

#### 1.4 A PROVA PERICIAL NO PROCESSO PENAL

Inicialmente, insta consignar que as provas periciais são imperiosas quando o delegado de polícia ou o juiz não detêm o conhecimento técnico necessário para esclarecer determinado fato ou avaliar determinada prova. Isso porque, é evidente que, mesmo passando por um exame de seleção difícilimo e dispor de instrução acima da média, a autoridade, em regra, é mestre (no sentido trivial da palavra) em conhecimento jurídico, não em conhecimento médico-legista, químico, biológico, matemático etc., sendo necessário auxílio técnico em determinados casos.

O princípio da suficiência diz que o processo penal deve ser capaz de julgar tudo aquilo que se apresenta, não podendo o magistrado delegar o dever de julgar, verificar, examinar tudo o que passar por sua mão<sup>31</sup>. Neste sentido, a perícia técnica surge como uma forma de elucidar ao julgador o que é específico de outra ciência, por meio de exames periciais realizados por *expert* que detenha determinados conhecimentos de caráter técnico, científico, artístico ou prático acerca dos fatos,

---

<sup>30</sup> ANSELMO, Márcio Adriano. Inquérito policial é o mais importante instrumento de obtenção de provas. 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-04/academia-policia-inquerito-importante-instrumento-obtencao-provas>>. Acesso em 06/08/2015.

<sup>31</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. Disciplina de Direito Processual Penal B. UFPR, 5º ano noturno do curso de graduação, Curitiba, 28 out. 2014. Comunicação verbal.

circunstâncias objetivas ou condições pessoais inerentes ao fato punível, a fim de comprová-los<sup>32</sup>.

Consoante entendimento de Irajá Pereira Messias:

O perito não documenta apenas o fato em si, limitando-se à constatação dos elementos intrínsecos do delito, mas também – e na medida em que isto for possível – as circunstâncias que envolveram o fato, ou que lhe são constitutivas, como por exemplo, o modo como ocorreu, o tempo da sua ocorrência e o lugar, os instrumentos com que foi praticado e a forma com que tais instrumentos foram manejados, a trajetória de um projétil e do chamuscamento que este pode ter produzido na pele ou nas vestes, ou a direção de um ferimento de arma branca, a posição do corpo, as marcas de sangue, os vestígios de combustão de pólvora nas mãos do suicida, os órgãos que foram lesionados e as consequências dessas lesões no organismo, e, enfim, centenas de outros adinículos, que variam de caso para caso, como demonstração técnico-científica<sup>33</sup>.

Segundo MIRABETE<sup>34</sup>, a perícia não é apenas um meio de prova, sendo o perito um apreciador técnico com uma função estatal destinada a fornecer dados instrutórios de ordem técnica e a proceder à verificação e formação corpo de delito.

Já Aranha<sup>35</sup> considera a perícia uma prova com um maior valor que as outras, afirmando que esta possui “uma natureza jurídica toda especial que extravasa a condição de simples meio probatório, para atingir uma posição intermediária entre a prova e a sentença”.

O doutrinador justifica sua conclusão com base em três elementos: (i) ao contrário da testemunha, que somente reproduz a ocorrência dos fatos, o perito emite um juízo de valor técnico-científico, baseado na experiência, na probabilidade ou na constatação, a fim de se fornecer um diagnóstico e, às vezes, um prognóstico; (ii) a perícia não é retrospectiva como o testemunho, mas sim prospectiva, ou seja, dos fatos são tiradas conclusões, inova ao concluir o fato que foi observado e avaliado; e (iii) diferente de todas as outras provas, que são objetivas, a perícia é eminentemente subjetiva, por conta de sua declaração conter um juízo de valor, técnico-opinativo, um julgamento artístico, científico, técnico, ou a avaliação de um fato.

<sup>32</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, volume 4*. 27ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 251.

<sup>33</sup> MESSIAS, Irajá Pereira. *Da prova penal*. – Campinas: Bookseller, 2001. p. 312.

<sup>34</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18ª ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005 – 2, reimpr., - São Paulo: Atlas, 2006. p. 261..

<sup>35</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. De Camargo. *Da prova no processo penal*. 7ª Edição rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 190.

Vale destacar que o exame de corpo de delito (que nada mais é do que uma perícia) deve ocorrer, quando a infração deixar vestígios, assim que a autoridade policial tiver conhecimento da prática da infração penal (Art. 6º, inciso VII, do Código de Processo Penal), sendo o exame indispensável em nosso ordenamento<sup>36</sup> (Art. 158 do CPP).

O exame de corpo de delito será sempre uma prova pericial direta, ou seja, o exame é realizado sobre o próprio corpo de delito (faca, cadáver, cadeado destruído etc.). Será admitida a perícia indireta quando impossível a direta, com a devida justificativa.

Ressalte-se que, durante a feitura do inquérito policial, não são apenas os exames de corpo de delito que podem ser realizados, mas também quaisquer outras perícias<sup>37</sup>.

Tendo em vista que a maioria dos casos de perícia é realizada durante a fase pré-processual (habitualmente no inquérito policial), o suspeito ou indiciado acaba tendo, mesmo em menor escala, a oportunidade do contraditório, de apresentar quesitos ao perito ou indicar assistente técnico<sup>38</sup>.

Outrossim, nas perícias de natureza emergencial por conta do perigo de dispersão dos vestígios, o acusado terá a oportunidade do contraditório em um momento posterior, sendo-lhe possível, entre outras coisas, requerer a repetição da perícia (Art. 170 do CPP), obviamente em perícias que ofereçam condições materiais de reexame, e a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos (Art. 159, §5º, I, do CPP).

---

<sup>36</sup> Alguns doutrinadores, como é o caso de Magalhães Noronha (*Curso de Direito Processual Penal*, Editora Saraiva, 1986, 17ª ed., p. 105), não concordam com a obrigatoriedade do exame de corpo de delito, que essa exigência não guarda coerência com o princípio da verdade real, sendo que a confissão muitas vezes poderia suprir o vazio da falta do exame, ainda mais quando essa confissão trouxer relevantes indícios confirmadores da sua verdade. Segundo Noronha, a interpretação restritiva do Art. 158 confrontaria com o princípio do livre convencimento do julgador e o princípio da exposição do motivo, quanto a este por eliminar qualquer hierarquia nos meios de prova.

<sup>37</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, volume 4*. 27ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 250.

<sup>38</sup> “Cada vez mais a fase de investigação preliminar tem sido permeada de atos em que se assegura o contraditório que, embora de maneira mitigada, tem sido presente.” ANSELMO, Márcio Adriano. Inquérito policial é o mais importante instrumento de obtenção de provas. 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-04/academia-policia-inquerito-importante-instrumento-obtencao-provas>>. Acesso em 06/08/2015.

#### 1.4.1 O exame de DNA como prova pericial

Chegando, enfim, ao tema desse subcapítulo, o DNA (sigla em inglês de *deoxyribonucleic acid*) ou ácido desoxirribonucleico é um composto orgânico cujas moléculas contêm as instruções genéticas que coordenam o desenvolvimento e funcionamento de todos os seres vivos e de alguns vírus<sup>39</sup>.

A molécula de DNA, descoberta em 1953 por Francis Crick e James Watson, tem sido paulatinamente utilizada como método de investigação criminal, pois, tal substância, é individualizadora, podendo ela determinar a autoria do crime.

No ordenamento jurídico brasileiro atual, o exame de DNA é utilizado em sua grande maioria no Direito de Família, principalmente para a identificação de paternidade. Entretanto, com o advento da Lei nº 12.654/12 e com a implantação dos bancos de dados de perfis genéticos (legislações que serão discutidas posteriormente) a tendência é de que a utilização de DNA para a resoluções de crimes deverá ser mais corrente.

Para se utilizar o DNA em investigação criminais as coletas devem ser extremamente cuidadosas, além da análise e a interpretação precisas, motivo pelo qual a autoridade policial e o perito criminal devem ser observadores extremamente críticos<sup>40</sup>.

O cuidado do perito é fundamental para todo o processo de coleta e análise do material genético, principalmente com relação aos vestígios encontrados no local do crime. Neide Maria de Oliveira Godinho exemplifica muito bem a questão da interpretação que o perito, em especial, deve ter ao coletar os vestígios no local do crime:

Um pelo encontrado em local de crime, se o local onde ocorreu o fato for aberto, isso é, de onde várias pessoas têm acesso, não é possível ligar a pessoa que deixou o pelo no local ao fato delituoso em si. Nesse caso, será necessária a coleta e a interpretação de muitas outras evidências para ligar esse indivíduo ao crime, caso ele seja o criminoso. No entanto, se o crime ocorreu em uma residência e nela for encontrado um pelo e comprovando-se que o mesmo não pertence a nenhuma das pessoas que frequentam a residência, então será possível relacionar o suspeito ao crime. Obviamente, esse não será o único elemento que dará embasamento à autoridade

---

<sup>39</sup> SIGNIFICADOS. Significado de DNA. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/dna/>>. Acesso em 08/08/2015.

