



INTERVENÇÕES CORPORAIS
E IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Curso de Mestrado – Área de Ciências Jurídico-Criminais

Mestrando: Rafael da Silva Gonçalves Fernandes
Orientador: Prof. Doutor Paulo de Sousa Mendes

Lisboa
2017



INTERVENÇÕES CORPORAIS
E IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Curso de Mestrado – Área de Ciências Jurídico-Criminais

Dissertação apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial para obtenção do título de mestre em ciências jurídico-criminais, sob a orientação do Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes

Lisboa

2017

*Para minha esposa ,
Bianca Fernandes ,
e para nossos filhos,
Rafael Othelo e Larissa Fernandes.*

*Aos meus pais,
Eduardo Othelo e Regina Lúcia.*

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos Professores Doutores Paulo de Sousa Mendes, Maria Fernanda Palma e Lourenço Vilhena de Freitas, pelo acolhimento na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e pela experiência e saber compartilhado ao longo do período de pesquisa, estudos e seminários. Ao Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes, agradeço ainda de modo especial a dedicação e paciência, pela cordialidade e segura orientação na presente dissertação.

Agradeço também aos bibliotecários e funcionários das bibliotecas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica de Lisboa. Agradeço ainda à Doutora Johanna Rinceanu, pelo período de pesquisa no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Agradeço ainda à Dra. Maria José, do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e o relevante auxílio recebido do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na pessoa do Dr. André Holzer, sempre solícito e disposto ajudar.

Um agradecimento aos colegas e amigos José Leite, Ricardo, Valter, Diogo e Bruno, pelo apoio incondicional durante o ano letivo, bem como, em fase de pesquisas, pela constante união, sempre com o mesmo fim.

Aos meus pais, pelo apoio, compreensão e total dedicação durante o período de minha ausência, meu muito obrigado com todo carinho.

Finalmente, meu agradecimento deveras especial à minha amada esposa, Bianca Fernandes, e ao nosso amado filho, Rafael Othelo, diante de tantas dificuldades, sempre foram e serão meu porto seguro. Fica o meu muito obrigado por tudo.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Ac.	Acórdão
ADN	Ácido desoxirribonucleico
Art.º	Artigo
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DNA	Deoxyribonucleic acid
HC	Habeas corpus
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
StPo	Strafprozessordnung
TC	Tribunal Constitucional
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRP	Tribunal da Relação do Porto

RESUMO

As intervenções corporais são medidas de investigação realizadas no corpo das pessoas, com o objetivo de encontrar conjunturas fáticas que sejam do interesse processual no sentido da identificação criminal. Com a evolução da sociedade e do Direito, entende-se que estas intervenções devem ser realizadas de modo que não constituam violações aos direitos naturais, humanos e individuais, devendo, portanto, obedecer aos limites de poder impostos ao Estado. O presente trabalho tem como objetivo geral analisar as intervenções corporais em investigações criminais de diversos países, no sentido de fins comparativos a estabelecer a relação de identificação do autor do crime (para tanto através de amostras genéticas de pessoas determinadas para obtenção do perfil genético e, adiante, a comparação com as amostras recolhidas na cena do crime). Estudam-se, assim, casos reais, considerando-se as legislações respetivamente aplicáveis e as jurisprudências, a fim de se avaliar se estas são utilizadas dentro das limitações de Poder impostas aos Estados. Neste contexto, objetiva-se de modo específico analisar as intervenções corporais invasivas e não invasivas, através da colheita de material biológico, com fins de identificação criminal. A pesquisa utilizada neste trabalho é de caráter qualitativo, de ordem bibliográfica exploratória, realizada através da análise de documentos, doutrinas, jurisprudências, dissertações, teses, legislação e artigos referentes às intervenções corporais em Processo Penal. Por fim, ante as variadas dificuldades encontradas para se alcançar prova desta natureza, parte-se da análise e chega-se a uma conclusão acerca da recolha de material genético com o fito na obtenção da identificação criminal dentro da realidade processual brasileira.

PALAVRAS-CHAVES: Processo penal. Meios de obtenção de prova. Intervenções corporais. Identificação criminal. Valoração.

ABSTRACT

Corporal interventions are investigation measures carried out on the body of people with the objective of finding factual conjunctures that are of procedural interest during the criminal identification. As consequence of the evolution of society and law, it is understood that such interventions must be carried out in a way that they do not violate natural, human and individual rights. It is necessary, therefore, to obey the limits of power imposed on the State. This work aims generally to analyze the corporal interventions in criminal investigations in several countries to make comparisons and establish the relationship between the identification and the perpetrator (through genetic samples of determined people to obtain a genetic profile and comparison with samples collected at the crime scene). Thus, real cases are considered, taking into account the applicable laws and jurisprudence with the aim of assessing whether they are being used within the limits of the State power. In this context, the work specifically aims at analyzing both invasive and non-invasive body interventions through the collection of biological material for purposes of criminal identification. The research conducted in this study is qualitative and based on the exploratory bibliography approach by analyzing current documents, doctrines, law cases, dissertations, theses, legislation and articles concerning corporal interventions in criminal proceedings. Finally, due to the many difficulties encountered in obtaining the evidences of this nature, we observed the necessity of the collection of genetic material for obtaining criminal identification.

Keywords: Criminal proceedings. Means of obtaining evidence. Body interventions. Valuation.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I ANÁLISE DE CASOS NO BRASIL

1.1. O caso Gloria Trevi	1
1.2. O caso Roberta Jamilly	6

CAPÍTULO II INTERVENÇÃO CORPORAL

2.1. Considerações iniciais	10
2.2. Conceito de intervenção corporal	12
2.3. Princípios que norteiam as intervenções corporais	14
2.4. Intervenção não invasiva	21
2.5. Intervenção invasiva	23

CAPÍTULO III OS EXAMES COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

3. Os exames como meio de obtenção da prova	28
3.1. Perícia Criminal	30
3.2. Exame do corpo de delito	31
3.3. O teste de ADN no processo penal	33
3.3.1. Considerações iniciais.....	33
3.3.2 <i>Previsão legal do exame de ADN e o banco de dados genéticos em diversos países.</i>	35
3.3.3. <i>Relevância da obtenção de prova desta natureza para fins de identificação criminal</i>	42
3.3.4 <i>Exame de ADN/DNA e sua confiabilidade</i>	51
3.4. Outros exames como modalidade de provas periciais 60	

CAPÍTULO IV GARANTIAS DE DEFESA DO ARGUIDO/ACUSADO/SUSPEITO

4.1. Princípio da não autoincriminação	62
3.1.1. <i>A não realização de conduta ativa</i>	65
4.2. O direito de não cooperação	68
4.2.1. <i>O cooperar passivo</i>	69
4.2.2. <i>A cooperação inconsciente ou enganosa</i>	71

CAPÍTULO V
O SUJEITO PASSIVO NAS INTERVENÇÕES CORPORAIS

5.1. Recusa do sujeito passivo à submissão das intervenções corporais	73
5.2. Legislações distintas em sede de Direito Comparado	76
5.2.1. <i>O Direito Processual em Portugal</i>	76
5.2.2. <i>O Direito Processual em Espanha</i>	79
5.2.3. <i>O Direito Processual em Itália</i>	81
5.2.4. <i>O Direito Processual na Alemanha</i>	83
5.3. As intervenções corporais compelidas e a investigação genética no sistema processual do Brasil	88

CAPÍTULO VI
DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS

6.1. Direito à intimidade	93
6.2. Dignidade da pessoa humana	95
6.3. Direito à integridade física e moral	97
6.4. A busca da verdade real em conflito com direitos fundamentais	100

CAPÍTULO VII
LIMITAÇÕES À INEXISTÊNCIA DO DEVER DE COLABORAÇÃO DO ARGUIDO.
O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

7.1. Princípio da proporcionalidade nos exames compulsivos	102
7.2. Princípios da adequação nos exames compulsivos	103
7.3. Princípio da necessidade nos exames compulsivos	104
7.4. Judicialidade e exigência	105

CAPÍTULO VIII
POSICIONAMENTO DO TEDH E PROCESSO EQUITATIVO (art.º 6.º, n.º 1, DA CEDH)
vs. OBTENÇÃO DE PROVA MEDIANTE TORTURA OU MEIOS AFINS

8.1. Evolução jurisprudencial sobre os limites da prova compelida (colheita de material biológico)	107
8.1.1. <i>TEDH – Caso Jalloh vs. Alemanha</i>	107
8.1.2. <i>TEDH – Caso Bogumil vs. Portugal</i>	111
8.1.3. <i>Tribunal Constitucional Português – Ac. 155/2007</i>	116
8.1.4. <i>Tribunal Constitucional português – Acórdão 228/2007</i>	119
8.1.5. <i>Tribunal da Relação do Porto – Processo n.º 1728/12.8 JAPRT.P1</i>	121
CONSIDERAÇÕES FINAIS	125
BIBLIOGRAFIA	131

INTRODUÇÃO

A investigação criminal é um procedimento administrativo que tem como objetivo averiguar o delito, buscando indícios de autoria e provas de materialidade para aplicação das medidas cabíveis.

Partindo dos pressupostos de que a intervenção corporal pode ser uma forma de alcançar a prova e de que o resultado desta medida é incorporado ao processo e valorado como prova, este trabalho tem como objetivo geral analisar se estas são utilizadas em consonância com os princípios fundamentais — isto, através do estudo de casos ocorridos em diversos países, considerando-se, para isso, as suas legislações e jurisprudências. Como objetivos específicos, analisaremos as intervenções corporais invasivas consentidas ou não consentidas, bem como as intervenções não-invasivas, através da colheita de material biológico e da obtenção do perfil genético com fins comparativos com material deixado na cena do crime, com a finalidade da identificação criminal.

O **Capítulo I** deste trabalho aborda os principais casos brasileiros neste contexto, tendo aqui sido consideradas provas biológicas para identificação criminal, mesmo sem a anuência do acusado (ou *arguido*, na terminologia jurídica portuguesa europeia).

O **Capítulo II** foi dedicado ao instituto utilizado como meio probatório para a identificação criminal, as intervenções corporais, trazendo a lume o seu conceito e a sua classificação.

No **Capítulo III**, foram abordados os exames como meio de prova, indicando-se a sua previsão legal e a sua relevância.

No **Capítulo IV**, foram elencadas as garantias de defesa do acusado, destacando-se o princípio norteador destas garantias — o Princípio da Não-Incriminação, além de explanar sobre o Direito da Não-Cooperação.

O **Capítulo V** deste trabalho foi reservado ao estudo do sujeito passivo nas intervenções corporais, enfatizando-se as distintas legislações em sede de Direito Comparado.

No **Capítulo VI**, dedicámo-nos ao estudo dos Direitos Fundamentais frente às intervenções corporais, frisando, inclusive, o conflito daqueles com a busca da verdade real.

O **Capítulo VII** destinou-se às limitações da inexistência do dever de colaboração do arguido, bem como ao Princípio da Proporcionalidade.

No **Capítulo VIII**, e não menos importante, fizemos um paralelo entre o Posicionamento do TEDH relativamente ao processo equitativo e à obtenção de prova mediante tortura, estudando a evolução jurisprudencial e analisando casos de diversos países.

Ao longo dos Capítulos, mostraremos a metodologia do presente trabalho, a análise dos resultados, bem como a conclusão a que chegámos com o mesmo.

O motivo que impulsiona este trabalho o estudo das intervenções corporais, especificamente as que envolvam a utilização de material genético como meio de prova em sede de Processo Penal, com o objetivo da identificação criminal, em diversos países, analisando se estas estão em conformidade com os direitos e garantias assegurados pelas respetivas Constituições.

O Supremo Tribunal Federal (do Brasil), no que concerne ao *nemo tenetur se detegere*, ampara o direito ao silêncio e o direito à não produção de provas autoincrimatórias, principalmente quando estas são invasivas ao corpo humano. Quanto a alguns países Europeus objeto deste estudo, possuem posições diversas. Ordenamentos como o da Alemanha, de Espanha, da Itália e de Portugal, muito embora reconheçam o direito à não produção de provas contra si, admitem o uso expresso de intervenções corporais invasivas, mesmo sem consentimento, com base no princípio da proporcionalidade.

Não é o objetivo central deste trabalho o estudo detalhado do Banco de Dados de DNA (Biobanco) — inserido pela Lei 12.654/2012 —, da mesma forma que o não é o estudo dos países, em termos de Direito Comparado.

Diante disto, exige-se regulação expressa quanto às intervenções corporais invasivas, e a demonstração do choque entre os direitos fundamentais (direitos fundamentais como honra, dignidade da pessoa humana, direito à autodeterminação informacional, à integridade ou à intimidade corporal), por um lado, e o direito à prova e o direito à não-autoincriminação. Tentou-se buscar este choque com o auxílio do princípio da proporcionalidade e dos seus subprincípios — adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito — para sanar tais dilemas.

Em presença deste enfático tema, é inescusável que se faça um estudo específico destes objetivos em face dos princípios de Direito, e, a partir dele, tirar conclusões que acrescentem ao mundo académico do Direito.

CAPÍTULO I

ANÁLISE DE CASOS NO BRASIL

A escolha de casos a estudar é sempre um desafio para o investigador, pois cada um deles possui peculiaridades merecedoras de debates e discussões à luz da doutrina, da jurisprudência, dos tratados e das posições internacionais. No entanto, reconhece-se que alguns casos se destacam com maior eloquência, não pelo seu conteúdo propriamente exposto, mas pela repercussão mediática e/ou pelos envolvidos, havendo, assim, maior interesse nas decisões tomadas e nos argumentos utilizados, o que, muitas vezes, força a inovação dentro do próprio ordenamento jurídico.

Não obstante, os casos brasileiros apresentados foram escolhidos justamente por se encontrarem neste contexto. Acredita-se que ambos os casos, por se encontrarem sob o foco da exposição mediática sensacionalista, levaram os juízes a considerar as provas biológicas para identificação criminal, mesmo sem a anuência dos envolvidos, dando então início à argumentação e à problemática que levaram ao interesse por este estudo.

1.1. O caso Gloria Trevi

O caso em análise teve início em 1997, quando a cantora mexicana Gloria de los Angeles Treviño Ruiz, conhecida como Gloria Trevi, fugiu do México após ser acusada de abuso sexual contra menores de idade e a sua prisão ter sido decretada em território mexicano. Três anos depois, em 2000, a cantora foi presa no Brasil e mantida sob tutela nos calabouços da Polícia Federal de Brasília-DF, enquanto transcorriam os trâmites do processo de extradição com o n.º 783, no Supremo Tribunal Federal (STF).