<sup>40</sup> GARDNER, Ross M. *Practical Crime Scene Processing and Investigation*. Boca Raton, Florida: CRC Press, 2005. In: GODINHO, Neide Maria de Oliveira. *Banco de dados de DNA: uma ferramenta a serviço da justiça*. REBESP, Goiânia, v.7, n.2, p. 20-30, 2014. p. 22.

policial para concluir o inquérito, mas será uma forte evidência que aquele indivíduo poderá estar relacionado ao fato<sup>41</sup>.

Nota-se a sensibilidade e destreza que o perito e a autoridade policial devem ter ao colher a prova e apresentar o laudo e relatório final, respectivamente.

Outrossim, cabe destacar o entendimento de Barros e Piscino acerca do DNA no processo penal:

Hoje é considerado um dos meios mais seguros e eficazes entre aqueles que são utilizados para desvendar os crimes que deixam vestígios. No homicídio, por exemplo, o teste de DNA possibilita descobrir a autoria ou identificar criminosos que tenham deixado vestígios. Com sucesso realiza-se o exame biológico de fragmentos como sangue, fios de cabelo, pedaços de unha e outros. Igualmente no delito de estupro é de grande valor a realização deste exame em sêmen para possibilitar a identificação do esturador<sup>42</sup>.

Referidos autores lembram que a relevância do DNA no processo penal, além de extrapolar a comprovação da materialidade do crime, pode adentrar no campo da autoria e até mesmo atingir o espaço reservado à culpabilidade.

---

<sup>41</sup> GODINHO, Neide Maria de Oliveira. *Banco de dados de DNA: uma ferramenta a serviço da justiça*. REBESP, Goiânia, v.7, n.2, p. 20-30, 2014. p. 21-22.

<sup>42</sup> BARROS, Marco Antônio, PISCINO, Marcos Rafael Pereira. *DNA e sua utilização como prova no processo penal*. 2007. p. 5. Artigo disponível em <[http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2015\\_05\\_11\\_14\\_08\\_46\\_Artigo.DNA.Prova.Marco.Antonio.Barros.pdf](http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2015_05_11_14_08_46_Artigo.DNA.Prova.Marco.Antonio.Barros.pdf)>. Acesso em 15/05/2015.

## 2 PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

### 2.1 ORIGEM E SIGNIFICADO DO DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO (*NEMO TENETUR SE DETEGERE*)

É imprescindível conhecer o momento histórico no qual o princípio *nemo tenetur se detegere* surgiu, uma vez que compreendendo sua origem e sua evolução ao longo dos séculos torna-se possível compreender sua função, abrangência e efeitos. Ao longo dos capítulos 2 e 3, os termos “direito de não produzir prova contra si mesmo”, “*nemo tenetur se detegere*” e “direito ao silêncio” serão muitas vezes utilizados em um único sentido, pois, como se verá adiante, sua concepção é a mesma.

Além da expressão *nemo tenetur se detegere* que, ao pé da letra, significa “ninguém é obrigado a se descobrir”, são também usadas, para se referir ao mesmo princípio, as expressões *nemo tenetur edere contra se* (ninguém é obrigado a comer a si mesmo), *nemo tenetur se accusare* (ninguém é obrigado a se acusar), *nemo tenetur se ipsum prodere* (ninguém é obrigado a trair a si mesmo em público), *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (ninguém é obrigado a revelar sua própria vergonha) e *nemo testis contra se ipsum* (ninguém testemunhará contra si mesmo)

<sup>43</sup>.

A origem da expressão latina *nemo tenetur se detegere* é desconhecida, inclusive é negada pela doutrina que sua origem provém do direito romano<sup>44</sup>. Pugliesi<sup>45</sup> nega que o *nemo tenetur se detegere* tenha origem no direito romano. Helmholtz<sup>46</sup> também informa que esse princípio era desconhecido no direito romano clássico.

<sup>43</sup> 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, 2012. p. 28.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 28-29.

<sup>45</sup> PUGLIESI, Giovanni. *Per l'individuazione dell'onere della prova nel processo romano per formulas*, 1957. In: 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, 2012. p. 30.

<sup>46</sup> HELMHOLTZ, R. H. et al. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*, Chicago: Universidade de Chicago, 1997, p. 186. In: 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, 2012. p. 30.

Em atenção à origem da proteção contra a autoincriminação, o Professor João Gualberto Garcez Ramos<sup>47</sup> ensina que esta surgiu no sistema inquisitório. São João Crisóstomo, interpretando uma carta aos hebreus, de São Paulo, afirma que o indivíduo não deve ser obrigado a se limpar na frente do Juiz porque Deus sabe de tudo e, portanto, se ele mentir ao homem estará mentindo a Deus. Assim, impor ao homem um dilema desses, mentindo para Deus ou para o homem, nos dois casos haveria condenação. Em razão disso, ninguém deve ser obrigado a se limpar, a se despir, a se purificar na frente dos homens, porque, em última instância, ele fará isso diante de Deus.

Esta teoria é defendida pelo Professor Sérgio Fernando Moro<sup>48</sup>, quando, citando Helmholtz, leciona que a origem seria um extrato de um comentário de São João Crisóstomo, sobre uma carta de São Paulo aos hebreus, segundo a qual não haveria obrigação de confessar os pecados ao público, mas apenas perante Deus. Os comentaristas medievais concluíram que os pecados deveriam ser confessados apenas perante Deus. Se se obrigava o acusado a falar, normalmente obrigado com juramento perante Deus, colocava-o num dilema relativamente cruel: se ele fala a verdade sofrerá consequências físicas; e se mentir compromete a sua vida após a morte, porque ele estaria mentindo perante Deus.

Neste sentido Moro<sup>49</sup> conclui que o sentido do direito ao silêncio, originário do direito anglo-saxão, era de que o acusado teria o arbítrio de se recusar a se submeter ao juramento e não que havia um direito de não se pronunciar.

Desde modo, houve uma disputa que envolveu religião e política entre as cortes inglesas, da *commom law*, e eclesiásticas. Enquanto as cortes inglesas procuravam um procedimento que resguardasse os direitos dos ingleses, o mesmo não ocorria nas Cortes eclesiásticas, inclusive com concessão do *writ* de proibição e de habeas corpus, para que os indivíduos não fossem obrigados a jurar ao prestar depoimento perante às cortes eclesiásticas.

De acordo com Helmholtz<sup>50</sup>, “pelo *writ* de proibição decidia-se que o acusado não podia ser submetido a julgamento por determinada corte. Já o habeas corpus era utilizado contra o poder da *Court of High Comission*<sup>51</sup> de decretar prisões”.

---

<sup>47</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. Disciplina de Direito Processual Penal B. UFPR, 5º ano noturno do curso de graduação, Curitiba, 18 set. 2014. Comunicação verbal.

<sup>48</sup> MORO, Sérgio Fernando. *Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais*. Revista dos tribunais, São Paulo, ano 95, v. 853, p. 429-441, 2006. p. 432.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 433-434.

Havia um embate entre o direito ao silêncio, próprio das ideias liberais nascentes, que passaram a se desenvolver nos séculos XVI e XVII, primeiramente na Inglaterra e depois na Europa continental: liberdade de crença e de expressão. Nas cortes eclesiásticas, chamava-se o indivíduo, fazia-se com que ele prestasse juramento e eram feitas perguntas de ordem religiosa. Por isso, o direito ao silêncio surge como uma forma de proteger o indivíduo contra a perseguição religiosa e contra a perseguição política.

Em um momento posterior esse direito ao silêncio serviu como comparativo entre o Direito inglês e o Direito continental-europeu. Enquanto na Europa continental, o acusado era obrigado a jurar prestar depoimento, inclusive com submissão dele a tortura, na Inglaterra ele tinha direito a permanecer em silêncio.

Tudo leva a crer, que o *nemo tenetur se detegere* se firmou, de fato, na Idade Contemporânea (ou seja, pós Revolução Francesa), com o Iluminismo.

O princípio foi associado como garantia relativa no interrogatório do acusado, pois, nesse período, o acusado passou a não ser mais visto como objeto de prova<sup>52</sup>.

O interrogatório, então, passa a ser meio de defesa, a oportunidade que o réu tem de se autodefender, pessoalmente, dando a própria versão dos fatos. Porém, a construção teórica iluminista sobre o princípio *nemo tenetur se detegere* não foi pacífica nem uniforme, pois caso o acusado se recusasse a responder ao interrogatório deveria ele sofrer pena fixada nas leis, das mais graves.<sup>53</sup>

Com o passar do tempo, o emprego de coação (seja ela física ou por meio de associar o silêncio com a culpabilidade) foi minguando.

Hoje, como ensina o Professor Moro<sup>54</sup>, o direito ao silêncio, dentro dos países de sistema liberal democrático, não serve mais para liberar o sujeito de perseguições religiosas ou políticas no processo penal, porque o processo penal não é utilizado para essa finalidade. O direito ao silêncio serve para prevenir confissões

---

<sup>50</sup> HELMHOLZ, R. H. et al. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*, Chicago: Universidade de Chicago, 1997, p. 186. In: 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, 2012. p. 39

<sup>51</sup> *Court of High Commission* era o tribunal criado na Monarquia dos Tudor para suprimir dissensões entre as cortes da Igreja inglesa

<sup>52</sup> 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, 2012. p. 30-31.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>54</sup> MORO, Sérgio Fernando. Disciplina de Direito Processual Penal A. UFPR, 4º ano noturno do curso de graduação, Curitiba, 08 nov. 2013. Comunicação verbal.

involuntárias no processo penal, sejam coerções físicas ou psíquicas. Por isso, ele possui valor dentro do Processo Penal.

O primeiro diploma internacional a mencionar o princípio *nemo tenetur se detegere*, foi o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, onde, em seu Art. 14, ponto 3, alínea g), determina que toda pessoa acusada de um delito tem o direito garantido “de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem confessar sua culpa”.

Na mesma seara, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969 resguardou o Princípio, em seu Art. 8º, ponto 2, alínea g), com um texto quase idêntico<sup>55</sup>.

## 2.2 O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu Art. 5º, LXIII, prescreve que é direito do preso permanecer calado. Ainda, passado mais de vinte anos, o Brasil ratificou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (por meio do Decreto nº 592/1992) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (por meio do Decreto nº 678/1992), os quais, como mencionado no subcapítulo anterior, garantem o direito da pessoa acusada não ser obrigada a depor contra si mesma, tampouco confessar sua culpa.

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, acrescentou, ao Art. 5º da Constituição Federal o § 3º, o texto que diz: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” Ou seja, a aprovação de um tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos requer a mesma exigência que uma emenda à constituição (dois turnos em cada Casa por, no

---

<sup>55</sup> Art. 8º Garantias judiciais

(...)

2- Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

mínimo, três quintos dos votos) e, a esse tratado ou convenção, é assegurado a mesma força de uma emenda constitucional.

O princípio *nemo tenetur se detegere* é considerado um direito humano, pois se trata de um direito fundamental<sup>56</sup>. Assim, todo e qualquer tratado ou convenção internacional deve ser considerado como se Emenda Constitucional fosse. Mas aí recai a dúvida: poderiam o Pacto Internacional de Direito Cívico e Político e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos serem equiparadas a Emendas Constitucionais mesmo elas tendo sido ratificadas anteriormente à Emenda Constitucional nº 45?

Nesse sentido, Queijo<sup>57</sup> entende que não se deve afastar a hierarquia constitucional dos tratados e convenções de direitos humanos incorporados ao ordenamento brasileiro, sem que tenha havido aprovação por três quintos dos votos de cada uma das Casas do Congresso Nacional, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, para alguns, positivou o que parte da doutrina já sustentava: que normas protetoras de direitos humanos tinham *status* diferenciado no ordenamento brasileiro, porque eram incorporadas ao elenco de direitos fundamentais da Constituição<sup>58</sup>.

O próprio texto original da Constituição Federal no § 2º do Art. 5º<sup>59</sup> (que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos), em uma interpretação sistemática e teleológica, diz que tanto os direitos e garantias presentes na Constituição quanto os tratados que contemplam direitos e garantias individuais e coletivos, os quais o Brasil é parte, não se excluem entre si, ou seja, nem um nem outro são hierarquicamente superior entre eles.

<sup>56</sup> É predominante o entendimento de que os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados. Logo, aqueles seriam espécies destes, que seriam gênero. Nesse sentido ver “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, 2012. p. 69-74.”

<sup>57</sup> 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, 2012. p. 88.

<sup>58</sup> STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. 2000. In: 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, 2012. p. 86.

<sup>59</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Destarte, não tem coerência tratar de maneira diferente direitos fundamentais, sejam eles constitucionais ou proveniente de tratados internacionais. Menos sentido ainda seria considerar um direito fundamental com o mesmo *status* de lei ordinária, sendo esta capaz de revoga-lo. Nesse sentido, alerta Queijo que:

Interpretação diversa conduziria à consequência de ter-se duas categorias distintas de normas de direitos humanos advindas de tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro: as anteriores à Emenda Constitucional n. 45, de 2004, com hierarquia de lei federal, e aquelas posteriores, com hierarquia constitucional, se aprovados os tratados na forma estabelecida no aludido dispositivo<sup>60</sup>.

Assim sendo, conclui-se que o direito de permanecer calado ou de não depor contra si mesmo encontra-se no rol de direitos e garantias fundamentais da pessoa, não só por ser taxado dentre os incisos do Art. 5º, como também pelo fato dos tratados serem promulgados em nosso ordenamento.

### 2.3 DIFERENÇA ENTRE O DIREITO AO SILÊNCIO E O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO À BRASILEIRA

Como se viu no subcapítulo 2.1, as raízes do *nemo tenetur se detegere* estão estritamente ligadas com o direito que o acusado tem de se calar. Ao longo da história, seja por motivos políticos-religiosos, seja para garantir que a prova não seja viciada, o princípio versou que ao acusado lhe era garantido o direito de não falar. Hoje, o que tem se visto, principalmente no direito brasileiro, é um direito de não produzir provas contra si mesmo exageradamente extensivo se comparado à ideia original.

Entendemos que o direito ao silêncio (assim como o de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa, e o de se recusar a participar de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica) é espécie do direito de não produzir prova contra si mesmo. Sendo, portanto, aquele, indissociável deste<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> 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, 2012. p. 89.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 232.

De acordo com aula ministrada pelo Professor João Gualberto Garcez Ramos<sup>62</sup>, a experiência mostra que o fato de o réu falar pode trazer algum tipo de consequência no âmbito familiar ou profissional que pode ser constrangedor. Então, tem ele o direito de se calar.

O direito ao silêncio refere-se, estritamente, ao falar. O acusado ou investigado tem o direito de permanecer calado, de não falar nada, e esse silêncio não pode ser usado contra ele como parâmetro decisório. Esse é o entendimento no direito anglo-saxão (e deveria, a nosso ver, ser o entendimento no ordenamento jurídico brasileiro): o direito ao silêncio protege, especificamente, que o acusado não seja obrigado a revelar seus pensamentos<sup>63</sup>. O direito ao silêncio, consagrado na Constituição Federal, é uma forma de autodefesa, mais especificamente é a autodefesa negativa.

Vale lembrar que nosso texto constitucional, bem como os tratados os quais somos signatários, tutelam estritamente o direito ao silêncio. Como bem recorda Sergio Fernando Moro<sup>64</sup>, no direito comparado, “a referência usual é ao direito ao silêncio e não a um direito genérico de não produzir prova contra si mesmo”, não sendo incomuns decisões judiciais determinando a produção compulsória de provas pelo acusado.

Nesta seara, Moro afirma que:

É possível concluir que não há base normativa no Direito Brasileiro para um pretense direito genérico de não produzir prova contra si mesmo. Há, sim, um claro direito ao silêncio, que está contido nesse âmbito mais genérico, mas com ele não se confunde. Por outro lado, não existem bons argumentos jurídicos, históricos, morais ou mesmo advindos do Direito Comparado que justifiquem a extensão do direito ao silêncio a um direito genérico de não produzir prova contra si mesmo<sup>65</sup>.

Esse direito de não produzir provas contra si mesmo, de acordo com Eugênio Pacelli<sup>66</sup>, presta-se “a cumprir duas relevantes missões: a de exigir uma decisão judicial fundada em provas *materiais*, e não em meras *presunções*,

<sup>62</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. Disciplina de Direito Processual Penal B. UFPR, 5º ano noturno do curso de graduação, Curitiba, 15 maio 2013. Comunicação verbal.

<sup>63</sup> MORO, Sérgio Fernando. Disciplina de Direito Processual Penal A. UFPR, 4º ano noturno do curso de graduação, Curitiba, 08 nov. 2013. Comunicação verbal.

<sup>64</sup> MORO, Sérgio Fernando. *Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais*. Revista dos tribunais, São Paulo, ano 95, v. 853, p. 429-441, 2006. p. 435.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 437.

<sup>66</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17ª ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nºs 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. – São Paulo: Atlas, 2013. p. 400.

estabelecidas a partir do depoimento do acusado; e também a de proteger a integridade física e psíquica do réu.” Sendo, portanto, preservador da integridade do investigado ou acusado e do controle de idoneidade do meio de prova.