Após um ano presa em regime fechado, Gloria anunciou a sua gravidez, afirmando ter sido vítima de “estupro carcerário”, acusando agentes federais e ex-reclusos. A polémica estava centrada no pai da criança, uma vez que Gloria não recebia visitas íntimas.

Entretanto, Gloria não apresentou queixa-crime, e não quis dizer quem a teria violentado. Diante disso, tanto os presos como os agentes que tiveram contacto com a cantora, para defenderem a sua intimidade, a honra e a imagem, forneceram de forma espontânea amostras de sangue a fim de que fosse realizado o exame de ADN, e descoberto o verdadeiro pai da criança. Quando já se encontrava internada no hospital,

descobriu que se pretendia, contra a sua vontade e por ocasião do parto do seu filho, realizar a colheita de placenta, com o objetivo de se fazer o exame.

Uma vez que a cantora não apresentou queixa-crime, o Estado ficou impossibilitado de promover ação penal contra os possíveis agressores da extraditanda. Contudo, ainda caberia ao Estado aplicar sanções disciplinares ao agressor por ter mantido relações sexuais com uma presidiária. Todavia, a cantora negara-se a realizar o exame,² sob o argumento de que tal iria afrontar a sua intimidade (uma vez que, para o cumprimento da decisão daquela instância, era necessário ser colhido sangue da placenta durante o parto, assim como do recém-nascido). Assim, coube ao STF decidir da realização do exame de ADN à placenta da cantora, e em 16 de janeiro de 2002, a Suprema Corte entendeu ser possível a colheita de material biológico da placenta, com o propósito de fazer exame de ADN para averiguar a paternidade do nascituro, mesmo ante o não consentimento da mãe — ponderando-se o direito à intimidade da cantora e o direito à honra e à imagem de agentes federais acusados de violação.

No âmbito deste caso, não houve registro de que algum juiz do STF tenha levantado a hipótese de que, por haver agentes públicos envolvidos, este caso específico devesse ser tratado à luz do Direito Administrativo, uma vez que a cantora estava sob a custódia do Estado, e, portanto, como garantidor do bem-estar da prisioneira, o Estado tinha o dever sobre qualquer espécie de constrangimento sofrido por parte dela, decorrente das condutas dos seus agentes no exercício do cargo público. Por este enfoque, e resolvida a culpa objetiva do Estado, só se o ente público intentasse uma ação regressiva contra os seus agentes é que se poderia averiguar da culpa e possivelmente descobrir a forma como Gloria engravidou estando confinada a uma cela da Superintendência da Polícia Federal.

O “caso Gloria Trevi” envolve o seguinte conflito: o direito fundamental da cantora a não ver divulgada a identidade do pai do seu filho, e, em contrapartida, o interesse e a obrigação do Estado de investigar o caso, tutelando os bens constitucionais da moralidade administrativa, da segurança pública e da persecução penal, como mostra a Figura 1.

² V. J. Lourenço (10 de fevereiro de 2011), “Colisão de direitos fundamentais – Análise de alguns casos concretos sob a ótica do STF”. Disponível em: Jus Navigandi: <http://jus.com.br/revista/texto/20328/colisao-de-direitos-fundamentais> (acedido em 10/07/2013).

Direito de Gloria Trevi a não ver divulgada a identidade do pai do seu filho (integridade física ou intimidade?)	
vs.	
Interesse do Estado de prosseguir com as investigações, tutelando os bens constitucionais da moralidade administrativa, da segurança pública e da persecução penal.	
Juiz	Fundamento constitucional
Néri da Silveira, relator	Apresenta somente o fundamento constitucional do direito de Gloria Trevi: intimidade (art.º 5.º, X, da CF)
Maurício Corrêa; Ilmar Galvão; Carlos Velloso; Sepúlveda Pertence; Sydney Sanches	Acompanharam o voto do relator
Marco Aurélio	Apresenta somente o fundamento constitucional do direito de Gloria Trevi: intimidade (art.º 5.º, X, da CF)

Figura 1. *Conflito entre princípios*

Gloria utilizou os precedentes citados a seu favor, pregando que a Corte Brasileira considerava a realização do exame como uma lesão à intimidade e à intangibilidade corporal e também de ser uma grave afronta à dignidade da pessoa humana.

Nos seus argumentos, Gloria apontava que goza, enquanto pessoa humana e mãe, do direito extraordinário de assentir ou não à realização do exame do seu material genético, assim como ao da criança, e que a colheita de sangue do seu próprio material genético contra a sua vontade seria uma intromissão na sua intimidade e na sua vida privada, direitos esses que são amparados pelo art.º 5.º, incisos X e XLIX da Constituição Federal do Brasil (CFB).

Já os argumentos contra a protagonista do caso apontavam, principalmente, que o exame de ADN seria a única maneira de esclarecer, sem deixar margem para dúvidas, as circunstâncias da gravidez da cantora e com isso apurar as prováveis responsabilidades administrativas e penais do(s) agressor(es) envolvido(s), e que não existia qualquer método invasivo na colheita de placenta, tida como “lixo biológico”, ou seja, material descartável.

O juiz relator NÉRI DA SILVEIRA expôs que a causa não tratava exatamente da investigação à paternidade ou à submissão do pai investigado ao exame contra a sua

vontade. Silveira afirmou que não acontecera invasão da intimidade, destacando que não existiria qualquer agressão ao bebê ou à mãe, sendo exequível retirar a placenta sem a necessidade de procedimento invasivo que requeressa a inserção de qualquer tipo de instrumento médico-cirúrgico no corpo, não acarretando o sacrifício da inviolabilidade corporal.

Ao todo, estavam envolvidos no caso 50 agentes e 11 reclusos e ex-reclusos, que se apresentavam na ânsia de que o caso fosse resolvido o mais brevemente possível, uma vez que só com a descoberta da real paternidade os mesmos se poderiam livrar do grave encargo moral que injustamente viram recair sobre os seus nomes (considerados violadores pelo senso comum), com consequências sinistras do ponto de vista pessoal, familiar, profissional e social.

Além do mais, alegava o magistrado que, quantitativamente e qualitativamente, o direito à intimidade da extraditada é numérica e substancialmente inferior ao das 61 pessoas suspeitas, do bebê relativamente à sua paternidade e da imagem da Instituição Polícia Federal em si.

Partindo do facto de que o número de argumentos a favor da realização do exame a partir da placenta foi maior, os juízes deferiram a realização do mesmo.

O juiz CELSO DE MELLO afirmou que a garantia constitucional da intimidade não tem carácter absoluto, uma vez que há necessidades públicas que podem restringir direitos individuais em benefício da sociedade.

No seu voto, o juiz Ilmar Galvão defendeu não haver constrangimento ilegal à submissão compulsória do ser humano a exame de ADN ou à verificação do teor alcoólico sempre que estiver em causa o interesse público. Para ele, nestas ocasiões, estão sempre contrapostos direitos da personalidade do mesmo âmbito, para não se tocar nos demais valores, como o da moralidade administrativa.

Já o juiz CARLOS VELLOSO centralizou o voto com base na criança. Para ele, o filho tem o direito de conhecer o pai biológico. Esse direito entrelaça-se naquilo que a Constituição assegura à criança e ao adolescente: o direito à dignidade pessoal.

Somente o juiz MARCO AURÉLIO foi voto vencido, caracterizando argumentos a favor da preservação da intimidade da extraditada. Aurélio deu o seu voto baseado no pensamento de que o exame de ADN a partir da placenta agride a integridade física e moral decorrente do mal-estar causado pela contrariedade à sua vontade no tocante ao conhecimento da paternidade do filho. Na opinião do magistrado, uma coisa é desprezar

a placenta por ser “lixo biológico”, e outra é dar-lhe utilidade que ofenda, agrida, o bem protegido constitucionalmente: a intimidade do próprio ser humano.

Prevaleceu, portanto, o esclarecimento da verdade, levando-se em consideração que o exame de ADN ocorreria sem invasão da integridade física da extraditanda ou do seu filho, conforme a ementa³ do acórdão:

“EMENTA: Reclamação. 1. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art.º 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10.ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte – HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10.ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10.ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. **Bens jurídicos constitucionais como ‘moralidade administrativa’, ‘persecução penal pública’ e ‘segurança pública’ que se acrescem – como bens da comunidade, na expressão de Canotilho – ao direito fundamental à honra (CF, art. 5.º, X), bem assim [o] direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em**

³ STF (21/02/2002). *RECLAMAÇÃO* N.º 2040-1/DF. Disponível em http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/RCL-QO_2040_DF%20_21.02.2002.pdf (acedido em 11/07/2013).

confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10.^a Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do ‘prontuário médico’ da reclamante. (Rcl 2.040 QO, Relator [a]: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2002, DJ 27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-01 PP-00129).”

No terceiro e último momento, após investigação, ficou constatado que o filho não era de nenhum agente ou ex-recluso, e sim que a cantora havia realizado uma inseminação artesanal de maneira não usual, através do tubo de uma caneta, sendo o pai da criança o seu próprio empresário.

Assim, considerando que a placenta é considerada “lixo biológico”, que o exame de ADN realizado através do órgão não acarreta qualquer sacrifício à inviolabilidade corporal da mulher e que é direito da criança saber quem é o verdadeiro pai, o Supremo Tribunal Federal julgou pela legalidade do uso da placenta para os fins determinados.

1.2. O caso Roberta Jamilly

No dia 1 de outubro de 2003, a ex-empresária Vilma Martins Costa foi condenada, em primeira instância, a reclusão em regime fechado. Costa foi presa por ter simulado o parto da menina Aparecida Fernanda Ribeiro da Silva e por ter registado a mesma como Roberta Jamilly Martins Borges, mais conhecida como Roberta Jamilly, filha legítima de Sebastião Severino da Silva e de Francisca Maria Ribeiro da Silva. No ano anterior, em 2002, a ex-empresária já havia sido condenada pelo sequestro de Osvaldo Martins Borges, o Pedrinho, suposto irmão de Roberta, nascido em 1979.⁴

O objetivo de Vilma era enganar o empresário Jamal Rassi, com quem teve um caso. Naquela altura, Rassi era dono da segunda maior fortuna do Estado de Goiás, e negava-se a assumir a criança, por ser casado. Durante a falsa gravidez, Vilma vestia

⁴ Cfr. <http://g1.globo.com/goias/noticia/2014/10/sequestradora-de-pedrinho-causa-tumulto-ao-levar-crianca-cais.html> (acedido em 15/10/2014).

roupas de gestante diante de todos os que com ela conviviam e tomava medicamentos para ganhar peso. Vilma estava impossibilitada de ter filhos devido a uma operação que antes fizera às trompas.

Costa foi condenada, com base no artigo 242.º do Código Penal, pelo crime de «registro de filho alheio como próprio». Ainda segundo o julgamento, as provas juntas aos autos apontam para que Vilma tenha simulado a gravidez e o parto da criança com o auxílio do médico Rubens Rodrigues Dantas (já falecido), isto no dia 4 de março de 1979, na Maternidade de Maio, em Goiânia-GO. A ex-empresária acompanhava a gravidez de Francisca Maria Ribeiro da Silva, mãe biológica da vítima.

Vinte e três anos após o crime, que ainda não havia sido desvendado, veio à tona que Vilma Martins Costa, havia sequestrado o irmão, Pedro. Diante deste quadro, foi levantada a hipótese de que Roberta também tivesse sido vítima de sequestro.

A justiça solicitou que Roberta Jamilly Martins Borges realizasse um exame de ADN, o que foi recusado pela mesma sob o argumento de que não se iria submeter a uma invasão da privacidade daquela natureza.

Com este cenário em causa, a Polícia Civil solicitou à Justiça um mandado de busca e apreensão para recolher objetos pessoais de Jamilly que pudessem conter material válido para exame. Antes de que a decisão fosse emitida, a polícia conseguiu realizar o exame através de uma “bituca” de cigarro lançada por Roberta no lixo da esquadra durante um depoimento do caso (a saliva da jovem foi isolada). Realizado o exame ao ADN, ficou provado que a jovem não era filha biológica de Vilma.

Levando-se em conta o raciocínio, caso Santos não tivesse recolhido a “bituca” de cigarro descartada por Roberta, a polícia teria grandes dificuldades para solucionar o caso, uma vez que o suposto parto havia sido realizado em 1979, não havendo mais qualquer vestígio de sangue ou outro material genético que pudesse ser usado no exame ao ADN.

Ainda que o exame tenha sido realizado sem o consentimento de Roberta, a prova laboratorial teve validade legal. Neste caso, o direito à privacidade e à intimidade, que protege o ser humano da obrigação de emprestar o seu corpo ou parte dele para produção de provas, foi preservado, uma vez a saliva foi recolhida quando já se encontrava fora do corpo de Roberta, não havendo impedimento para que se procedesse à perícia.

Quando uma parte do corpo humano se separa dele, nada impede que se proceda à perícia. O caso Roberta Jamilly assemelha-se ao facto de a polícia encontrar no local de

um crime um fio de cabelo, catarro, esperma, impressões digitais, sangue, etc. Tudo o que é encontrado no local do crime pode ser alvo de perícia (ainda que sejam partes de uma pessoa humana).

No caso de Roberta, trata-se, pois, de um exame feito sem a concordância do indivíduo, mas utilizando-se material descartado. No dizer de CARLA CASTRO⁵ (2007, p. 101), estas situações são uma espécie de prova não-invasiva, uma vez não violam a intimidade e a integridade física.

Neste caso, a perspectiva moral da prova também não pode ser contestada: a jovem não foi ardilosamente induzida a fumar. A partir de uma conduta espontânea e por vontade própria, foi possível colher material para prova. Além do mais, a mulher encontrava-se em local público (não no seu lar). O consentimento, desta forma, somente é necessário quando a amostra de material genético é retirada da fonte, ou seja, do corpo do acusado. Mas a prova pode ser produzida sem o consentimento do interessado e, ainda assim, sem ferir ou ameaçar direitos fundamentais.

É importante que também se leve em linha de conta que o exame de ADN veio somente reforçar aquilo que as demais provas, consubstanciadas com a comparação de fotografias e com depoimentos testemunhais, já apontavam: Roberta Jamilly Martins Borges é, na verdade, Aparecida Fernanda Ribeiro da Silva, filha de Francisca Maria Ribeiro da Silva e de Sebastião Severino da Silva.

Em contrapartida, Vilma Martins Costa sempre se disse inocente. Quando interrogada, chegou a sugerir que poderia ter ocorrido uma troca de recém-nascidos, já que o bebê que nasceu no hospital de Itaguari teria sido transferido para o Hospital da Criança, também em Goiânia-GO.

Em conclusão, portanto, Vilma foi incurso na sanção do artigo 242.º, *caput*, 2.^a figura, do Código Penal: “Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.”

Vilma Martins foi condenada a 15 anos e nove meses de prisão em regime fechado, por subtrair Pedro Rosalino Braule Pinto, o Pedrinho, e Aparecida Fernanda Ribeiro da Silva, a Roberta Jamilly. Em junho de 2008, pôde passar a cumprir pena em regime aberto. Em agosto do referido ano, após ter cumprido um terço da pena, Vilma obteve a liberdade condicional.

⁵ Carla Rodrigues Araújo de Castro, *Prova Científica: Exame Pericial do DNA*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 101.

A pena imposta à ex-empresária chegaria, em teoria até 2019, mas Vilma acabou de a cumprir sete anos antes do previsto. Segundo os serviços de assessoria de imprensa do Tribunal de Justiça de Goiás (TJ-GO), a reclusa foi beneficiada com três comutações de pena subsequentes, em 2009, 2010 e 2011.

“Partes desintegradas do corpo humano: não há, nesse caso, nenhum obstáculo para sua apreensão e verificação (ou análise ou exame). São partes do corpo humano (vivo) que já não pertencem a ele. Logo, todas podem ser apreendidas e submetidas a exame normalmente, sem nenhum tipo de consentimento do agente ou da vítima. O caso Roberta Jamile (o delegado se valeu, para o exame do DNA, da saliva dela que se achava nos cigarros fumados e jogados fora por ela) assim como o caso Gloria Trevi (havia suspeita de que essa cantora mexicana, que ficou grávida, tinha sido estuprada dentro do presídio; aguardou-se o nascimento do filho e o DNA foi feito utilizando-se a placenta desintegrada do corpo dela) são emblemáticos: a prova foi colhida (obtida) em ambos os casos de forma absolutamente lícita (legítima) (cf. CASTANHO CARVALHO e, quanto ao último caso, STF, Recl. 2.040-DF, rel. Min. Néri da Silveira, j. 21.02.02).”⁶

“Com relação à exigência de conduta passiva, como o fornecimento de material genético para a realização de perícia, a Suprema Corte ainda não se defrontou diretamente com o tema na seara do processo penal. Houve apenas uma decisão (RCL. n.º 2040/DF), autorizando-se a coleta de material genético da placenta da gestante, sem sua autorização, para fins de exame de DNA, em investigação de delito de estupro. No rumoroso caso, a gestante encontrava-se recolhida em cela da polícia federal, e imputava o delito a policiais federais. Porém, deve se acentuar que o material a ser examinado já se encontrava fora do corpo da gestante, não se tratando, a rigor, de intervenção corporal em sentido estrito.”⁷

⁶ Cfr. <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/133434683/apelacao-criminal-apr-10144130018084001-mg/inteiro-teor-133434728>, consultado em 21/04/2017.

⁷ Wagner Marteleto Filho, *O Direito à Não Autoincriminação no Processo Penal Contemporâneo: Investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*, Del Rey, Belo Horizonte, 2012, p. 226.

CAPÍTULO II

INTERVENÇÃO CORPORAL

2.1. Considerações iniciais

Desde aproximadamente a metade do século passado, o trabalho da polícia científica e das ciências criminais aproximou-se muito, podendo ser considerado indissociável no que diz respeito à investigação criminal. As ciências forenses e/ou criminais agregam muitos recursos ao trabalho investigativo policial, recursos estes principalmente tecnológicos. Esta relação estreita-se principalmente nos processos de identificação de suspeitos e de criminosos, sendo muitas vezes realizadas intervenções corporais com esses fins.⁸

Na década de 60 até o início da década de 80 do século passado, foram registrados os primeiros casos de uso das ciências forenses em investigações criminais. Na cidade britânica de Yorkshire ocorreram assassinatos e violações que foram atribuídos ao “estripador de Yorkshire”; no entanto, apenas no ano de 2006, estudos no âmbito dos quais se recorreu a amostras de ADN descobriram a real autoria dos crimes.⁹

Este caso de investigação póstuma demonstra como as ciências forenses, aliadas ao poder judicial e ao serviço policial, fazendo uso de recursos tecnológicos como as intervenções corporais com o recurso a material genético, podem trazer resultados eficazes. Apenas na década de 80 a polícia e os cientistas forenses se aliaram nas investigações criminais, sendo essa a justificção para o grande lapso temporal que separa os crimes da descoberta real da sua autoria.¹⁰

Sabendo-se que a história do Brasil teve três séculos de escravidão, duas ditaduras e o constante abuso do Estado, a intervenção corporal exercida por parte do Estado de maneira demasiada remete-nos para períodos como o da escravidão, onde o senhor do escravo e o Estado tinham total domínio sobre o escravo, e o escravo não tinha sequer a posse do seu próprio corpo.

⁸ Amanda Cooper, Lucy Mason, Amanda Cooper, Lucy Mason, *Forensic Resources and Criminal Investigations*, Handbook of Forensic Science, ed. Willian Publishing, London and New York, 2009. Handbook of Forensic Science, ed. Willian Publishing, London and New York, 2009.

⁹ *Idem, ibidem.*

¹⁰ *Idem, ibidem.*

Estas práticas abusivas do Estado continuam durante a primeira república, vitimando com maior frequência a população negra, como um legado da escravidão. Também nos remete para o período da ditadura militar, no qual os cidadãos na situação de réus, de acusados e de presos viviam constantes torturas e intervenções corporais frequentes, típicas dos regimes ditatoriais de Estado de exceção.¹¹

A Constituição Brasileira teve cuidado extremo com a proteção da saúde física do réu, bem como com a intimidade, a vida privada, a honra, etc.¹² Estas garantias vieram a ser complementadas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto n.º 678, de 06/11/1992, com previsão do direito do acusado de não depor contra si próprio.¹³

Com o advento da Lei n.º 10792/2003, houve alteração do artigo 186.º do Código de Processo Penal, com a finalidade de blindar o direito do réu de permanecer em silêncio aquando do seu interrogatório.¹⁴

Os dispositivos citados demonstram, de facto, uma preocupação do Constituinte de 1988 e dos Legisladores posteriores relativamente à saúde física e mental do acusado, provavelmente tendo em linha de conta o que ocorreu aquando da ditadura militar em décadas anteriores (1964-1985), período durante o qual a tortura política se destacava. O aparato legislativo tem a intenção de coibir os abusos por parte do Estado. Em causa estão as intervenções corporais com o fito na de obtenção de prova em processo penal.

Sem nos querermos alongar, ante a complexidade do tema, podemos afirmar estar em curso a apresentação de uma visão sobre as intervenções corporais e a identificação criminal estritamente voltada para fins comparativos de material de recolha na cena do crime, tanto no campo doutrinário como no jurisprudencial.

¹¹ Felipe Lima de Almeida, “Reflexões acerca do Direito de Execução Penal”, in *Revista Liberdades* n.º 17, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014, pp. 24-49.

¹² Constituição Federal do Brasil: “Artigo 5.º, III – Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; artigo 5.º, LXIII – O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. Além dos dois incisos, do artigo 5.º, a proteção à pessoa do condenado ou do preso é completada pelos incisos XLVII e XLIX; X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

¹³ Cfr. Artigo 8.º, n.º 2, *al. g*): “Direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado.”

¹⁴ Artigo 186.º do CPP: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.” Redação dada pela Lei n.º 10792, de 10/12/2003.

Em momento oportuno, será exposto o conteúdo crítico a respeito do tema em causa.

2.2. Conceito de intervenção corporal

O conceito de intervenção corporal está no âmago de investigações realizadas tendo-se por base o próprio corpo do acusado, mesmo sem o seu consentimento. Um exemplo disso são os exames a amostras de sangue, os exames ao ADN, os testes de com recurso ao “balão”, a extração de saliva, a identificação dentária, entre outros. Alguns países ainda incluem como intervenções corporais fotografias e filmagens referentes ao acusado.

Quando, num processo judicial ou numa investigação criminal, deparamos com a possibilidade da realização de uma intervenção corporal, devemos pensar nas provas que podem ser obtidas a partir dela. As diligências periciais e jurídicas devem pautar todo o processo — da obtenção, à análise e à comparação das provas obtidas através de intervenção corporal.¹⁵

No caso da legislação e da doutrina brasileiras, as intervenções corporais estão divididas em duas grandes categorias: *invasivas* e *não invasivas*. As primeiras são entendidas como as que exigem procedimentos que envolvem a penetração do corpo do acusado com aparelhos ou substâncias em canais naturais ou não, como são disso caso os exames sanguíneos, a recolha de amostras de ADN, entre outros.

Já as intervenções corporais não invasivas são aquelas em que não há necessidade de penetração no corpo do arguido. É disso exemplo o uso de fios de cabelo, de unhas, de pelos ou de exames fecais, posteriormente utilizados como provas contra o acusado.

De acordo com NICOLAS GONZALES-CUELLAR SERRANO:

“As intervenções corporais são medidas de investigação realizadas no corpo das pessoas, sem obrigação de serem realizadas com [o] seu consentimento, através da coação direta, se necessário, com o objetivo de encontrar conjunturas fá[c]ticas que sejam do interesse processual, em relação às condições ou ao estado físico ou

¹⁵ Cirlene Luiza Zimmermann, “O Papel dos Municípios para a Melhoria do Meio Ambiente do Trabalho”, in *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n.º 51, Curitiba, 2010, pp. 209-235.

psíquico do sujeito, ou com o condão de localizar artefa[c]tos nele ocultados.”¹⁶

Segundo MELLADO¹⁷, a intervenção corporal pode ser definida como a utilização do corpo do acusado, mediante atos de intervenção, para efeitos de investigação e comprovação dos crimes em maneira geral, sendo também uma realização de atos investigativos ou de obtenção de provas no corpo do próprio acusado.¹⁸

Não se pode confundir as revistas corporais comuns, frequentemente realizadas, com as intervenções corporais. As revistas corporais são externas, realizadas sobre a vestimenta do suspeito, em situação preventiva, diferentes da intervenção corporal.¹⁹

Segundo GIL HERNÁNDEZ²⁰, as revistas não são consideradas intervenções, porque compreendem atuações externas sobre o corpo e sobre a indumentária (roupas e objetos que carrega) do indivíduo.²¹

Já QUEIJO²² propõe uma classificação das intervenções corporais, repartindo-as em dois grupos: o primeiro abrange os procedimentos invasivos, com intervenções corporais que apontem para uma penetração no organismo do indivíduo, como a identificação da arcada dentária ou exames ao sangue, sendo a pessoa submetida (literalmente) a uma invasão; por sua vez, o segundo grupo envolve as intervenções não invasivas — como os exames de ADN — realizadas a partir de fios de cabelo, de amostras fecais (urina e fezes) ou de impressões dactiloscópicas.

¹⁶ Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990, pp. 285-305.

¹⁷ Cfr. 1989, *apud* SABOIA, 2013, p. 11. “Intervenção Corporal, Identificação Criminal via DNA e o Princípio do *nemo tenetur se detegere*”. Artigo (Bacharel em Direito), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_2/brenda_saboia.pdf (acedido em 29/02/2016).

¹⁸ Brenda Schio Saboia, *Intervenção Corporal, Identificação Criminal via DNA e o Princípio do Nemo Tenetur Se Detegere*, in *Curso de Direito*, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 201, 50 f. TCC (Graduação), 2013, p. 10.

¹⁹ Ariane Trevisan Fiori, *Os Direitos Individuais e a Intervenção Corporal: A necessária releitura constitucional como forma de efetivação dos direitos fundamentais*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/hermeneutica_ariane_trevisan_fiori.pdf (acedido em 31/08/2015).

²⁰ Ángel Gil Hernández, *Intervenciones Corporales y Derechos Fundamentales*, Colex, Madrid, 1995, p. 69

²¹ *Idem, ibidem*.

²² Cfr. 2003, *apud* SABOIA, 2013, p. 11. “Intervenção Corporal, Identificação Criminal via DNA e o Princípio do *nemo tenetur se detegere*”. Artigo (Bacharel em Direito), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_2/brenda_saboia.pdf (acedido em 29/02/2016).

Existe uma grande distinção, no âmbito jurídico, entre aquelas intervenções que incidem de maneira direta sobre o corpo do acusado, penetrando-o, e aquelas outras, feitas com vestígios do corpo humano. As primeiras, e pela sua natureza, são entendidas como invasivas, ao passo que as demais, também por dedução lógica, são não invasivas.²³

O Código Penal Processual brasileiro não obriga o cidadão na condição de investigado ou de réu a colaborar ativamente com a obtenção de provas referentes à intervenção corporal. Por este motivo, o acusado não pode ser punido pelo crime de desobediência (previsto e punido pelo art.º 330.º do CPP), caso não colabore com a investigação processual.

Segue o entendimento de Agostinho:

“Por *intrusões corporais* pode-se, então, entender aquelas diligências probatórias preordenadas à descoberta da verdade, i.é, à perseguição, identificação e punição dos agentes de um crime e que tendo por objecto o corpo humano vivo, visam a descoberta e recolha de provas e que, pela sua natureza, são lesivas da integridade corporal daquele que configura o seu alvo.”²⁴

Serão intervenções tanto quando houver consentimento como quando este não ocorrer. A questão do consentimento, embora seja um dos aspetos nevrálgicos, poderá incidir sobre a ilicitude, o regime e a forma de intervenção, mas não sobre o conceito. Com efeito, os elementos essenciais do conceito de intervenção corporal são: (i) a ingerência sobre o corpo vivo da pessoa humana e (ii) a afetação dos direitos fundamentais.²⁵

2.3. Princípios que norteiam as intervenções corporais

Quando contextualizamos a constituição brasileira atual, lembramos que ela foi escrita poucos anos após um período de ditadura militar. Este fato fez com que a constituição tivesse como dever impedir os abusos ditatoriais e de garantir os direitos

²³ Brenda Schio Saboia, *Intervenção Corporal...*, 50 f.

²⁴ Patrícia Naré Agostinho, *Intrusões Corporais em Processo Penal*, Editora Coimbra, 1.ª edição, Coimbra, 2014, p. 57.

²⁵ André Luiz Nicolitt, *Intervenções Corporais no Processo Penal e a Nova Identificação Criminal*, Ed. Campus Jurídico, Rio de Janeiro, 2014, p. 7.

que antes foram negados pela ditadura, direitos esses básicos como o direito à vida, a livre expressão, e outros direitos fundamentais para a dignidade humana.

O princípio de dignidade humana se mostra o princípio mais universal de todos os princípios norteadores do direito, saindo deste princípios como liberdade, cidadania, autonomia da vida privada, igualdade. Por isso pode-se dizer que a dignidade humana é um princípio intrínseco, irrenunciável e inalienável a todos os seres humanos.