Referido doutrinador pormenoriza tal lição dizendo que o direito ao silêncio é uma garantia que atua em duas direções:

- a) de um lado, impedindo que a simples ausência de manifestação, ou mesmo eventuais lapsos de memória ou contradições no depoimento do réu, constituam critérios de certeza jurídica suficientes para embasar uma condenação;
- b) de outro, impedindo que o réu seja submetido a procedimentos inquisitoriais por parte do aparato estatal, vendo-se na obrigação de apresentar uma versão para os fatos, se não previsto o seu direito ao silêncio<sup>67</sup>.

O direito de não produzir qualquer prova contra si mesmo se considerado de forma absoluta impede abundantemente a persecução penal, logo dificultando (ainda mais) o alcance da justiça. No Brasil, este princípio é defendido pela doutrina e pela jurisprudência de forma extensiva, se comparado com a interpretação de outras cortes mundo afora, como, por exemplo, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>68</sup>. A interpretação brasileira sobre tal direito o coloca acima de qualquer outro comando normativo, sobrepondo-se a outros princípios como o do estado democrático de direito, da razoabilidade e até do devido processo legal<sup>69</sup>.

O direito ao silêncio não tem essa abrangência, que sustenta parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras, no sentido de que o acusado não pode ser obrigado a nada dentro do processo penal<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17ª ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nºs 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. – São Paulo: Atlas, 2013. p. 399-400.

<sup>68</sup> ANSELMO, Márcio Adriano, JACQUES, Guilherme Silveira. Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país. 2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>>. Acesso em 19/09/2015.

<sup>69</sup> SILVA, Rodrigo Vaz. Da utilização do exame de DNA no Direito Penal Brasileiro. 2010. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8468](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8468)>. Acesso em 26/09/2015.

<sup>70</sup> MORO, Sérgio Fernando. Disciplina de Direito Processual Penal A. UFPR, 4º ano noturno do curso de graduação, Curitiba, 08 nov. 2013. Comunicação verbal.

## 2.4 PROVAS QUE DEPENDEM DA COOPERAÇÃO DO ACUSADO PARA SEREM PRODUZIDAS

Dentre as provas que dependem da cooperação do acusado, existem as provas invasivas e não invasivas. As provas invasivas são aquelas obtidas por meio de intervenção direta no corpo do suspeito ou acusado, pressupondo penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não, conforme ensina Maria Elizabeth Queijo<sup>71</sup>.

A coleta de sangue, de mucosa bucal, o exame ginecológico, a identificação dentária, são exemplos de métodos invasivos de cooperação do acusado para a obtenção de prova.

Por outro lado, as provas não invasivas são aquelas que, embora provenientes do corpo do investigado ou acusado, não são coletadas diretamente dele, pois não implicam numa penetração no corpo humano do investigado ou acusado (em regra, são os vestígios encontrados no local do crime).

Neste caso, pode-se exemplificar fios de cabelos, saliva, urina, sêmen, pelos, impressões digitais etc., sempre quando localizados externamente ao corpo humano.

Em nosso país, as provas invasivas são deveras protegidas pela doutrina e jurisprudência por conta do entendimento extensivo do *nemo tenetur se detegere*. Por óbvio, tratando-se de invasão da esfera pessoal da pessoa, possivelmente a mais íntima dela (o próprio corpo), os cuidados devem ser muito bem observados. Acontece que certos atos não estão compreendidos no direito, pois, historicamente, o *nemo tenetur se detegere* surgiu objetivando prevenir um testemunho incriminador.

Há outras provas que também dependem da colaboração do acusado, como o reconhecimento pessoal, a colaboração premiada, a acareação, o exame grafotécnico, a prova documental, a reconstituição do fato, o uso do etilômetro etc.

À vista do exposto, dentro dos limites do princípio da proporcionalidade, ponderando o direito à privacidade perante o interesse público na persecução penal eficaz e não colocando em risco a integridade física e psíquica do sujeito, entendemos ser válida e imprescindível a cooperação do acusado na resolução de crimes, pois muitas vezes ela é fundamental para a elucidação do caso.

---

<sup>71</sup> 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, 2012. p. 245.

## CAPÍTULO III – UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO COMO PROVA

### 3.1- CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O ácido desoxirribonucleico (ADN) ou DNA<sup>72</sup> (sigla em inglês de *deoxyribonucleic acid*), como é popularmente conhecido no Brasil, é a chave bioquímica para diferenciar as características entre os indivíduos<sup>73</sup>. Contêm, no DNA, informações de todas as células vivas do corpo humano, além dele ser responsável por controlar a herança de características transmitida de pais para filhos.

Com exceção de gêmeos univitelinos, o DNA de cada pessoa é único, tornando sua amostragem extremamente útil para a resolução de crimes, identificação de vítimas de desastres e localização de pessoas desaparecidas.

A estrutura molecular do DNA foi descoberta em 1953, porém apenas em 1987, na Inglaterra, se realizou o primeiro exame de DNA com o fim de auxiliar em uma investigação de homicídio<sup>74</sup>.

De lá para cá o estudo sobre o DNA, suas peculiaridades e, principalmente, sua utilização evoluíram imensamente. No processo penal, mais especificamente, tem se observado que, mais do que identificar os autores dos crimes, o confronto de

---

<sup>72</sup> Em síntese, Neide Maria de Oliveira Godinho, perita criminal, biomédica e jurista, conceitua o DNA como “uma macromolécula em forma de dupla hélice, que são constituídas por três partes: uma base, um açúcar e um fosfato. A base dá a variação em cada unidade de nucleotídeo, enquanto as porções de fosfato e açúcar formam a espinha dorsal da estrutura da molécula de DNA. As várias combinações das quatro bases (adenina, timina, guanina e citosina) produzem as diferenças biológicas entre os indivíduos, sendo que tais informações genéticas são passadas de uma geração para a outra, no momento da concepção. O DNA humano está protegido dentro de estruturas chamadas cromossomos. O ser humano possui 23 pares de cromossomos, sendo que um cromossomo de cada par é herdado da mãe e o outro cromossomo é herdado do pai. Além desse DNA presente nos cromossomos, os quais estão localizados dentro do núcleo das células, há também o DNA mitocondrial, localizado em uma organela citoplasmática chamada mitocôndria. É importante ressaltar, que a maioria dos exames de DNA realizados nos laboratórios forenses estuda o DNA presente no núcleo das células, pois esse DNA apresenta características individualizadoras” (GODINHO, Neide Maria de Oliveira. *Banco de dados de DNA: uma ferramenta a serviço da justiça*. REBESP, Goiânia, v.7, n.2, p. 20-30, 2014. p. 22).

<sup>73</sup> BUTTLER, John M. *Forensic DNA Typing – Biology, Technology, and Genetics of STR Markers*. Burlington/MA: Elsevier Academic Press. 2. ed. 2005. In: GODINHO, Neide Maria de Oliveira. *Banco de dados de DNA: uma ferramenta a serviço da justiça*. REBESP, Goiânia, v.7, n.2, p. 20-30, 2014. p. 22.

<sup>74</sup> MICKLOS, David A.; FREYER, Greg A.; CROTTY, David A. *A ciência do DNA*. Porto Alegre: Artmed, 2005. In: GODINHO, Neide Maria de Oliveira. *Banco de dados de DNA: uma ferramenta a serviço da justiça*. REBESP, Goiânia, v.7, n.2, p. 20-30, 2014. p. 22.

material genético tem inocentado pessoas injustamente acusadas e condenadas, evitando e corrigindo o tão detestável erro judiciário.

### 3.1.1 DNA obtido no corpo de delito ou em amostras descartadas

Como ensina Aury Lopes Jr.<sup>75</sup>, “não existe problema quando as células corporais necessárias para realizar, v.g., uma investigação genética encontram-se no próprio lugar dos fatos (mostras de sangue, cabelos, pelos etc.), no corpo ou vestes da vítima ou em outros objetos. Nesses casos, poderão ser recolhidas normalmente, utilizando os normais instrumentos jurídicos da investigação preliminar, como a busca e/ou apreensão domiciliar ou pessoal”.

Caso interessante é o recordado no artigo “Da Utilização do exame de DNA no Direito Penal Brasileiro”, por Rodrigo Vaz Silva, sobre um caso, que foi muito explorado pela mídia no começo dos anos 2000, de sequestro de recém-nascido:

Caso emblemático na Justiça brasileira, julgado em 24 de agosto de 2003, foi o de Roberta Jamily e seu irmão Pedrinho. Nessa situação, a mãe de Roberta, Vilma Martins Costa, estava sendo processada pelo suposto sequestro de Pedrinho quando este era um recém nascido e, no decorrer da investigação, surgiram diversas evidências de que Roberta também teria sido sequestrada na maternidade. Roberta foi chamada para prestar declarações na polícia, e, no decorrer da oitiva não se mostrou disposta a ajudar na investigação e afirmou que não estar disposta a fornecer material genético para a comparação com a provável mãe biológica. Durante as declarações, Roberta fumou um cigarro e deixou a bagana no lixo da Delegacia, o Delegado recolheu o objeto e o mandou à perícia para analisar a saliva deixada nele, que, após a análise, demonstrou que Roberta era filha de Francisca Maria Ribeiro da Silva, e, portanto, realmente tinha sido vítima de sequestro<sup>76</sup>.