A dignidade humana não adquire valor apenas material, mas também moral e espiritual, sendo assim todos são iguais perante este princípio, independentemente da situação em que estejam, de serem criminosos ou pessoas de bem.²⁶

De acordo com o Professor FIGUEIREDO DIAS, “(...) o pior serviço, na perspectiva da sociedade democrática e liberal, que pode prestar-se à defesa dos direitos individuais é invocá-los sem razão bastante como entidades absolutas que recusam à partida todo o equilíbrio com direitos inalienáveis da comunidade. Se é certo que existe aqui um limite inultrapassável — o do respeito pela eminente dignidade pela pessoa —, em todo o resto os direitos e liberdades (incluídas as ‘garantias de defesa’ a que se refere o art.º 32.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa) têm inevitavelmente de entrar em conjugação, transacção ou concordância com os direitos de protecção e de realização da vida comunitária; suposto naturalmente que, como se exprime a nossa Constituição no art.º 18.º, permaneça respeitado o conteúdo essencial do direito fundamental e a sua limitação ocorra segundo os princípios estritos da necessidade e da proporcionalidade.”²⁷

Este princípio baseia-se na ideia de que um indivíduo, estando em situação de acusado, é inocente, até que porventura a sua culpa seja provada, ou seja, antes de a acusação ser provada (ou *deduzida*, como o define a terminologia jurídica portuguesa europeia) o indivíduo é considerado inocente.²⁸

Como vimos no início do presente trabalho, as intervenções corporais têm como fim a obtenção de provas referentes à investigação ou à instrução criminal. O termo jurídico “prova” vem do latim; a palavra *probatio* significa verificação, ensaio, exame, argumento e confirmação. Assim, temos como prova qualquer elemento trazido pelo

²⁶ Érica Ferreira, “Provas Invasivas e Não Invasivas no Processo Penal Brasileiro”. Artigo (Pós-Graduação), pp. 01-26, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/EricaFerreira.pdf (acedido em 31/08/2015).

²⁷ *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal – O “Fim” do Estado de Direito ou um novo “Princípio”?*, CR do Porto da Ordem dos Advogados, Porto, 2011, p. 27.

²⁸ Érica Ferreira, *Provas Invasivas...*, pp. 1-26.

juiz, pelas partes ou até por terceiros com a finalidade de comprovar a culpa ou a inocência da parte em *status* de acusado.²⁹

Como já aqui foi referido, as intervenções corporais podem ser invasivas e não invasivas. De acordo com NICOLITT, “no Brasil, a Constituição também insculpiu como direito fundamental, no art.º 5.º, a integridade física e moral, ao declarar inviolável o direito à vida e à liberdade, vedando a tortura e os tratamentos desumanos degradantes”.

O direito à integridade física pode ser compreendido como direito à saúde física, no sentido de que ninguém pode ser privado de nenhum membro ou órgão do corpo; ninguém pode ser submetido à enfermidade, ninguém pode ser perturbado no seu bem-estar corporal e psíquico através de sensações de dor e sofrimento. Ademais, insere-se aqui o direito à própria aparência pessoal, ou seja, a imagem externa do indivíduo.³⁰

O princípio da legalidade impõe-se como garantia dada aos cidadãos de que não serão obrigados a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. No caso das intervenções corporais, há de existir uma norma clara, com tamanha densidade que não haja restrições aos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos. O acusado, portanto, deverá conhecer em que circunstâncias poderá ser submetido às medidas e sejam desproporcionais ou irregulares; e poderá impugná-las.

No entanto, parte da doutrina espanhola, por exemplo, defende o aproveitamento dessas provas, sustentando que a finalidade do processo é a busca da verdade, e a vulneração de certos procedimentos não leva à negação das mesmas.³¹

Outra condição para que ocorra a intervenção corporal é a garantia de que esta é realizada por um profissional habilitado e competente — como um médico ou um profissional da área da saúde —, devidamente habilitado para a execução do procedimento, uma vez que não se trata somente da violação de direitos fundamentais, mas de um procedimento que pode pôr em risco a saúde do cidadão, dependendo o grau deste das circunstâncias, da situação e da maneira que ocorrer a intervenção corporal.

Em 1998, o projeto “Flick” foi apresentado à presidência da altura, mostrando a necessidade de se aplicar intervenções corporais quando o procedimento não prejudica a vida do acusado. De acordo com este projeto, apenas são realizadas intervenções corporais quando o procedimento for indispensável para a constituição e obtenção de

²⁹ *Idem, ibidem.*

³⁰ Cfr. Mourollo *apud* André Luiz Nicolitt, *Intervenções Corporais...*, p. 11.

³¹ José Francisco Etxeberria Guridi, *Las Intervenciones Corporales: Su práctica y valoración como prueba em el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999, pp. 534-535.

provas respeitantes ao processo, e se o crime apurado for um crime doloso com pena de prisão de, no mínimo, três anos. As intervenções corporais não invasivas no mesmo projeto não necessitam do consentimento do cidadão acusado, podendo ser pedidas e realizadas de maneira menos burocrática que a intervenção corporal invasiva.³²

A última condição é a de que deve ser garantido ao acusado o direito de se opor à decisão tomada, assim como de entrar com recurso legal através do defensor, caso seja necessário, por exemplo, por motivo de saúde, pois a integridade física está intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana do acusado.³³

Caso alguma prova seja apresentada, mas desrespeitando estas normas, será considerada uma prova ilícita. Portanto, temos que a aceitabilidade e a liberdade das provas processuais não são absolutas nem fixas, devendo o juiz restringir-se à investigação dos factos de maneira imparcial, impessoal e criteriosa, ponderando entre os interesses de maior valor e respeitando os direitos fundamentais imprescindíveis ao nosso estado democrático e de direito.

No entanto, quando o juiz tem contacto com algum tipo de prova ilícita, a sua imparcialidade pode ser contaminada, pois o juiz, antes de estar em condição de juiz, também é ser humano, com valores, experiências e crenças como qualquer outra pessoa.³⁴

Concebida como um instrumento investigado a ser usado com a finalidade de comprovação de materialidade ou autoria, a intervenção corporal tanto pode ser aplicada em testemunhas como em vítimas, não sendo efetuada unicamente em acusados de crimes. Não há qualquer tipo de previsão expressa na legislação penal a respeito do dever do acusado de cooperar em intervenções corporais que objetivem a obtenção de prova, inexistindo, dessa maneira, qualquer sanção prevista no âmbito jurídico sobre aquele cidadão que se recuse a colaborar.³⁵

Faz-se predominantemente estabelecido, nos planos doutrinário e jurisprudencial, que a coleta coercitiva de sangue ou de parte não destacada do corpo humano (por exemplo, um fio de cabelo), com a finalidade do exame do material genético presente,

³² Érica Ferreira, *Provas invasivas...*, pp. 1-26.

³³ Ariane Trevisan Fiori, *Os Direitos Individuais e a Intervenção Corporal: A necessária releitura constitucional como forma de efetivação dos direitos fundamentais*, disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/hermeneutica_ariane_trevisan_fiori.pdf.

³⁴ Amaro Bandeira de Araújo Júnior, “Provas Ilícitas no Processo Penal”, 2013 [Artigo acedido em 21/04/2017 (<https://jus.com.br/artigos/23631/provas-ilicitas-no-processo-penal>)].

³⁵ Brenda Schio Saboia, *Intervenção Corporal...*, p. 50.

violaria o princípio que bloqueia a autoincriminação forçada, assim exposto no artigo 8.º, n.º 2, letra g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.³⁶

O direito ao próprio corpo é aquele que prega a integridade física do organismo e que objetiva assegurar a dignidade da pessoa humana defendendo o réu de ter o seu organismo violado, por exemplo, através da tortura. Já o direito às partes separadas do corpo diz respeito à integridade física dos órgãos, isto é, o indiciado tem direito às partes separadas do seu corpo — à saliva, ao sangue, ao cabelo, aos tecidos, aos órgãos, entre outros. É baseando-se no direito à integridade física que o ordenamento jurídico brasileiro presume dois tipos de prova que dependem do consentimento do réu a fim de que sejam realizadas: as provas invasivas e não invasivas. Estas duas modalidades de prova também influenciam a intervenção corporal sobre o acusado, e, em razão disso, dependem da sua colaboração, uma vez que nada mais são do que a realização de atos de investigação ou de obtenção de provas no corpo do próprio réu.³⁷

Entretanto, na doutrina majoritária do ordenamento jurídico brasileiro, está plasmado o entendimento de que tal princípio deve ser interpretado de forma ampliativa, no sentido de que a não autoincriminação, deve ser protegida contra qualquer ação da investigação, não apenas entendida como o direito ao silêncio, e sim ao direito de não participar de qualquer ato que objetive a contribuição para a produção de provas que possam ser desfavoráveis ao acusado.³⁸

Claramente, a Constituição brasileira foi cuidadosa ao extremo, ao proteger não somente a esfera física do réu, mas também a sua intimidade, e fazendo-o de maneira generalizada. Tais previsões constitucionais vieram a ser complementadas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), expedida através do Decreto n.º 678, de 06/11/1992, que previu o direito de o acusado não depor contra si mesmo, e pela Lei n.º 10 792/2003, que modificou a redação do artigo 186.º do Código de Processo Penal para assegurar o direito de o réu permanecer em silêncio por ocasião do seu interrogatório, expandindo a proteção que a Constituição destinava apenas ao preso, de maneira direta — ainda que o dispositivo constitucional devesse ser interpretado de maneira mais ampla.³⁹

³⁶ *Idem, ibidem.*

³⁷ Érica Ferreira, *Provas Invasivas...*, p. 25.

³⁸ Bruno Alves de Costa, *Constitucionalidade da Produção de Provas na Lei Seca*, Artigo Científico – Curso de Direito, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 20.

³⁹ Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, “A Constituição e as Intervenções Corporais no Processo Penal: Existirá algo além do corpo?”, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, vol. 2, 2008, pp. 215-243.

Estes dispositivos incorporam a preocupação do constituinte de 1988 e do legislador posterior a 1988 com a integridade física do réu, possivelmente bastante influenciados pela memória relativamente recente, do ponto de vista histórico, do que ocorreu ao longo da ditadura militar que se estendeu de 1964 a 1985, em que a tortura política foi banalizada e acabou por se espalhar por toda a teia do aparelho policial do Estado.⁴⁰

Tal conjunto de proteções tem por objetivo central coibir abusos nas denominadas intervenções corporais, com a finalidade da obtenção de prova em processo penal. As intervenções corporais são medidas de investigação que se realizam sobre o corpo do indivíduo, sem necessidade do seu consentimento, e através da coação direta, se necessário, com o objetivo de desvendar circunstâncias fácticas que sejam do interesse para o processo, em relação às condições ou ao estado psíquico ou físico da pessoa, ou com a finalidade de encontrar objetos nela escondidos. São disso representantes, por exemplo, os atos da extração de sangue ou ato da expulsão de ar (alcoólímetro ou etilómetro) para verificação do nível alcoólico no organismo; a colheita de urina; a colheita de substâncias presentes debaixo das unhas dos suspeitos (*finger scrapings*), as operações ao próprio corpo do acusado, a extração de impressões digitais, o exame em cavidades do corpo (ânus, vagina), e que remontam ao direito à intimidade, consagrado no inciso X do artigo 5.º da Constituição.⁴¹

A possibilidade de o condutor se recusar a colaborar na realização do teste do alcoólímetro emana da garantia constitucional à não autoincriminação, a qual garante ao ser humano a possibilidade legítima de se negar a participar literalmente em qualquer procedimento que possa ocasionar a produção de prova contra ninguém menos que ele mesmo.⁴² No que tange ao princípio da não autoincriminação, este será tratado em tópico próprio, diante da complexidade e importância deste princípio sobre o tema em questão.

Segundo Delmanto, “trata-se do direito do acusado de não se auto incriminar, de não fazer prova contra si mesmo, inclusive não se submetendo ao bafômetro ou a exame de sangue.”⁴³

⁴⁰ *Idem, ibidem.*

⁴¹ Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, *A Constituição...*, pp. 215-243.

⁴² Mariana Thomé Moraes, “O Direito à Não Autoincriminação: A problemática do teste do bafômetro”, in *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, vol. 2, n.º 21, jan./jun., 2012, p.12.

⁴³ Cfr. Delmanto(2010), *apud* Moraes, 2012 (Mariana Thomé Moraes, *op. cit.*, p. 13.

Já para Gomes, “a premissa básica aqui é a seguinte: ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo. O sujeito não está obrigado a ceder seu corpo ou parte dele para fazer prova. Em outras palavras: não está obrigado a ceder sangue, não está obrigado a soprar o bafômetro.”⁴⁴

A Lei n.º 12 654, de 28/05/2012 interveio em dois estatutos jurídicos distintos: a Lei n.º 12 037/2009, que disciplina a identificação criminal e tem como campo de incidência a investigação preliminar, e, por outro lado, a Lei n.º 7210/1984, que regula a Execução Penal. Segundo o artigo 1.º, a identificação criminal poderia incluir, a partir de então, a colheita de material biológico para a obtenção do perfil genético.

A partir desse ponto de vista, a colheita de material biológico só pode acontecer através de três maneiras: *a)* intervenções corporais invasivas, *b)* intervenções corporais não invasivas e *c)* recolha de amostras desprendidas do corpo, que não configuram intervenção corporal, mas que podem atingir direitos fundamentais como a privacidade e a intimidade. Ao se proteger o corpo do réu contra intervenções que tenham como finalidade a obtenção de provas, automaticamente algo maior também estará a ser protegido, isto é, a dignidade humana.⁴⁵

A respeito da lei citada, deve questionar-se: qual a real finalidade das amostras de material genético? Isto porque este material pode receber finalidades distintas. Para o investigado, serviria como prova, sendo que se trataria de um caso concreto já ocorrido. Mas, em relação a um criminoso já condenado, serviria como amostra genética para ser armazenada no banco de dados; as amostras também teriam a finalidade de, quando armazenadas, ajudar na descoberta da autoria de futuros crimes, ou seja, teriam uso futuro depois de armazenadas no banco de dados.⁴⁶

O Direito português proclama expressamente o direito ao silêncio e considera nulas, por força de norma constitucional, quaisquer provas obtidas por via de tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral do ser humano, abusiva e indevida intromissão na vida particular, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações; e muito menos admite a possibilidade de o réu se recusar a submeter-se a perícia ou às inspeções pessoais. Resta, tal como plasmado no art.º 172.º do Código

⁴⁴ *Idem*, p. 13.

⁴⁵ Flávia Lourenço da Silva do Nascimento, *As Polêmicas Inovações Advindas da Lei 12.654/2012*, Monografia (Especialização) – Curso de Direito, Universidade Católica de Brasília, Taguatinga, 2013, p. 76.