Nessas situações, o vestígio deixado não é mais considerado objeto protegido pela intimidade para o direito. Tornou-se, com o descarte ou abandono, objeto público, não havendo, assim, agressão ao direito da intimidade ou da privacidade. Não há que se falar, também, em ofensa ao princípio *nemo tenetur se detegere* pois não houve uma obrigação da pessoa em produzir prova contra ela mesma.

---

<sup>75</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 630.

<sup>76</sup> SILVA, Rodrigo Vaz. Da utilização do exame de DNA no Direito Penal Brasileiro. 2010. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8468](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8468)>. Acesso em 26/09/2015.

### 3.1.2 DNA concedido pelo “ofensor”

Sendo a amostra de material genético cedida, voluntariamente, pelo ofensor, não há polêmicas quanto à licitude dessa prova, uma vez que o princípio *nemo tenetur se detegere* é renunciável, ou seja, há possibilidade de abrir mão de tal direito.

Nesse sentido, o suspeito pode fornecer o material genético de duas maneiras: por iniciativa própria ou inquirido por autoridade para que coopere com a investigação.

É óbvio que esse fornecimento voluntário não pode ser viciado (por coação ou chantagem, por exemplo), visto que eventuais vícios tornam a prova ilegal, devendo ser considerada nula.

### 3.1.3 DNA colhido do “ofensor” sem sua concordância

Diferentemente das outras formas de obtenção de material genético, a colheita de material genético feita no investigado ou acusado sem sua concordância, de maneira incisiva, sem sombras de dúvidas é a mais polêmica.

Com o advento da Lei nº 12.654/12 (que será explorada mais a frente), o legislador autorizou a autoridade policial ou judicial a ordenar a coleta compulsória do material genético, quando necessário para a persecução penal, do investigado e de pessoas condenadas por crimes hediondos ou equiparáveis, a fim de integrar um banco de dados de perfis genéticos.

Tal intervenção gera controvérsia (pelo menos no Brasil) por conta da interpretação à brasileira do princípio *nemo tenetur se detegere*, que considera que o investigado ou acusado não é obrigado a produzir prova contra si mesmo, sequer cooperar com as investigações.

Esse tema será amplamente abordado nos próximos subcapítulos, porém, é interessante expor nosso juízo quanto à relatividade dos direitos fundamentais.

Aury Lopes Jr.<sup>77</sup> é feliz ao lembrar os ensinamentos de Toledo Barros sobre o caráter principiológico dos direitos fundamentais, sendo possível que esses sejam limitados pelo legislador ordinário. Ou seja, para que seja possível a obtenção de prova mediante colheita genética compulsória, faz-se necessária expressa previsão legal. Assim, com o advento da Lei nº 12.654/12, a intervenção corporal para coleta de material genético tornou-se permitida para a identificação criminal de investigados e condenados.

Verifica-se que, por meio desta lei, o legislador brasileiro ponderou direitos fundamentais, no sentido de que o resguardo da privacidade e intimidade do indivíduo podem ser suprimidos pelo direito do Estado em realizar a persecução penal, a fim de se obter uma sentença mais justa com relação ao crime cometido. Isso porque, quanto mais completa a investigação e mais consistentes suas provas, a sentença tende a cometer menos erros.

Esse também é o entendimento de Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>78</sup>, o qual leciona que, sendo protegidas a integridade física e psíquica, a dignidade da pessoa humana e a capacidade de autodeterminação do sujeito (garantias resguardadas pelo *nemo tenetur se detegere*), não se pode impedir certas intervenções.

Ressalte-se que as coletas têm sido realizadas através de swabs estéreis (instrumento semelhante a um cotonete) de células da mucosa oral. Desta forma, é evidente que a coleta de material genético, no presente caso, não transgredir as garantias mencionadas pelo professor, visto ser realizada através de técnica adequada e de forma indolor.

É indiscutível que a ponderação não pode, de modo algum, banalizar e distorcer princípios, principalmente em questão tão cara ao indivíduo, e à sociedade como um todo, como é a restrição de direitos fundamentais. Destarte, é certo que em casos de delitos de pouca gravidade, ou aqueles cujo material genético não tem a mínima relevância, não se pode ser cabível referida limitação de direitos e garantias fundamentais.

---

<sup>77</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 631.

<sup>78</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17ª ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nºs 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. – São Paulo: Atlas, 2013. p. 388.

### 3.2 LEI Nº 12.654/12 – COLETA DE PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

A Lei nº 12.654, promulgada em 28 de maio de 2012, é responsável por modificar duas outras Leis: (i) Lei nº 12.037/09 – que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificável; e (ii) Lei nº 7.210/84 – Lei de Execuções Penais. Esta Lei inovou no sentido de prever a coleta de material biológico com o fim de obter perfil genético para a identificação criminal.

O Art. 1º da Lei nº 12.654 acrescentou o parágrafo único ao Art. 5º da Lei nº 12.037/09<sup>79</sup>, permitindo ao procedimento de identificação criminal, quando este for essencial às investigações policiais, a coleta de material genético. Em outras palavras, a coleta poderá acontecer apenas nas investigações de ocorrências cuja a obtenção do perfil genético seja relevante para a investigação de determinados tipos penais, como, por exemplo, homicídio e estupro. Cumpre salientar, que até mesmo em infrações que a primeira vista a colheita de material genético não pareça pertinente, como, exemplificativamente, em um caso de corrupção passiva, sendo encontrado um fio de cabelo na sala do agente público, possivelmente seja interessante o colhimento de DNA do investigado.

Sucessivamente, o Art. 2º da Lei nº 12.654 adicionou três novos artigos à Lei nº 12.037:

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

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

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

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

---

<sup>79</sup> Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3o, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

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

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

Assim, são previstas importantes garantias acerca do banco de dados a ser criado a partir da vigência da lei, que será gerenciado por unidade técnico científica. Tais medidas são as balizas fundamentais que garantem a integridade do sistema, visto que: vedam sua utilização para fins não expressos; estabelecem a responsabilidade pelo sigilo dos dados, com a devida responsabilização pela infração; bem como, em garantia suplementar, instituem o dever de consignar as informações em laudo pericial, o que lhe dá o status de prova pericial, com as regras processuais que lhe são aplicáveis, inclusive a de responsabilização do perito<sup>80</sup>.

Relevante comentar o resguardo trazido à baila pelo § 1º, no sentido de que o banco de dados não guardará informações acerca dos traços somáticos e comportamentais das pessoas. Entende-se por traços somáticos as características referentes ao corpo, à fisionomia, à cor, próprios de uma raça ou etnia, enfim, relacionadas às externalidades do indivíduo, enquanto os traços comportamentais têm relação com o interior do ser humano, suas características psíquicas, seu comportamento perante à sociedade, às pessoas próximas etc.

Ou seja, não interessa ao banco de dados armazenar características pessoais/íntimas do indivíduo. Parece-nos visível o cuidado do legislador em impedir a padronização do criminoso a partir de seus aspectos internos e externos, conforme ocorreu na Escola Positiva do Direito Penal encabeçada por Cesare Lombroso.

A partir dos Arts. 5º-A, 7º-A e 7º-B, supra mencionados, posteriormente foi positivado, por meio do Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013 (decreto que será objeto de estudo no ponto 3.3), o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada entre esses bancos.

Ainda, a Lei nº 12.654, em seu Art. 3º<sup>81</sup>, acrescenta à Lei de Execuções Penais que aos já condenados, por crimes na modalidade dolosa com violência de

---

<sup>80</sup> ANSELMO, Márcio Adriano, JACQUES, Guilherme Silveira. Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país. 2012. Artigo disponível em < <http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>>. Acesso em 19/09/2015.

<sup>81</sup> Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

natureza grave contra pessoa ou por crimes hediondos (taxados na Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990), serão, compulsoriamente, submetidos à extração de DNA por técnica adequada e indolor. Acerca do tema, Godinho<sup>82</sup> atenta que, mesmo a lei não definindo claramente o método que deve ser utilizado, é consenso entre os profissionais da área que a coleta deve ser de células da mucosa oral.

Referido dispositivo legal ainda determina que a identificação do perfil genético será armazenada em um banco de dados sigiloso, sendo que a autoridade policial, tanto federal quanto estadual, poderá requerer ao juiz competente o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético, quando o inquérito policial já estiver sido instaurado. A partir de uma interpretação sistêmica, pode-se compreender que o acesso ao banco de dados só será autorizado quando sua consulta for significativa para a investigação, como nos exemplos anteriormente citados (homicídio, estupro etc.).

Este último artigo sem dúvida foi o que causou maior polêmica no ordenamento jurídico pátrio, visto que alguns doutrinadores alegam que a extração obrigatória de material genético de condenados dolosamente por crimes com violência de natureza grave contra pessoa ou por crimes hediondos, afronta os direitos individuais dos condenados como a intimidade, a presunção de inocência e o silêncio.

Em recentíssimo julgado de arguição de inconstitucionalidade versando sobre a constitucionalidade do Art. 9º-A, introduzido na Lei de Execução Penal pela Lei nº 12.654/12, o Conselho Especial do E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios entendeu que o mencionado dispositivo não viola o princípio de presunção de inocência e o princípio *nemo tenetur se detegere*:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 9º-A DA LEI 12.654/2012. BANCO DE PERFIL GENÉTICO. RESTRIÇÃO DO ALCANCE DA NORMA. CONDENADOS EM DEFINITIVO. CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS. PRINCÍPIOS DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ARGUIÇÃO REJEITADA.

---

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

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

<sup>82</sup> GODINHO, Neide Maria de Oliveira. *Banco de dados de DNA: uma ferramenta a serviço da justiça*. REBESP, Goiânia, v.7, n.2, p. 20-30, 2014. p. 27.

1. A coleta de material genético do condenado definitivo só se dá quando a condenação se refere a crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, crime hediondo ou equiparado a hediondo.
2. Não há que se falar em violação do princípio da presunção da inocência, eis que a coleta, nos termos do art. 9º-A da LEP, pressupõe condenação em definitivo pelos crimes mais graves previstos na legislação penal.
3. Também não se verifica vulneração do princípio da não autoincriminação se a garantia guarda relação com a investigação ou persecução penal em curso, a qual reclamará decisão judicial fundamentada para acesso ao banco de dados, de caráter sigiloso.
4. Arguição de inconstitucionalidade rejeitada<sup>83</sup>.

Cabe destaque alguns argumentos trazidos à baila na decisão:

a) A Constituição Federal, em seu Art. 5º, LVIII, diz que a pessoa civilmente identificada apenas será submetida à identificação criminal em hipóteses previstas em lei (infraconstitucional), ou seja, há uma autorização constitucional acerca da identificação criminal nos casos previstos em lei. Nesse viés, com a mudança trazida pela Lei nº 12.654/12, o perfil de material genético tornou-se, assim como o perfil datiloscópico e fotográfico, forma de identificação criminal;

b) A lei tem o objetivo de contribuir com o combate ao crime, aperfeiçoando a técnica de identificação de criminosos e também na efetividade e agilidade do Judiciário, assim, com a utilização de meios mais modernos de auxílio à descoberta de autores de crimes, tende-se a diminuir a quantidade de erros judiciários;

c) O dispositivo em análise não viola a presunção de inocência, uma vez que esta garantia já não mais existe em favor ao condenado definitivamente. Ainda, os dados referente ao perfil genético coletado ficarão guardados na medida exata em que se mantiver o *jus puniendi* ou *punitiois estatal* da infração penal praticada, isto é, após o cumprimento da pena, o perfil genético não mais figurará nos bancos de dados. Aliás, a coleta de perfil genético só ocorrerá aos condenados pela prática dos crimes mais graves da legislação pátria;

d) Há de se destacar que, mesmo na fase de inquérito policial, se a pessoa não se identificar civilmente, será compelida a se identificar por coleta de impressões digitais e identificação fotográfica, situações em que se desconhece, atualmente, qualquer doutrina ou jurisprudência tendente a dizer que tais formas de identificação viola o princípio de presunção de inocência;

e) O dispositivo em análise não viola o princípio *nemo tenetur se detegere*, pois esta garantia implica a impossibilidade de se exigir condutas ativas ou a

---

<sup>83</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Arguição de Inconstitucionalidade n. 20150020135028ARI. Relator: BELMIRO, Mario-Zam. Publicado no DJE de 06-11-2015. p. 41

colaboração do próprio acusado na produção de provas contra si no curso da persecução penal, o que não é o caso do art. 9º-A da LEP, já que o fornecimento do material genético não objetiva ser utilizado para qualquer persecução penal em seu desfavor. Ora, não se pode dizer que o condenado irá ou não cometer crimes no futuro e que já se estaria, de antemão, produzindo prova contra si;

f) Não há como estender o *nemo tenetur se detegere* à coleta do material fornecido pelo condenado definitivo, visto que a abrangência da garantia deste princípio refere-se, por óbvio, à produção de provas ou elementos de informação de investigações ou persecuções penais em curso, o que não é o caso deste dispositivo (ao contrário do art. 5º, parágrafo único; e dos Arts. 5º-A, 7º-A e 7º-B);

g) O direito de não produzir prova contra si mesmo deve ser resguardado na investigação penal e no processo, no entanto, não pode servir como “escudo” para a prática de novos delitos. A obrigação de fornecer material genético é posterior ao trânsito em julgado e poderá servir como prova em eventuais processos futuros;

h) O acesso ao banco de dados de perfil genético se dará em casos imprescindíveis com observância de decisão judicial, de modo que, afirmar a inviabilidade desse cotejo por inconstitucionalidade implicaria assumir esfera intocável por decisão judicial, ou seja, seria afirmar o caráter absoluto da intangibilidade do material atinente ao perfil genético;

i) Nenhum país do mundo dá caráter absoluto à intimidade ao ponto de afirmar que o material para definição do genético é intangível;

j) A positivação do tema em nossa legislação vai de acordo com o estabelecido na Corte Europeia de Direitos Humanos, que guardou consonância com o sentido e o alcance dados à intimidade, à presunção de inocência e ao direito ao silêncio;

k) O banco de material genético de delinquentes de tal jaez (quais sejam, os irrecorrivelmente condenados por crimes hediondos e equiparáveis) é importante para o exercício da persecução penal;

l) A obrigatoriedade da identificação não se dirige ao condenado em si, até porque não há nenhuma penalidade em caso de recusa, mas ao Poder Público, que deverá fazê-lo, de maneira invasiva, por técnica adequada e indolor;

m) Inegavelmente esse novo método de identificação evitará a ocorrência de erro judiciário e conseqüente condenação de pessoas estranhas ao crime. Não

existe razão do Direito deixar de usar tamanho avanço da ciência quanto à identificação de pessoas.

Por fim, a ARI apresenta a seguinte conclusão:

Finalidade da identificação do perfil genético do condenado, nos termos do Art. 9º-A da LEP, é a criação de um banco de dados para exames comparativos em relação a fatos futuros, cujo acesso será franqueado apenas à autoridade policial após autorização judicial, não há qualquer inconstitucionalidade na legislação que trouxe tal forma de identificação criminal.

### 3.3 BANCOS DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS E REDE INTEGRADA DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS (RIBPG)

Conforme explicitado no ponto 3.2 deste trabalho, o Art. 2º da Lei nº 12.654/12 determinou que os dados referentes às coletas de perfis genéticos devem ser armazenados em um banco de dados. Em que pese já existissem tais bancos de dados em diversos estados da federação (e uma rede integrada entre eles também<sup>84</sup>), a criação foi efetivamente positivada por meio do Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013, o qual, além de instituir o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG), também determinou a criação de uma Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG).

Segundo informações do Ministério da Justiça<sup>85</sup>, a RIBPG surgiu antes mesmo do Decreto, de uma iniciativa conjunta do Ministério da Justiça (por meio da Secretaria Nacional de Segurança Pública e do Departamento de Polícia Federal) e das Secretárias de Segurança Pública Estaduais, no ano de 2009.

Em seu Art. 1º<sup>86</sup>, o Decreto instituiu que o BNPG, sob responsabilidade do Ministério da Justiça, objetiva armazenar dados de perfis genéticos para subsidiar

<sup>84</sup> GODINHO, Neide Maria de Oliveira. *Banco de dados de DNA: uma ferramenta a serviço da justiça*. REBESP, Goiânia, v.7, n.2, p. 20-30, 2014. p. 25.

<sup>85</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Relatório da rede integrada de bancos de perfis genéticos. Disponível em <[http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/relatorio/relatorio\\_semestral\\_ribpg\\_maior\\_2015.pdf/@@download/file/RELATORIO\\_SEMESTRAL\\_RIBPG\\_MAIOR\\_2015.pdf](http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/relatorio/relatorio_semestral_ribpg_maior_2015.pdf/@@download/file/RELATORIO_SEMESTRAL_RIBPG_MAIOR_2015.pdf)>. Acesso em 13/10/2015.