⁴⁶ Francis Rafael Beck, Ruiz Ritter, “A Coleta de Perfil Genético no Âmbito da Lei n.º 12.654/12 e o Direito a Não Autoincriminação: Uma necessária análise”, in *Revista da AJURIS*, vol. 42, n.º 137, 2015, pp. 321-341.

de Processo Penal (CPP), que o indivíduo que pretenda eximir-se ou obstar a qualquer tipo de exame que implique a facultação de elemento que deva ser examinado, pode ser compelido, por decisão da autoridade judiciária competente, ressalvando, no máximo, que os exames que possivelmente venham a ofender o pudor das pessoas devem respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles de submeter.⁴⁷

2.4. Intervenção não invasiva

Como já mencionado anteriormente, as intervenções corporais não invasivas são aquelas em que não há penetração no organismo do sujeito.

Portanto, o direito à integridade física que a doutrina brasileira menciona incorpora dois tipos de prova que implicam a intervenção corporal sobre o suspeito ou réu, para que sejam realizadas as provas invasivas e as provas não invasivas.

Ambos os tipos de prova necessitam de intervir no organismo do indivíduo e, por isso, dependem da colaboração deste.

Em contrapartida, as provas não invasivas são aquelas para as quais, para serem produzidas, não é preciso que haja penetração no corpo humano do acusado. Muito embora a produção da prova também implique uma intervenção corporal, esta não é invasiva, ou seja, provém do corpo humano, mas não há uma “invasão” dele.

Entre as principais intervenções não invasivas estão os exames fecais, as identificações datiloscópicas, a radiografia, as buscas pessoais e ainda os testes de ADN realizados através da análise de fios de cabelo, pelos ou unhas, sem a necessidade de penetrar no organismo do suspeito.⁴⁸

É relevante para o processo penal a utilização de métodos de obtenção de provas não invasivas, pois assim se preserva o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e os direitos — à integridade, à privacidade e à autodeterminação — do sujeito envolvido no processo. Além da vantagem citada de não ser necessário penetrar o corpo do indivíduo, caso seja necessário realizar um teste ao ADN, o material genético é

⁴⁷ Marcelo Schirmer Albuquerque, *A Garantia de Não Autoincriminação: Extensão e Limites*, del Rey, Belo Horizonte, 2008, p. 178. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=8fqp7vtycynkC&pg=PA61&lpg=PA61&dq=intervencao+corporal+direito&source=bl&ots=_GQbcifYdL&sig=qBc2hZoNnAu9nR_W6Kh03-BtFE4&hl=pt-BR&sa=X&ved=0CE8Q6AEwCDgKahUKEwje_dmBo9jHAhXMEJAKHXNiDxk#v=onepage&q=intervencao+corporal=false (acedido em 02/09/2015).

⁴⁸ Flávia Lourenço da Silva do Nascimento, *As Polêmicas...*, p. 76.

obtido mais facilmente de forma não invasiva, através da análise de fios de cabelo ou até de pontas de cigarro.⁴⁹

A intervenção corporal não invasiva é uma forma de investigação efetuada no corpo das pessoas, com ou sem o seu consentimento, e tem o propósito de encontrar determinadas circunstâncias fácticas que tenham relevância processual. Esta investigação não é restrita apenas aos indivíduos acusados da prática de delitos, podendo também ser executada em testemunhas e em vítimas. Para a produção destas provas, não é necessário submeter o indivíduo a procedimentos que penetrem o seu organismo por via do uso de um qualquer tipo de instrumento ou de substância.⁵⁰

Num momento posterior, será dada a devida atenção à questão do consentimento ou não em relação às intervenções, seja através da vítima, de terceiros, de testemunhas ou de acusado/suspeito/arguido.

Nos dizeres de CARLA CASTRO, “as provas não-invasivas não violam a intimidade e a integridade física, pois são realizadas com material descartado pelo indivíduo. De igual forma, a pessoa não está sendo obrigada a produzir provas contra si mesma, já que em nada contribui para o exame. Sua vontade não influi em sua realização; ao contrário, a perícia é feita sem sua colaboração”.⁵¹

Hernández entende a intervenção corporal como a realização de atos de investigação ou de obtenção de provas no corpo do próprio acusado.⁵²

Conforme o entendimento de QUEIJO, a intervenção pressupõe penetração, no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não.⁵³

Na legislação penal não há conjetura expressa a respeito do dever de o acusado colaborar em intervenções corporais que visam a busca de provas, não existindo assim qualquer aprovação de norma jurídica aplicável aos casos em que ele se recuse a colaborar. Nos planos doutrinário e jurisprudencial, está predominantemente determinado que a extração abusiva de sangue ou de qualquer parte não removível do

⁴⁹ Bárbara Alves Soares, “Provas Ilícitas e o Exame de DNA como Prova no Processo Penal”, Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 88.

⁵⁰ Lucas Arbage, *As Intervenções Corporais e o Princípio da Não Autoincriminação* (nemo tenetur de detegere), Jusbrasil, 2015. Disponível em: <http://lucasarbage.jusbrasil.com.br/artigos/150985203/as-intervencoes-corporais-e-o-principio-da-nao-autoincriminacao-nemo-tenetur-de-detegere> (acedido em 26/02/2016).

⁵¹ Carla Rodrigues Araújo de Castro, *Prova Científica: Exame Pericial do DNA*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 101.

⁵² Ángel Gil Hernández, *Intervenciones Corporales...*, p. 37.

⁵³ Maria Elizabeth Queijo, *O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo: O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 245.

corpo, como, por exemplo, um fio de cabelo, para realizar exame de ADN, viola o artigo 8.º, que determina que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.⁵⁴

Como exemplos de intervenção não invasiva temos os exames de ADN a partir de fios de cabelo e de pelos, a identificação datiloscópica, a radiografia usada em buscas pessoais, o reconhecimento pessoal, a acareação, o exame grafotécnico, a reconstrução do facto, o “balão” e a prova documental.⁵⁵

A impressão datiloscópica é o processo que identifica as pessoas fisicamente por intermédio da impressão digital, na qual é reproduzida uma réplica invertida do desenho da digital. Cada ser humano tem um desenho digital diferente, e, de facto, é impossível que haja duas pessoas com impressões digitais iguais. Desta forma, usa-se este procedimento para diferenciar um ser humano de outro. Esta identificação é feita através das papilas dérmicas, que se localizam nas palmas das mãos e nos pés.⁵⁶

Esta técnica de identificação é muito confiável, pratica e possui baixo custo. O Instituto Nacional de Identificação foi criado no Brasil em 1930, com o intuito de emitir a “carteira de identidade” a todos os brasileiros, para evitar fraudes na identificação.⁵⁷

A genética forense, que é uma das áreas da medicina legal, tem a função de analisar a genética da diversidade humana para resolver alguns problemas jurídicos que necessitem desta função. Nos laboratórios de genética forense são comuns as investigações biológicas para aferição da paternidade e as relativas à criminalística biológica. Através de uma investigação de material genético como as manchas de sangue, o esperma, a urina, a saliva ou os pelos, são feitos testes de ADN (ou DNA), para daqui resultar um perfil genético.⁵⁸

2.5. Intervenção invasiva

As intervenções invasivas corporais pressupõem a penetração de substâncias ou instrumentos no organismo humano, como os exames de sangue em geral, o exame

⁵⁴ Convenção americana sobre direitos humanos, Pacto de San José, Artigo 8.º, n.º 2, letra g. Disponível em: http://www.amb.com.br/fonavid/Legislacao_Pacto_San_Jose_da_Costa_Rica_-_1969%5B1%5D.pdf (acedido em 29/02/2016).

⁵⁵ Érica Ferreira, *Provas Invasivas e Não Invasivas no Processo Penal Brasileiro*, Dissertação – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 25.

⁵⁶ E. Chemello, *Ciência Forense: Impressões Digitais, Química Virtual*, 2006, p. 11. Disponível em: http://www.quimica.net/emiliano/artigos/2006dez_forense1.pdf (acedido em 26/02/2016).

⁵⁷ Luiz Carlos Garcez Novaes, “A Identificação Humana por DNA pode Substituir a Identificação Humana por Impressão Digital?”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano XII, n.º 51, São Paulo, 2004, pp. 237-251.

⁵⁸ Sónia Fidalgo, “Determinação do Perfil Genético como meio de Prova em Processo Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, n.º 1, Coimbra, 2006, pp. 116-148.

ginecológico, a identificação dentária, a endoscopia, o exame retal e a verificação do nível alcoólico por meio do alcoolímetro. Ou seja: as provas invasivas necessitarão de intervenções no próprio corpo do acusado. As provas invasivas incidem sobre a esfera íntima do acusado e são denominadas de “*intimate samples*”⁵⁹.

De acordo com MARIA ELIZABETH QUEIJO, as provas realizadas mediante intervenção corporal não invasiva são de suma importância para o processo penal, pois conciliam as exigências da persecução penal com o respeito pelos direitos fundamentais. Ademais, as provas invasivas encontram grande resistência no que se refere ao consentimento do acusado para as produzir.

Assim, a principal diferença interna das provas que implicam intervenção corporal no acusado está no facto de, nas provas invasivas, ocorrer uma “invasão no organismo humano”⁶⁰, isto é, necessita-se de penetração, por instrumentos ou substâncias, enquanto as provas não invasivas compreendem outras perícias que não necessitam de penetrar no corpo humano.

Seguindo a mesma linha, Polastri define as intervenções invasivas como aquelas realizadas com a penetração do corpo do investigado, seja por cavidades naturais ou não, através de instrumentos ou de substâncias. É necessária a realização das provas invasivas determinada por oficial da polícia e com o consentimento do acusado. A realização do mesmo será feita somente se houver gravidade no crime cometido e importância da prova para o caso concreto. As intervenções invasivas que violam os direitos fundamentais são provas ilícitas, não podendo ser consideradas como provas.⁶¹

De acordo com QUEIJO, as provas produzidas mediante intervenção corporal invasiva devem ser realizadas apenas com o consentimento do acusado, mediante prévio controlo jurisdicional sobre a medida, enfatizando-se, assim, que o consentimento do acusado não pode ser suprido por autorização judicial. O controlo jurisdicional pode ser efetuado *a posteriori*, nas provas que não dependem de intervenção corporal no investigado.⁶²

Assim, não é permitida a produção de provas obtidas através de intervenções corporais invasivas sem a autorização do indivíduo envolvido ou a autorização judicial,

⁵⁹ Érica Ferreira, *Provas Invasivas*, p. 13.

⁶⁰ Maria Elizabeth Queijo, *O Direito de Não Produzir...*, p. 251.

⁶¹ Marcellus Polastri Lima, *Curso de Processo Penal*, vol. 2, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 91.

⁶² Maria Elizabeth Queijo, *op. cit.*, p. 363.

pois esta atitude fere os princípios constitucionais norteadores da nossa democracia e ainda viola os direitos fundamentais do indivíduo.⁶³

Outro tipo de intervenção corporal invasiva, que muitas vezes não é lembrado, é o da revista vexatória, realizada nos presídios de todo o Brasil. A revista vexatória não é a revista corporal habitual, na qual se procuram armas ou materiais ilícitos ocultos na roupa ou em objetos do suspeito. A citada revista vexatória é uma prática abusiva exercida sobre mulheres, crianças e homens visitas de reclusos em cadeias, esses indivíduos são forçados a despir-se, e, muitas vezes, depois de se despirem, é-lhes ordenado que se agachem, ocorrendo depois uma intervenção corporal invasiva através de inserções nos seus corpos, principalmente no reto, nos homens, e na genitália feminina. Este tipo de abuso tão frequente é um ataque aos direitos fundamentais do indivíduo e ao princípio da dignidade da pessoa humana.⁶⁴

A dignidade da pessoa humana é configurada como um valor nuclear da Constituição da República Portuguesa, “o *alfa* e o *ômega* de um dos pilares — se não o pilar essencial — da nossa Constituição”, que inspira e fundamenta todo o ordenamento jurídico. Como se afirma no Acórdão n.º 105/90 do TC, “não se trata efetivamente (...) de uma mera proclamação retórica, de uma simples ‘fórmula declamatória’, despida de qualquer significado jurídico-normativo; trata-se, sim, de reconhecer esse valor — o valor eminentemente do homem enquanto «pessoa», como ser autónomo, livre e (socialmente) responsável, na sua “unidade existencial de sentido” — como um verdadeiro princípio regulativo primário da ordem jurídica, fundamento e pressuposto de “validade” das respetivas normas.⁶⁵

Assim, as provas invasivas são aquelas que, para serem produzidas, precisarão obrigatoriamente de intervenções no próprio corpo do indiciado. Já as provas não invasivas são aquelas em que não vai haver a infiltração no organismo do acusado. Em contrapartida, são realizadas a partir de vestígios do corpo humano do acusado.

De acordo com NICOLITT⁶⁶, para ilustrar, o exame sobre material genético (fezes, unhas, cabelo, saliva, etc.) pode dar-se ou não por via da intervenção corporal. Quando o material a examinar é encontrado já fora do corpo, como numa barbearia ou

⁶³ Bárbara Alves Soares, “Provas Ilícitas e o Exame...”, p. 88.

⁶⁴ *Revista Vexatória e Exceção*, in *Pastoral Carcerária*, Notícias de 06/12/2013. Disponível em: <http://carceraria.org.br/revista-vexatoria-e-excecao.html> (acedido em 02/09/ 2015).

⁶⁵ AGOSTINHO, Patrícia Naré, *Intrusões Corporais em Processo Penal*, 1.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 119-120.

⁶⁶ André Luiz Nicolitt, *Intervenções Corporais no Processo Penal e a Nova Identificação Criminal*, Ed. Campus Jurídico, Rio de Janeiro, 2014, p. 19.

no lixo, e sendo conhecida a origem do material como sendo do investigado, esta prova não se insere no regime das intervenções corporais, pois tal material já não se encontra na esfera corporal do sujeito, podendo estar até na esfera da intimidade (como no caso do lixo no quintal), mas não da corporeidade.

Havendo lugar à rejeição do material genético, não há que falar em intervenção corporal, pois, desgarrada do corpo humano e estando fora do domínio das intervenções corporais, pode ser apodada de prova não invasiva.

Necessário se faz, para melhor entender as espécies de intervenções corporais, que se diferenciem das revistas corporais. Estas são externas, superficiais, feitas sob as roupas do indivíduo, por via de regra, suspeito, em que se procuram objetos escondidos nas roupas ou no corpo do mesmo. Segundo DÍAZ CABIALE, as revistas não são consideradas intervenções, porque compreendem intervenções externas sobre o corpo e sobre a indumentária do indivíduo (roupas e objetos que transporta consigo).