<sup>86</sup> Art. 1º Ficam instituídos, no âmbito do Ministério da Justiça, o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

§ 1º O Banco Nacional de Perfis Genéticos tem como objetivo armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes.

ações destinadas à apuração de crimes. Paralelamente, a RIBPG visa permitir o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Os Arts. 2º, 3º, 4º e 5º, criaram o Comitê Gestor da RIBPG, determinando sua composição, disciplinando suas finalidades, atividades, competências, deliberações, mandatos, entre outros. Alguns pontos sobre o Comitê Gestor cabem destaque, como no Art. 5º, inciso II, que fala que o Comitê Gestor deve “definir medidas e padrões que assegurem o respeito aos direitos e garantias individuais nos procedimentos de coleta, de análise e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos”, e o inciso III, que fala que o Comitê Gestor deve “definir medidas de segurança para garantir a confiabilidade e o sigilo dos dados”.

Com relação ao sigilo, o Art. 6º é enfático ao dispor que compete ao Ministério da Justiça a preservação da identificação e dos dados, quando estiverem em seu âmbito, das pessoas que terão o material genético coletado, e, nos convênios celebrados com as unidades federadas, estipular cláusulas que não permitem a divulgação dessas informações.

Essa é uma das questões que boa parte da doutrina despence comentários: a supressão do direito à intimidade da pessoa que teve seu material genético coletado. Nesse sentido, o Decreto se preocupou em dedicar o Art. 6º e seus incisos para garantir que o acesso ao banco de dados seja estrito e controlado, devendo o Ministério da Justiça adotar providências necessárias.

Via de consequência, ao analisar o Manual de Procedimentos da RIBPG<sup>87</sup>, verifica-se que há uma frequente preocupação com a discricção dos dados contidos no BNPg: a começar com os requisitos necessários para que os laboratórios possam participar da RIBPG, os quais devem ter experiência prévia na realização de exames de DNA (já ter emitido cinquenta laudos periciais criminais de exame de DNA humano, envolvendo a análise de vestígios ou de restos mortais); quanto ao

---

§ 2º A Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos tem como objetivo permitir o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

§ 3º A adesão dos Estados e do Distrito Federal à Rede Integrada ocorrerá por meio de acordo de cooperação técnica celebrado entre a unidade federada e o Ministério da Justiça.

§ 4º O Banco Nacional de Perfis Genéticos será instituído na unidade de perícia oficial do Ministério da Justiça, e administrado por perito criminal federal habilitado e com experiência comprovada em genética, designado pelo Ministro de Estado da Justiça.

<sup>87</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Manual de procedimentos operacionais da rede integrada de bancos de perfis genéticos. Disponível em <[http://justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/manual/manual\\_procedimentos\\_ribpg\\_2014.pdf/view](http://justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/manual/manual_procedimentos_ribpg_2014.pdf/view)>. Acesso em 16/09/2015.

peçoal técnico-científico, no mínimo quatro peritos oficiais; terem estrutura física e equipamentos mínimos para a execução dos procedimentos e metodologias na qualidade requerida para o ingresso no BNPG; entre outros.

Ademais, o Manual determina que: o acesso ao laboratório deva ser controlado e limitado, sem este requisito o laboratório não está apto para integrar o RIBPG; os administradores do BNPG, dos bancos estaduais, distritais e federal, exerçam o controle de acesso ao sistema CODIS (mais a frente esse sistema será esmiuçado) e que transmitam os resultados de coincidências somente aos laboratórios envolvidos (ou seja, o sigilo é tão importante que muitas vezes os próprios bancos cadastrados junto ao RIBPG não têm acesso aos dados). Ainda, reitera diversas vezes que o Administrador do BNPG, os Administradores dos bancos estaduais, distrital e federal, e o Analista do Banco de Perfis Genéticos garantam o sigilo dos dados armazenados.

O Decreto ainda determina que, após o prazo prescricional do delito ou em data anterior estabelecida em decisão judicial, o perfil genético será excluído do banco de dados (Art. 7º); que o Banco Nacional poderá ser utilizado com o intuito de identificar desaparecidos (Art. 8º); que cabe ao Ministério da Justiça verificar se as atividades do Banco Nacional e da Rede Integrada estão à luz do Decreto (Art. 10º)<sup>88</sup>; e que o Ministério exercerá a função de Secretaria-Executiva do Comitê Gestor (Art. 10º).

Com o advento do art. 3º da Lei nº 12.654/12, imaginou-se que os perfis genéticos dos condenados em crimes praticados com violência grave contra a pessoa ou por quaisquer dos crime previstos no art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos não seriam deletados do banco de dados, o que violaria “o verdadeiro *direito* daquele que, após o cumprimento de sua pena, deve retornar ao *estado pleno* de cidadania e de inocência em relação a *atos futuros*”<sup>89</sup>. No entanto, o art. 7º é bem claro ao descartar esta hipótese de que os perfis genéticos ficariam *ad eternum* registrados no banco de dados.

---

<sup>88</sup> Essa auditoria deve ser feita a cada 2 (dois) anos, conforme o Manual de Procedimentos da RIBPG.

<sup>89</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17ª ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nºs 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. – São Paulo: Atlas, 2013. p. 398.

Por outro lado, verifica-se que referido dispositivo devolve a condição de presumida inocência do indivíduo ao determinar a exclusão do perfil genético no fim do prazo para prescrição do delito ou em data anterior definida em decisão judicial.

### 3.3.1 Relação dos bancos de dados de perfis genéticos no Brasil e o sistema CODIS

De acordo com o sítio eletrônico do *National Institute of Justice*<sup>90</sup> dos Estados Unidos da América, o CODIS (*Combined DNA Index System*) consiste em uma plataforma que combina ciência forense e informática. É um conjunto de bases de dados locais, estaduais e nacionais de perfis de DNA, onde estes podem ser armazenados e pesquisados. Nestes bancos de dados estão registrados perfis de DNA obtidos em cenas de crimes, coletados de criminosos já condenados e de suspeitos de ilícitos penais, de modo que o cruzamento de material genético encontrado ou coletado auxilia não só na investigação criminal, como também na busca por desaparecidos.

O CODIS começou em 1990, a partir de um software piloto, desenvolvido pelo FBI Laboratory, servindo 14 laboratórios estaduais e locais. A *DNA Identification Act* (Lei de identificação de DNA), de 1994, estabeleceu autoridade ao FBI para manter um sistema nacional de perfis genéticos, o NDIS (*National DNA Index System*), para aplicação da lei. Hoje, nos Estados Unidos, há mais de 190 laboratórios participantes do NDIS, sendo que, internacionalmente, mais de 70 laboratórios, em mais de 40 países, utilizam o software CODIS em seus próprios banco de dados, sendo que estes não tem nenhuma conectividade com a rede integrada dos Estados Unidos.<sup>91</sup>

Neste diapasão, Neide Maria de Oliveira Godinho<sup>92</sup> explica que:

A implantação de banco de dados de DNA no Brasil, com finalidade forense, se deu por iniciativa do Ministério da Justiça, através da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça (SENASP/MJ)". Diz ainda que todo processo teve início com investimentos da SENASP, com a

<sup>90</sup> NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE. What is CODIS? Disponível em <<http://www.nij.gov/journals/266/pages/backlogs-codis.aspx>>. Tradução livre. Acesso em 13/10/2015.

<sup>91</sup> FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. CODIS brochure. Disponível em <[https://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/codis\\_brochure](https://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/codis_brochure)>. Tradução livre. Acesso em 15/10/2015.

<sup>92</sup> GODINHO, Neide Maria de Oliveira. *Banco de dados de DNA: uma ferramenta a serviço da justiça*. REBESP, Goiânia, v.7, n.2, p. 20-30, 2014. p. 25.



É importante ressaltar que o Poder Judiciário vem exercendo seu papel na alimentação dos bancos de dados de perfis genéticos, conforme notícia publica no dia 15/12/2014 no jornal O Estado de S. Paulo, veja-se:

Os juízes federais das varas criminais e da Subseção Judiciária de Curitiba, responsáveis pela execução penal do Presídio Federal de Catanduvas (PR), autorizaram a Diretoria do Sistema Penitenciário Federal, vinculada ao Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, a proceder à [sic] colheita do perfil genético, mediante extração de DNA, dos presos recolhidos na penitenciária federal de segurança máxima". Segundo a matéria, a coleta de mucosa bucal ocorreu em novembro de 2014, por meio do Instituto Nacional de Criminalística, da Polícia Federal, em 62 presos condenados, especialmente, por homicídio qualificado, latrocínio, extorsão mediante sequestro com resultado morte e roubo qualificado<sup>97</sup>.

Como mencionado anteriormente, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 2015.00.2.013502-8, desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) entenderam que dispositivo legal que determina a submissão obrigatória de coleta de perfil genético dos condenados por crime praticado com violência de natureza grave contra pessoa ou por crimes hediondos, além do armazenamento da identificação em banco de dados, bem como a possibilidade de requisição a acesso a este banco por autoridade policial, está de acordo com a Constituição Federal.