A natureza jurídica da intervenção corporal, como referido, é investigatória pós-delito, enquanto a natureza da revista corporal é preventiva. A prática da primeira, como afirmado anteriormente, incide substancialmente na esfera dos direitos fundamentais, o que será analisado em **Capítulo** posterior, sendo que a utilização dessa medida se submete à observância de alguns critérios, principalmente o do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. A revista, por outro lado, possui carácter preventivo, podendo até assegurar-se como fonte de prova na instrução do processo, pois, com as revistas, podem ser encontradas drogas, armas, telemóveis e outros objetos proibidos. Estas, na maioria das vezes, são feitas preventivamente, e, encontrando-se algo, servirão como fontes probatórias para a persecução criminal. Sendo as revistas superficiais, e respeitados os ditames e os princípios, servem para prevenção de atos criminosos, sendo, portanto, de suma importância para o combate à criminalidade.

Por último, o respeito pela dignidade da pessoa humana ganha novos conteúdos jusfundamentais ao configurar-se como *standard* de proteção universal. Neste contexto, obrigou à adoção de convenções e de medidas internacionais contra crimes e outras agressões das pessoas e dos povos, estabelecendo-se como esquema normativo de referência quanto às práticas relativas à proteção individual e coletiva dos direitos do homem.⁶⁷

⁶⁷ Jorge Miranda, *Direito Constitucional e Democracia*, Juruá Editora, Curitiba, 2013, p. 287.

Por tudo isto se conclui que qualquer intervenção corporal além da não invasiva ultrapassaria todos os limites, devendo a prova para o processo penal ser focada, no campo das intervenções corporais, nas não invasivas, conciliando as exigências da persecução penal e os direitos fundamentais.

CAPÍTULO III

OS EXAMES COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

3. Os exames como meio de obtenção da prova

O Direito processual penal tem como finalidade o reconhecimento e estabelecimento de uma verdade jurídica, sendo este fim alcançado através de provas de diversa natureza. A finalidade das provas é proporcionar ao juiz responsável informações e propriedade suficientes para sentenciar o caso. Muitas vezes, exames como os de corpo de delito ou de ADN são necessários para se obter uma prova.⁶⁸

A legislação processual brasileira prevê a obrigatoriedade da realização de exame de corpo de delito em crimes que deixam vestígios, e a realização do exame de ADN, caso seja necessário identificar um suspeito ou um acusado. O exame de ADN tem sido muito como utilizado como prova judicial, devido à sua alta confiabilidade e à rapidez na obtenção do resultado.⁶⁹

Além dos exames de ADN e ao corpo de delito, também podem ser utilizados exames à retina, a identificação biométrica, de voz, da face, entre outros. A legislação brasileira autoriza o uso destes exames, mas prioriza os que causem a menor violação possível aos direitos fundamentais do indivíduo.⁷⁰

O art.º 6.º do Código de Processo Penal do Brasil, *verbis*:

“Art. 6.º – Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II – apreender os objetos que tiverem relação com o fa[c]to, após liber[t]ados pelos peritos criminais;

⁶⁸ Eliane Alfradique, “Aspectos Processuais e Médico-Legais do Exame de Corpo de Delito e das Perícias em Geral”. Disponível em: <http://www.bu.ufsc.br/aspectos.PDF> (acedido em 03/09/2015).

⁶⁹ Marco Antônio de Barros, Marcos Rafael Pereira Piscino, “DNA e sua Utilização como Prova no Processo Penal”, in *Universidade Presbiteriana Mackenzie – Faculdade de Direito*. Disponível em: http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2015_05_11_14_08_46_Artigo.DNA.Prova.Marco.Antonio.Barros.pdf (acedido em 11/09/2015).

⁷⁰ Tarcísio dos Santos Figueiredo, “A Lei 12.654/2012, Implicações Constitucionais”, Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/TarcisiodosSantosFigueiredo.pdf (acedido em 08/09/2015).

III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fa[c]to e suas circunstâncias;

IV – ouvir o ofendido;

V – ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no **Capítulo III** do Título VII deste Livro, devendo o respetivo termo ser assinado por 2 (duas) testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI – proceder a[o] reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII – determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; [sublinhados nossos]

VIII – ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos [a] sua folha de antecedentes;

IX – averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, [a] sua condição econômica, [a] sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuïrem para a apreciação do seu temperamento e cará[c]ter.”

A conservação do local onde ocorreu o facto, bem como a conservação das coisas nos lugares onde se encontravam, é obrigação da autoridade policial tão logo tome conhecimento da prática da infração penal. O ponto que interessa para o tema em questão é justamente o da colheita de material genético para fins de exames periciais (inciso VII), de modo que se possa alcançar o autor da infração. Assim, haverão de ser preservados os objetos, assim como o local, até à chegada dos técnicos periciais.

Para GUILHERME DE SOUZA NUCCI⁷¹, “a prova é a demonstração lógica da realidade, no processo, por meio de instrumentos legalmente previstos, buscando gerar, no espírito do julgador, a certeza em relação aos fa[c]tos alegados e, por consequência, gerando a convicção objetivada para o deslinde da demanda”.

Os exames são “meios de obtenção da prova, instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de prova”.

Quanto aos exames, com previsão legal nos artigos 171.º a 173.º do Código de Processo Penal português, dispõe o artigo 171.º, n.º 1: “[...] por meio de exames das

⁷¹ Guilherme de Souza Nucci, *Provas no Processo Penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, p. 15.

peessoas, dos lugares e das coisas, inspecionam-se os vestígios que possa ter deixado o crime e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi cometido.”

A finalidade do exame é realizar a sua fixação de forma documental, de modo que o Julgador observe os factos relevantes para a matéria probatória.

Para Gonçalves, “o n.º 1 deste artigo considera os exames um meio de inspecionar os vestígios que o crime pode ter deixado e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi cometido.”⁷²

3.1. Perícia Criminal

A Perícia Criminal é a responsável pelo exame de toda a parte material do crime ocorrido. O termo perícia tem origem no vocábulo latino *peritia*, que significa saber, habilidade e capacidade; com o passar do tempo, estes significados ganharam mais sentido, e o termo perito passou a ser também usado como sinónimo de “*expert*”, ou seja, alguém que conhece a fundo determinado assunto. Com o passar do tempo, o profissional de perícia tornou-se cada vez mais especializado, com conhecimentos cada vez mais rebuscados sobre a sua especialidade.⁷³

O trabalho do perito criminal tem início logo no acionamento feito pelo delegado de polícia. Após ser chamado, o perito precisa de identificar o tipo de perícia a realizar, para seleccionar os equipamentos necessários, e dirigir-se depois ao local. Ali chegado, o perito verifica se o local foi preservado pela polícia e regista as suas impressões preliminares; em seguida, elabora um plano de ação, desenvolve o seu plano buscando os vestígios, que podem ser impressões digitais, fios de cabelo, pelos, sangue, cadáveres, objetos, rachaduras, rompimentos de obstáculos, etc. Após a busca, fotografa tudo o que foi encontrado, faz medições, faz a recolha dos vestígios com recurso a técnicas adequadas, identifica-os e liberta o local.⁷⁴

Geralmente, quando falamos em perícia criminal, pensamos imediatamente em crimes como os homicídios, em suicídios, em tentativas de homicídio, etc., mas, nos crimes fiscais, financeiros, previdenciários, o juiz também tem o apoio da perícia

⁷² Fernando Gonçalves, Manuel João Alves, *A Prova do Crime – Meios legais para a sua obtenção*, Editora Almedina, Coimbra, 2009.

⁷³ Eliane Alfradique, *Aspectos Processuais...*, p. 10.

⁷⁴ Cláudio Vilela Rodrigues, Márcia Terra da Silva, Osvaldo Mário Serra Truzzi, “Perícia Criminal: Uma abordagem de serviços, in *Revista Gestão & Produção – UFSCAR*, vol. 17, n.º 4, 2010, pp. 843-857.

criminal para chegar à verdade. Com o advento da globalização e da Internet, os crimes fiscais tornaram-se cada vez mais frequentes; assim, surgiu a necessidade de uma perícia especializada neste campo de ação. A perícia criminal contábil segue a legislação vigente no Código de Processo Penal da mesma forma que as outras formas de perícias criminais, mas com as suas particularidades na realização dos exames.⁷⁵

Os crimes ligados à corrupção, à sonegação do pagamento de impostos, aos crimes previdenciários e aos crimes financeiros em geral, são mais bem resolvidos com o auxílio de um perito criminal contábil. Estes crimes são frequentes no Brasil, demandando assim operações principalmente por parte da Polícia Federal, investigando transações comerciais, sonegação de impostos, crimes ligados à corrupção — fraudes previdenciárias, etc. De todos estes crimes, o que se tornou mais frequente no Brasil foram as fraudes previdenciárias, caso das apropriações indébitas.⁷⁶

Percebe-se, assim, que a perícia criminal é muito abrangente, podendo os seus exames envolver necropsias, balística e exames de ADN, entre outros.⁷⁷

3.2. Exame do corpo de delito

Nas ocorrências que deixam vestígios, é obrigatória a realização do exame do corpo de delito direto, prescrito no artigo 158.º do Código de Processo Penal. E nas ocorrências que não deixem vestígios é obrigatório o exame do corpo de delito indireto previsto no artigo 167.º do Código de Processo Penal.⁷⁸

Como vimos, existem dois tipos de exames do corpo de delito: o direto e o indireto. Enquanto o exame de corpo de delito direto é realizado por perito, comprovando a materialidade do crime, o exame de corpo de delito indireto também

⁷⁵ Simone de Souza, *Perícia Contábil Criminal*, Monografia (Bacharel em Ciências Contábeis). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999, p. 43.

⁷⁶ Alan Teixeira de Oliveira, *A Relação Entre o Tipo Penal e a Prova Pericial Contábil: Evidências nos laudos contábeis da perícia criminal federal sobre o crime de apropriação indébita previdenciária*, Tese (Doutoramento em Ciências), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 226.

⁷⁷ “Assim, apesar de não serem incomuns manifestações vulgares no Brasil de que o direito ao silêncio preveniria a colheita compulsória de material biológico do investigado ou do acusado, concluo que se trata de afirmações acrílicas a respeito do instituto e que ignoram a origem histórica, a função atual e a compreensão dele no Direito Comparado.” Cfr. HC. 115.767, Ministra Relatora: Rosa Weber – STF, 2012, acessado em 25/10/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=115171384&tipoApp=.pdf>

⁷⁸ Rogério Tadeu Romano, *Da Prova Pericial*, pp. 1-18. Disponível em: https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/doutrina245_DaProvaPericial.pdf (acessado em 03/09/2015).

visa comprar a materialidade do crime, mas não de forma material, e sim através de prova testemunhal, informação médica ou de outros documentos disponíveis.⁷⁹

Este exame, quando feito de maneira direta, deve ser realizado através de uma descrição detalhada do cenário, de fotografias do local, de objetos, de corpos, caso existam, e de qualquer outro vestígio percebido pelo perito.

Caso existam corpos, as fotografias devem ser tiradas de muito perto, para que se consiga uma imagem mais detalhada, e, caso o corpo apresente ferimentos, estes devem ser fotografados da melhor maneira possível, como prescrito no artigo 165.º do Código de Processo Penal.⁸⁰

Medidas cautelares podem ser tomadas de acordo com a necessidade para que se preservem o local do facto e os vestígios.⁸¹

Após o exame, a perícia terá o prazo de 10 (dez) dias, podendo ser estendido em casos excepcionais, para a realização de um laudo (relatório, na terminologia portuguesa europeia), conforme prescreve o artigo 160.º do Código de Processo Penal. Este laudo deve conter quatro partes, a saber: o preâmbulo, a exposição, a discussão e a conclusão.

O *preâmbulo* seria a apresentação do caso; a *exposição* é uma descrição detalhada de tudo o que se observou no local; a *discussão* é uma análise crítica dos factos observados e dos vestígios, com argumentos que defendam determinado ponto de vista, razões e motivos que levam o perito a dar o seu parecer; na *conclusão*, este deve responder de forma sintética a questionamentos e quesitos do juiz e das partes envolvidas no caso.⁸²

Poderão ser necessárias uma perícia e uma investigação mais profundas no local e nos objetos que se encontraram no local, ficando, assim, o proprietário ciente da necessidade e do procedimento (prescrito nos artigos 175.º, 176.º e 177.º do CPP) de intervenção na sua propriedade imóvel e nos seus pertences.

Caso a ocorrência do facto se tenha dado num local fechado, os exames serão realizados através de um mandado de busca e apreensão, e deve ser feito pelo perito um auto de diligência contendo a identidade da autoridade responsável pelo exame, assim como a das testemunhas ali presentes, a identidade do visado ou do proprietário do local, o dia e a hora de início e de fim do exame, o local onde ocorreu o exame, com o detalhe relativo às medidas de segurança do local para a proteção do visado, a descrição

⁷⁹ Eliane Alfradique, *Aspectos Processuais...*, pp. 18-19.

⁸⁰ Rogério Tadeu Romano, *op. cit.*, pp. 1-18.

⁸¹ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código...*

⁸² Rogério Tadeu Romano, *op. cit.*, pp. 1-18.

bem detalhada de como foi realizado o exame, com descrição dos vestígios; se houver corpo, a descrição das partes do corpo e dos lugares onde apresenta ferimentos e uso de força física, a menção das ordens de proibição do trânsito de pessoas caso tenha sido necessária, a descrição detalhada de qualquer declaração do visado ou de testemunhas, o registo de qualquer incidente ocorrido durante o exame e a data de elaboração do auto, com a assinatura do perito responsável.⁸³

3.3. O teste de ADN no processo penal⁸⁴

3.3.1. Considerações iniciais^{85, 86}

Com os avanços científicos e tecnológicos, o ADN passou a ser utilizado em diversas situações, como nos casos em que se encontram na cena de um crime fios de cabelo, sangue, cadáveres, etc., e utiliza-se este teste para a identificação dos sujeitos envolvidos.

As impressões digitais podem ser utilizadas como prova de crimes que ocorreram há mais de 100 anos; já o ADN prova crimes ocorridos há poucas décadas. A principal diferença no uso destes dois materiais é que o ADN é obtido a partir de bancos de dados genéticos e razões estatísticas, podendo, assim, ser-lhe atribuído um grau de confiabilidade maior, pois possui maior respaldo científico e tecnológico.⁸⁷

⁸³ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código...*

⁸⁴ “As investigações que recaem sobre o DNA têm uma extensão muito variada, sendo possível diferenciar o âmbito codificante do não codificante. Do primeiro, extraem-se informações relativas ao indivíduo, que incidem mais intensamente em sua esfera pessoal, tais como suas características externas, enfermidades de origem genética ou prevenções futuras a certas doenças ou malformações. Não possui muita utilidade para o uso forense, pois é formado por sequências com muito poucas variações interindividuais e intergeracionais. Já o DNA não codificante apresenta grande variação de um indivíduo para outro e, por isso, é a opção para o emprego forense da técnica” (Cf. Carlos Henrique Borlid, Bookseller, Campinas, Bookseller, 2005, p. 302).

⁸⁵ “Entre as técnicas que detectam característica de tipo físico e fisiológico para ser mencionados: a verificação das impressões digitais, varrimento da retina, reconhecimento facial, a análise da estrutura de ADN. Entre aqueles, no entanto, eles mostraram traços comportamentais têm: a verificação das assinaturas manuscritas, l, da análise da marcha etc. Tais técnicas podem ser utilizadas separadamente mas eles também podem ser combinadas de diversas maneiras (por exemplo, verificação de uma característica física com a verificação de uma característica outro acordeão ou com a de uma característica comportamental)” [tradução nossa]. Cfr. Maria Corasaniti, “La Banca Dati del DNA: Primi Aspetti Problematici dell’attuazione del Trattato di Prum”, in *Il Diritto Dell’informazione e Dell’informatica*, Roma, 2009, p. 437.

⁸⁶ “O método de análise do ADN baseia-se no facto de toda a informação genética de uma pessoa ser determinada numa molécula de cada célula. Por conseguinte, através de uma comparação de vestígios de sangue ou esperma com estrutura molecular formal do suspeito (as ‘impressões digitais genéticas’), se necessário, é possível tirar conclusões sobre a sua autoria” [tradução nossa]. Cfr. Claus Roxin, *Derecho Procesual Penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 291.

⁸⁷ Ian W. Evett *et al.*, “DNA Profiling: a discussion of issues relating to the reporting of very small match probabilities”, in *The Criminal Law Review*, maio de 2000, pp. 341-355.

Uma identificação através de um exame de ADN pode excluir ou incluir alguém numa investigação, podendo ser ele um suspeito ou acusado de participação num delito. Por este motivo, tem-se mostrado uma ferramenta muito útil na resolução de crimes, sendo amplamente utilizada em diversos países do mundo.⁸⁸

Portanto, é de grande destaque esta natureza dual das provas de ADN, diante da neutralidade de tal exame, sendo o seu resultado incerto.

Cada célula de uma pessoa possui no seu núcleo, precisamente, uma mesma quantidade e sequência de ADN (ácido desoxirribonucleico, ou DNA), que vem a ser a molécula na qual se encontram as características genéticas codificadas de cada um, como a cor dos olhos ou do cabelo, a altura, etc. Estas características podem ser estudadas a partir de qualquer parte do corpo.⁸⁹ A combinação dos conhecimentos de genética com os métodos da biologia molecular permite confrontar a amostra biológica que foi reunida na cena do crime com pessoas que estiveram presentes ou tiveram ligação com objetos que foram encontrados no local. Esta definição de identificação genética poderá ser utilizada para comprovar a culpa dos criminosos, isentar inocentes, identificar corpos ou restos humanos, indicar a paternidade e esclarecer a troca de bebés em berçários. Além das amostras de sangue, há uma grande variedade de material biológico a partir da qual pode ser feita a análise e traçado um perfil genético, como: esperma, saliva, urina, tecidos moles, pelos, dentes, ossos, secreções.⁹⁰

Os resultados da análise do material biológico operam no âmbito das probabilidades, e, apesar de serem muito altas, continuam a ser probabilidades. Caso não haja compatibilidade entre a amostra colhida no local do crime ou entre a que foi colhida da vítima e a que foi recolhida ao acusado, torna-se evidente que esta amostra não pertence ao acusado; porém, se o material coligido coincidir com o do lugar do crime ou com o da vítima, haverá uma probabilidade de este material pertencer ao acusado. Particularidades da amostra que definirá o grau de probabilidade.⁹¹

Há pouco tempo criado, o exame de ADN traz longos benefícios ao ordenamento jurídico, em especial ao campo criminal. Porém, no que se refere ao ordenamento jurídico-penal, não tem sido utilizado em todos os casos. O exame é realizado, na

⁸⁸ Neide Maria de Oliveira Godinho, “Banco de Dados de DNA: Uma ferramenta ao serviço da justiça”, in *Revista Brasileira de Estudos de Segurança Pública*, vol. 7, n.º 2, Goiânia, 2014, pp. 20-30.

⁸⁹ Maria Elizabeth Queijo, *O Direito de não Produzir...*, p. 55.

⁹⁰ Luiz Carlos Garcez Novaes, “A Identificação Humana por DNA pode Substituir a Identificação Humana por Impressão Digital?”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 12, n.º 51, 2004, pp. 237-251.

⁹¹ Sónia Fidalgo, “Determinação do Perfil Genético como Meio de Prova em Processo Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, n.º 1, Coimbra, 2006, pp. 116-148.

maioria das vezes, quando o suspeito os favorece. Diante disto, têm-se inúmeros casos sem perspectiva precisa de definição.⁹²

As provas genéticas são necessariamente importantes para as investigações modernas, pois podem ser determinantes para a conclusão de um delito em investigação, podendo eliminar-se ou imputar-se a autoria do crime. O discernimento é que vai determinar como será feita a colheita do material genético para análise, e, posteriormente, como se irá comparar com o material encontrado na ocorrência do delito.⁹³

É nos Estados Unidos que se verifica com muita força a função exoneradora do ADN, por força do chamado Innocence Project. Até ao momento, o trabalho do Projeto Inocência levou à libertação de 312 (trezentos e doze) pessoas injustamente condenadas, incluindo 18 (dezoito) que tiveram passagem por um longo período no corredor da morte.⁹⁴

A Comissão Europeia afirmou, a propósito dos testes de alcoolemia para efeitos de averiguação da taxa de álcool no sangue, que a possibilidade oferecida ao arguido de fazer a prova de um elemento suscetível de o exonerar da responsabilidade criminal não equivale a nenhuma presunção de culpa, atentatória da presunção de inocência.⁹⁵

3.3.2 Previsão legal do exame de ADN e o banco de dados genéticos em diversos países⁹⁶

O exame de ADN mostra-se como uma das formas mais seguras e confiáveis de identificar um indivíduo, sendo em alguns casos o único meio de identificação. Vários países — como a Alemanha, Portugal, a Argentina, a Itália e a Espanha — possuem legislações que regulamentam o exame pericial de ADN.⁹⁷

⁹² R. V. Silva, “Princípio da Legalidade, Direitos Fundamentais e Máxima da Proporcionalidade: Análise da obrigatoriedade de submissão ao exame de DNA no ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro”, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Administração da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013, p. 155.

⁹³ Fábio Correia Matos, “Provas Invasivas e a Análise pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Debates com Professores”, disponível em: <http://www.debatecomprofessores.com/2011/09/provas-invasivas-e-analise-pelo.html> (acedido em 01/03/2016).

⁹⁴ Disponível em www.innocenceproject.org (acedido em: 15/04/2014).

⁹⁵ Vera Lúcia Raposo, *Vida num Código de Barras*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, p. 960.

⁹⁶ “Em inquéritos e investigações, as partes contratantes são obrigadas a consentir o acesso aos dados de identificação contidos nos seus arquivos, dando-se-lhes o poder de efectuar consultas automatizadas mediante comparação de perfis de ADN.” [tradução nossa]. Cfr. Maria Corasaniti, “La Banca Dati del DNA: Primi Aspetti Problematici Dell’attuazione del Trattato di Prum”, in *Il Diritto Dell’informazione e Dell’informatica*, Roma, 2009, p. 452.

⁹⁷ Priscila Cavalcante de Souza, “Aplicação do ADN na Identificação Humana em Investigações Criminais”, Monografia (Bacharel em Direito), Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2011, p. 45.

A Lei 12.654, de 2012, criou uma nova modalidade para a realidade brasileira, introduzindo mais uma forma de identificação criminal, em casos de suma importância para a investigação policial.

Muito embora reste apresentado documento de identificação, o art.º 3º, inciso IV, da Lei 12.037/2009 (introdução através da Lei 12.654/2012), abriu margem para a colheita de material biológico para fins de identificação criminal, através de despacho da autoridade judiciária e de acordo com a sua imprescindibilidade na investigação.⁹⁸

Portanto, nasce no Brasil através da Lei 12.654/2012, o Banco de Dados Genéticos, para os crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, como efeito de condenação penal.

Uma base de dados genéticos tem como principal objetivo a identificação de indivíduos através dos seus respectivos perfis genéticos. Trata-se de um conjunto complexo de aplicações de dados em diversas investigações. Com respaldo nesses dados, podem analisar-se os vestígios deixados numa cena de crime e concluir se estes são idênticos ou não a um perfil genético armazenado na base. Desta forma, a base possibilita de forma rápida e eficaz a análise e a comparação e, eventualmente, a identificação de perfis genéticos.⁹⁹

Entre as possibilidades das naturezas das amostras de material genético armazenado numa base de ADN temos como principais:

- a) Perfis genéticos obtidos em locais de crimes;
- b) Perfis genéticos obtidos no decorrer do andamento de uma investigação criminal;
- c) Perfis genéticos obtidos pelo serviço de investigação criminal durante um inquérito criminal no processo de seleção primária;
- d) Perfis genéticos obtidos pelo serviço de investigação criminal no inquérito durante o processo de seleção secundária;
- e) Perfis genéticos de criminosos condenados a penas de prisão efetiva;
- f) Perfis genéticos de vítimas;
- g) Perfis genéticos de pessoas que cometeram suicídio;

⁹⁸ “Art.º 3.º – Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: V – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; [...]”

⁹⁹ Helena Moniz, “Os Problemas Jurídico-penais...”.

- h) Perfis genéticos de pessoas vítimas de catástrofes ou de guerras;
- i) Perfis genéticos de pessoas parentes de pessoas desaparecidas;

Percebe-se que são diversas as possibilidades das naturezas das amostras coletadas.¹⁰⁰

No Brasil, a Lei Federal n.º 12.654/12, além de autorizar a identificação criminal através de material genético, também prescreve que existam bancos de dados em unidades estaduais, distritais e federais, com amostras dos materiais genéticos coligidos relativos a infratores, para assim se facilitar e otimizar a identificação dos criminosos quando esta se fizer necessária.¹⁰¹

Nos Estados Unidos, este tipo de banco de dados armazenando material genético de criminosos ou de suspeitos existe desde 1994, após autorização pela Lei de Identificação de ADN de 1994 (*DNA Identification Act of 1994*), vindo a ser o primeiro banco dados dessa categoria a nível nacional, presente na maioria dos 50 estados do país.¹⁰²

Desde a criação do banco de dados naquele país, emergiram diversas discussões acerca do uso e do armazenamento de materiais genéticos dos cidadãos norte-americanos. A investigação criminal com base no ADN naquele país tem sido eficaz no aspeto de reduzir os riscos de falsas acusações e da punição de cidadãos inocentes. No entanto, esta prática tem sido questionada, por ser vista como uma violação das liberdades e dos direitos civis, tão defendidos pelo direito estadunidense. Alguns defendem que o uso e armazenamento de ADN em bancos de dados faz com que o poder do Estado cresça de maneira demasiada, podendo representar uma ameaça.¹⁰³

Nos Estados Unidos da América, o Ndis (*National DNA Index System*) é o banco de dados que armazena as bases de ADN de indivíduos. Este banco de dados é coordenado pelo FBI e armazena mais de 3 (três) milhões de amostras de material genético, referentes a criminosos que praticaram crimes violentos e sexuais.¹⁰⁴

¹⁰⁰ *Idem.*

¹⁰¹ Neide Maria de Oliveira Godinho, “Banco de Dados...”, pp. 20-30.

¹⁰² Raimundo de Albuquerque Gomes, Rozinara Barreto Alves, “Lei n.º 12.654/2012 e a Identificação Criminal por ‘DNA’”, in *Revista Âmbito Jurídico*, vol. 16, n.º 118, 2013, p. 1. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13863&revista_caderno=3 (acedido em 08/09/2015).

¹⁰³ Paul M. Monteleoni, “DNA Databases, Universality, and the Fourth Amendment”, in *New York University Law Review*, vol. 82, n.º 209, 2007, pp. 247-280.

¹⁰⁴ Maria Corasaniti, “La Banca Dati del DNA: Primi aspetti problematici dell’attuazione del trattato di prum”, in *Il Diritto dell’Informazione e dell’Informatica*, n.º 3, 2009, pp. 437-463.

No entanto, por aquele país ser uma confederação, os Estados possuem maior autonomia, existindo, assim, Estados que fazem o uso judicial de exames de ADN; Estados que, além do uso, possuem bancos de armazenamento de amostras do material genético; e outros Estados há que não utilizam o exame judicialmente nem armazenam as amostras genéticas. Sete Estados dos EUA não possuem regulamentação legislativa sobre o teste de ADN pós-condenação judicial.¹⁰⁵

Na União Europeia, vários países — Áustria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Estónia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Polónia, Suécia e Suíça — fazem o uso de exames de ADN no trâmite de processos penais.¹⁰⁶

Outros países europeus com vasto armazenamento de material genético são o Reino Unido e a Espanha. O United Kingdom National DNA Database (NDNAD), ou Base Nacional de Dados de ADN do Reino Unido, possuía em 2005 mais de um milhão de perfis genéticos, e, a cada mês, 30 mil amostras eram recolhidas de suspeitos ou retiradas de locais de crime e adicionadas ao banco de dados somente naquele ano. O programa FENIX, em Espanha, além de usar o material genético recolhido e armazenado para investigações criminais, também o usa para os casos de desaparecimento.¹⁰⁷

Em Portugal, a Lei n.º 5/2008 aprovou a criação de uma base de dados com perfis de ADN, para fins de identificação civil e criminal. Esta lei tem gerado discordâncias, pois o seu fim tanto serve a identificação civil como a criminal, o que não foi interpretado com bons olhos pela imprensa e por muitos cidadãos, uma vez que eles se viam, de certa forma, na mesma situação de um criminoso. No entanto, esta lei previa que fosse encaminhado para a base de dados apenas o material genético de criminosos condenados.¹⁰⁸

O ministro da justiça português, que foi um dos expoentes e defensores da lei, esclareceu que as amostras armazenadas e recolhidas teriam como finalidade a identificação de pessoas desaparecidas, de criminosos e de vítimas de catástrofes

¹⁰⁵ Brandon L. Garret, “*Claiming Innocence*”, in *Minnesota Law Review*, vol. 92, n.º 6, 2008, pp. 1670-1685.