### 3.4 A COLETA DE PERFIL GENÉTICO COMO INSTRUMENTO DE RESOLUÇÕES DE CRIMES

O caráter individualizador do DNA coloca essa microscópica molécula como uma poderosa ferramenta para o solucionamento de crimes. Segundo dados do FBI<sup>98</sup>, nos Estados Unidos, até setembro de 2015, o sistema CODIS auxiliou em mais de 282.175 casos. Número extremamente expressivo e nos traz esperança de que no Brasil isso também se torne realidade.

---

<sup>97</sup> MACEDO, Fausto. PF colhe perfil genético de 62 condenados de Catanduvas. O Estado de S. Paulo, 15/12/2014. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/pf-colhe-perfil-genetico-de-62-condenados-de-catanduvas/>>. Acesso em 14/10/2015.

<sup>98</sup> FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. CODIS-NDIS statistics. Disponível em <<https://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/ndis-statistics>>. Acesso em 01/11/2015.

Em notícia divulgada pelo jornal O Globo<sup>99</sup>, no dia 04/04/2015, foi informado que, pela primeira vez, a justiça brasileira iria rever uma condenação baseado em banco de DNA. Segundo a matéria, o sangue encontrado na colcha da cama da vítima de estupro era de um homem relacionado a outros dois delitos sexuais, não de Israel de Oliveira Pacheco (que ficou cinco anos recluso).

No Brasil, até o dia 28 de maio de 2015, a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos havia obtido 47 coincidências confirmadas, auxiliando 91 investigações.

Nos Estados Unidos existe uma organização chamada “Innocence Project” que se dedica a ajudar condenados que poderiam ter sua inocência comprovada por meio de testes de DNA. Fundada em 1992, na Benjamin N. Cardozo School of Law, da Universidade Yeshiva (*Yeshiva University*), até outubro de 2015 mais de 300 pessoas naquele país foram soltas por conta dos testes de DNA, entre elas 20 se encontravam no corredor da morte.

Ora, se em um país referência em persecução penal, detentor das mais avançadas tecnologias para resolução de crimes, onde desde a década de 90 usa-se material genético a fim de que erros judiciários não ocorram, uma organização independente consegue por em xeque mais de 300 ações penais condenatórias transitadas em julgado, imagina-se ser assustadora a quantidade de indivíduos que se encontram presos injustamente no Brasil.

É de nosso entendimento que a utilização de material genético no esclarecimento de infrações penais tende muito mais em comprovar a inocência de pessoas do que fornecer prova para condenação, de modo que esta alteração na legislação possivelmente acentuará erros judiciários.

Ocorrido um crime, importante, portanto, que a coleta de DNA seja feita logo nos primeiros atos da investigação, pois, quanto menos tempo pairar a suspeita sobre o investigado, menor o dano causado a ele. Nesta esteira Giovanni Leone<sup>100</sup> foi muito feliz em apontar que uma das finalidades da instrução preliminar é “evitar que o imputado inocente seja submetido ao processo, que com sua publicidade

---

<sup>99</sup> MARIZ, Renata. Justiça vai rever condenação com base em banco de DNA de criminosos. O Globo, 04/04/2015. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/justica-vai-rever-condenacao-com-base-em-banco-de-dna-de-criminosos-15778612>>. Acesso em 01/11/2015.

<sup>100</sup> LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. v. 2, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América 1963. p. 84 et seq. In: LOPES JR, 2013. p. 637.

(ainda que se conclua favoravelmente a ele) constitui uma causa de grave descrédito e humilhação”.

Nesse diapasão, impende destacar o entendimento do ínclito Aury Lopes Jr.<sup>101</sup>, o qual aduz, *in verbis*: “uma prova pericial como essa demonstra apenas um grau, maior ou menor, de probabilidade de um aspecto do delito, que não se confunde com a prova de toda a complexidade que constitui o fato”.

Inobstante, é imperioso observar a relevância do nexo causal no processo penal e na utilização da colheita de material genético como prova. Isso porque, a coincidência de perfil genético coletado no local do crime e a identificação criminal só podem ser utilizados como prova para a absolvição ou condenação se devidamente observado o nexo de causalidade (como o material genético chegou até aquele lugar, se mais pessoas tiveram acesso àquele local etc.).

Assim como em qualquer outra perícia, o juiz pode (e deve, quando necessário) ir total ou parcialmente contra um laudo pericial, pois, como já explicado, o perito é um auxiliar do juiz, sendo seu papel meramente opinativo. Logo, o magistrado, entendendo que o laudo pericial não é suficiente para absolver ou condenar o réu, tem o dever de não seguir as recomendações trazidas pelo parquet, de acordo com o princípio do livre convencimento do juiz.

Nesse sentido, conclui Lopes Jr.<sup>102</sup> que “o exame de DNA é muito importante, e com certeza terá uma grande influência na formação da convicção do julgador, mas é apenas mais uma prova, sem qualquer supremacia jurídica sobre a prova testemunhal, por exemplo”.

### 3.5 O SUPOSTO CONFRONTO ENTRE O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* E A COLHEITA COMPULSÓRIA DE DNA

A máxima *nemo tenetur se detegere*, como estudado no Capítulo II, provém de interpretação de comentaristas medievais ao lerem um texto de São João Crisóstomo, no qual prescrevia que os pecados deviam ser revelados apenas perante Deus. A partir daí, estabeleceram uma analogia para o direito, no sentido de que ninguém deve ser compelido a revelar seus crimes a mais ninguém, senão a

<sup>101</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 640.

<sup>102</sup> Idem.





## CONCLUSÃO

Como se viu, o uso de material genético para a resolução de crimes e para encontrar pessoas desaparecidas é amplamente usado em países como Estados Unidos e Inglaterra, e, a tendência, é que passe a ser algo corriqueiro também no Brasil.

Inegável é a importância do DNA como prova no processo. Mesmo não existindo uma “hierarquia das provas”, o DNA pelo fato de ser exclusivo de cada indivíduo, no mínimo, aponta quem é o titular do material genético.

Por outro lado, inegável também é a controvérsia causada com o advento da Lei nº 12.654/12, ao modificar a Lei de Identificação Criminal e determinando a criação de um banco de dados contendo perfis genéticos de condenados por crimes hediondos e equiparados

Assim sendo, o presente trabalho teve por objetivo analisar algumas dessas questões e, na medida do possível, dirimir as dúvidas e polêmicas que envolvem tais temas.

Como se viu, o Estado-juiz, diante da infração penal, tem o dever de apresentar uma sentença embasada em provas lícitas e consistentes, respeitando, acima de tudo, o devido processo legal, devendo alcançar a *verdade processual*, se possível se aproximando da *verdade real*. Provas consistentes alicerçam a sentença e trazem à população um sentimento de legitimidade.

Nesse sentido, confrontar o perfil genético encontrado no corpo de delito com o coletado do investigado ou o presente no banco de dados é uma ferramenta importantíssima, senão substancial como, por exemplo, no crime de estupro.

Conquanto, a forma singular como o princípio de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*) é defendido por boa parte da doutrina e da jurisprudência no Brasil, torna polêmica uma lei que submete o suspeito ou acusado a cooperar com a investigação do fato delituoso, quando, muitas vezes, essa cooperação é uma das únicas formas ou uma das mais importantes para a elucidação do caso.

Como mostrado durante o trabalho, em qualquer Estado, sendo assegurado ou não o *nemo tenetur se deterege*, o acusado terá obrigações junto ao processo. A produção de provas contra si é inerente à vida, seja ao assinar um contrato, ao

deixar a impressão digital em um objeto, ao ser filmado por uma câmera de segurança, enfim, não existe direito de produzir prova contra si mesmo absoluto.

Como, até o momento, os questionamentos judiciais de inconstitucionalidade da Lei nº 12.654/12 e do Decreto nº 7.950/13 não prosperaram, já é possível ver, ainda que de forma singela, resultados positivos quanto ao deslindamento de crimes e à revisão de sentenças equivocadas.

As leis em questão inovaram não só quanto à forma de identificação e investigação criminal, quanto à resolução de crimes, quanto ao auxílio na busca e identificação de desaparecidos, quanto à correção de erros judiciários, entre outros, mas também reformou o modo como deve ser enxergado o princípio *nemo tenetur se detegere*, tão caro à sociedade, e que historicamente revolucionou a forma como a pessoa humana deve ser vista no processo.





OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17ª ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nºs 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. – São Paulo: Atlas, 2013.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e sua decorrências no processo penal**. São Paulo : Saraiva, 2012.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Disciplina de Direito Processual Penal B**. UFPR, 5º ano noturno do curso de graduação, Curitiba, 28 out. 2014. Comunicação verbal.

SILVA, Rodrigo Vaz. **Da utilização do exame de DNA no Direito Penal Brasileiro**. 2010. Artigo disponível em < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8468](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8468)>. Acesso em 26/09/2015.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**; tradução de Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 4. 27ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.