¹⁰⁶ Filipe Martins, “Lei 12.654/2012: A Identificação Criminal Por Perfil Genético No Brasil”, in *JusBrasil*, 2014. Disponível em: <http://lipezmartins.jusbrasil.com.br/artigos/121943801/lei-12654-12-a-identificacao-criminal-por-perfil-genetico-no-brasil> (acedido em 08/09/2015).

¹⁰⁷ Raimundo de Albuquerque Gomes, Rozinara Barreto Alves, “Lei n.º 12.654/2012...”, p. 01.

¹⁰⁸ Helena Moniz, “A Base de Dados de Perfis de ADN para Fins de Identificação Civil e Criminal e a Cooperação Transfronteiras em Matéria de Transferência de Perfis de ADN”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 120, Lisboa, 2009, pp. 145-156.

naturais. Defendeu ainda que a necessidade da aprovação da lei também esteve na necessidade de modernização do sistema criminal português no que dizia respeito à identificação criminal. Ainda de acordo com ele, esta lei tornaria o sistema mais eficaz.¹⁰⁹

O direito que mais entrou em conflito com a lei da criação da base de armazenamento de perfis genéticos foi o direito à autodeterminação. Este direito diz respeito a todos os cidadãos terem acesso a todos os dados que lhes digam respeito, incluindo os dados informacionais, os manuais e os genéticos.¹¹⁰

Com isto, pode concluir-se que a forma mais viável para a criação de uma base de armazenamento de perfis genéticos, no tocante à legislação portuguesa, seria o armazenamento apenas do material genético de criminosos já condenados, e com a autorização dos mesmos. Desta forma, não se infringiria qualquer princípio constitucional, e nenhuma lei.¹¹¹

Países como o Reino Unido e os Estados Unidos da América mostram-se como os países com serviços mais avançados em relação ao armazenamento de amostras genéticas em bases de dados de ADN. Foram os primeiros países a criar bancos de dados com ADN de criminosos, e, até hoje, são os que mais praticam o armazenamento de material genético. Já países como Portugal têm avançado nos últimos anos; no entanto, ainda é encontrada muita dificuldade, dados os conflitos com a legislação a aplicar.¹¹²

No caso dos Estados Unidos da América, a legislação em vigor é muito mais abrangente, pois a base de armazenamento nacional de ADN armazena amostras de indivíduos condenados pela justiça, criminosos ainda não condenados, suspeitos de terem cometido algum crime e ainda pessoas que cedem voluntariamente amostras de material genético seu.¹¹³

A justiça penal norte-americana, no ano de 2003, ainda atribuiu às polícias o poder de recolher amostras de material genético contendo ADN de qualquer indivíduo preso, não sendo necessário qualquer tipo de autorização para tal. Desta forma, o Estado

¹⁰⁹ David Freitas, *DNA e a Investigação Criminal*, Diário de Bordo, Lisboa, 2014.

¹¹⁰ Helena Moniz, “Os Problemas Jurídico-penais...”

¹¹¹ *Idem*.

¹¹² Helena Machado, Susana Costa, “Biolegalidade, Imaginário Forense e Investigação Criminal”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 97, Junho de 2012, pp. 61-84.

¹¹³ Amanda Cooper, Lucy Mason, *Forensic Resources and Criminal Investigations*, Handbook of Forensic Science, ed. Willian Publishing, London and New York, 2009.

possui muito mais informações referentes aos cidadãos do que em relação a outras legislações, como a portuguesa.¹¹⁴

A legislação norte-americana é tão extensiva no âmbito das permissões investigativas, e permite tanta autonomia aos agentes policiais, que estes podem retirar amostras de cabelos e de pelos (com exceção dos pelos púbicos) ou de saliva dos indivíduos prescritos como criminosos ou tidos como suspeitos, e até sem o consentimento destes, pois, para a legislação daquele país, tal não fere a intimidade dos indivíduos e não lhes causa ferimentos físicos. Após os atentados de 11 de setembro de 2001, a justiça criminal estadunidense tirou a obrigação da polícia de descartar as amostras de ADN armazenadas posteriormente ao final da investigação em que o sujeito tinha estado envolvido.¹¹⁵

As principais diferenças apontadas entre os sistemas criminais referentes às bases de dados de DNA do Reino Unido e dos Estados Unidos da América, comparados com os de Portugal, são: a existência de bases de dados extensas, que armazenam milhões de perfis genéticos; amplos poderes atribuídos às polícias, no que diz respeito à recolha do material genético; recursos materiais e científicos que providenciam os artefactos, assim como a prática e as orientações técnicas no sentido da recolha adequada de material genético, e, ainda, culturas organizacionais que estabelecem com clareza os princípios, rotinas e ações práticas em relação aos procedimentos de investigação criminal. Com isto, percebe-se que em países como os Estados Unidos e o Reino Unido, os procedimentos são menos burocráticos e a polícia possui uma autonomia maior, o que beneficia tanto os profissionais como a população em geral.¹¹⁶

Um exemplo prático desta citada burocracia no sistema de investigação portuguesa está no facto de que, enquanto países como o Reino Unido conferem à polícia poder para colher amostras de material biológico de qualquer criminoso detido, para se obter e armazenar o seu perfil genético através do ADN, em Portugal apenas podem ser recolhidas amostras de material genético de criminosos condenados por crimes dolosos, com pena mínima prevista de três anos e ainda com o despacho do juiz autorizando o processo de obtenção e armazenamento do perfil genético. Ou seja, no caso português, o procedimento torna-se muito mais burocrático, e esta grande diferença

¹¹⁴ *Idem.*

¹¹⁵ Bob Bramley, *DNA Databases*, Handbook of Forensic Science, Willian Publishing, London and New York, 2009.

¹¹⁶ Helena Machado, Susana Costa, “Biolegalidade...”, pp. 61-84.

de autonomia da polícia pode fazer com que erroneamente muitas pessoas tenham uma visão de que a polícia portuguesa é ineficaz no seu trabalho.¹¹⁷

O Reino Unido foi um dos pioneiros na criação de bases de armazenamento de ADN, sendo a sua base de dados de ADN a maior do mundo, e, até hoje, a legislação vigente no Reino Unido é a mais abrangente e a que possibilita mais autonomia às polícias e aos serviços de investigação criminal. Além da Inglaterra, a Escócia e a Irlanda do Norte possuem bases de ADN integradas.¹¹⁸

No ano de 2008, a base nacional de ADN do Reino Unido armazenava quase 5 (cinco) milhões de amostras de ADN, número que representa cerca de 7% da população. Eram ainda armazenadas quase meio milhão de amostras de perfis de pessoas que não haviam cometido crimes. A população da Escócia era, em 2008, de cerca de 5 (cinco) milhões de pessoas e a sua base de ADN possuía 230 mil perfis genéticos, ou seja, em termos quantitativos, um número significativo de amostras armazenadas.¹¹⁹

No ano de 2001, a Comissão Europeia determinou que todos os países membros da União Europeia possuíssem bancos de armazenamento de ADN, para uso em investigações criminais. Assim, vários países tiveram de modificar a sua legislação e desenvolver bancos de armazenamento de ADN no seu território.¹²⁰

Um dos obstáculos enfrentados para a efetivação desta lei e a efetividade de bases de dados amplas nacionais no Brasil é a complexidade envolvida nos exames de ADN utilizados, por exemplo, em testes de paternidade, que possuem um grau muito menor que testes de análise de ADN para fins de investigação criminal. Além da complexidade metodológica, também é necessária uma mão de obra altamente especializada, incluindo técnicos com formação de alto nível, profissionais pós-graduados em biologia molecular, genética ou biotecnologia.¹²¹

Estudos apontam que o Brasil é um dos países com os maiores índices anuais de homicídios: em média 26,4 homicídios por cem mil habitantes. O que agrava o problema é a impunidade, uma vez que menos de 10% dos crimes tem uma investigação eficiente que leva à identificação do criminoso, e poucos são presos. Uma das principais causas desta ineficiência na investigação é a falta de provas concretas e materiais. A Lei 12.654/2012 foi projetada e sancionada como forma de tentar diminuir o número de

¹¹⁷ *Idem, ibidem.*

¹¹⁸ Bob Bramley, *DNA Databases*, Handbook of Forensic Science, Willian Publishing, London and New York, 2009.

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ Bob Bramley, *DNA Databases...*

¹²¹ Luiz Carlos Garcez Novaes, “A Identificação Humana...”, pp. 238-251.

homicídios e propiciar mais amparo aos peritos, aos investigadores e ao aparelho judiciário, fazendo com que a eficiência da justiça e a eficiência investigativa aumentem, diminuindo assim a impunidade junto de quem comete crimes.¹²²

Esta lei ainda recente traz consigo muitas discussões a respeito da violação de direitos fundamentais, como o direito à privacidade, e de princípios como o *Nemo tenetur se detegere* (princípio da não autoincriminação) e o do direito ao silêncio.

Como lembra a perita criminal CECILIA HELENA FRICKE MATTE, esta lei é essencial para o trabalho dos peritos, uma vez que com ela se pode aumentar o número de amostras disponíveis, aumentando-se, assim, o grau de eficácia da perícia. Matte ainda lembra que, no Brasil, as amostras de material genético só ligam o ADN ao número correspondente do processo em tramitação referente àquela pessoa, não fazendo qualquer ligação a fotografias ou a dados pessoais, como acontece em filmes, e que acabam por confundir muitas pessoas.¹²³

É recorrente, no Brasil, criminosos que fazem o uso de documentos falsos, burlando o sistema criminal de forma direta e indireta. Muitas vezes, quando tal acontece, a culpa recai sobre a pessoa correspondente ao documento, que não tem nada que ver com o crime cometido. Com a Lei 12.654/2012, esta prática passa a ser mais combatida, já que o ADN não é um documento físico, mas sim material genético único, de cada pessoa, não podendo, assim, ser falsificado como se fosse um CPF ou RG.¹²⁴

3.3.3. Relevância da obtenção de prova desta natureza para fins de identificação criminal¹²⁵

A Constituição Federal prega, no seu art.º 5.º, o rol de direitos fundamentais da pessoa humana, expondo os princípios fundamentais não apenas referentes ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal. No inciso LVIII do citado artigo, existe a previsão de que o cidadão civilmente identificado não será submetido a identificação criminal,

¹²² Filipe Martins, “Lei 12.654/2012: A Identificação...”, p. 1.

¹²³ Raimundo de Albuquerque Gomes, Rozinara Barreto Alves, “Lei n.º 12.654/2012...”, p. 1.

¹²⁴ Tarcísio dos Santos Figueiredo, “A Lei 12.654/2012 – Implicações Constitucionais”, in *Escola de Magistratura do Estado do Rio De Janeiro*, 2014. Disponível em: http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_2014/TarcisiodosSantosFigueiredo.pdf (acedido em 08/09/2015).

¹²⁵ “e) Além disso, a admissibilidade de medidas que servem a identificação é acentuada em 163b § I, 3, que rege a verificação da identidade dos suspeitos na prática de ato pela acusação e policiais (cf. *supra* § 31, A, I, 3, B)” [tradução nossa]. Cfr. Claus Roxin, *Derecho Procesual Penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 294.

exceto em hipóteses citadas em sede legal. Desta maneira, a Constituição prevê duas maneiras de identificação: a civil e a criminal.

A *identificação civil* é realizada meramente mediante de documento pessoal do cidadão, como a carteira de identidade, a carta de condução, o passaporte ou qualquer documento público que permita a identificação do indivíduo. Já a *identificação criminal* compreende o processo datiloscópico e fotográfico.¹²⁶

Embora a relevância probatória jurídica do corpo não seja exclusiva do direito penal, o corpo de um agente criminoso sempre despertou interesse das instâncias estatais punitivas. Assim, o Estado, muitas vezes de forma coercitiva, pode, através do seu poder, levar a violações corporais para obter evidências de determinado processo.¹²⁷

O art.º 3.º da Lei 12.037/09 traz as hipóteses em que, mesmo feita a identificação civil, se pode consumir a identificação criminal. A identificação criminal, assim como a realização de exames de ADN para a formação de um banco de dados genéticos no âmbito do Processo Penal, motiva profundo debate mediático e também é causa bastante polêmica entre os estudiosos do Direito.¹²⁸

Assinalar criminalmente o ser humano já é uma medida excepcional e de enorme prejuízo, seja no âmbito individual, seja perante a sociedade. Com maior razão, a finalidade de traçar um perfil genético de indivíduos que cometem um qualquer tipo de crime potencia os efeitos negativos oriundos da referida identificação. A causa ganhou ainda mais repercussão com a aprovação da Lei n.º 12 654/12, que altera a Lei 12.037/09 e a Lei n.º 7210/84, e prevê a colheita de perfil genético como maneira de identificação criminal.¹²⁹

A lei 9454/97 afirma que todo o indivíduo deverá ser identificado através de documentação pessoal, em todas as suas relações com a sociedade. A identificação pode ser documental, médica, ou até, no caso de indivíduos falecidos, médico-legal e pericial, podendo fazer-se uso do ADN como prova judicial, obtendo-se a possibilidade de se chegar mais próximo da verdade factual sobre determinado crime ocorrido.¹³⁰

¹²⁶ Gustavo Lázaro Pereira, “A Identificação Criminal em face da Nova Lei 12.654/12: Breves apontamentos”, in *Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito*, Ano I, n.º 2, São José do Rio Preto-SP, julho de 2012, p. 3.

¹²⁷ Jorge dos Reis Bravo, “Intervenções Corporais Probatórias e Direitos Fundamentais: Compatibilidade e limites”, in *Revista Faculdade de Direito*, vol. 1, n.º 1, Porto, 2012, pp. 1-20.

¹²⁸ Gustavo Lázaro Pereira, *op. cit.*, p. 4.

¹²⁹ Gustavo Lázaro Pereira, “A Identificação Criminal...”, p. 4

¹³⁰ Priscila Cavalcante de Souza, “Aplicação do DNA na Identificação Humana em Investigações Criminais”, 2011, p. 42. Monografia (Especialização) – Curso de Direito, Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2011.

A admissibilidade de recursos judiciais sob a forma de prova a partir de amostras de ADN, assim como a constituição de bases de perfis, tem gerado diversos debates, tanto do ponto de vista político como do ponto de vista jurídico-constitucional, no que diz respeito, principalmente, ao desrespeito pelos direitos fundamentais, como a privacidade, a intimidade, a integridade pessoal e a autodeterminação informacional dos indivíduos.¹³¹

Em Portugal, através da Lei n.º 5/2008, foi prevista a criação de um banco de dados armazenando amostras genéticas não apenas dos criminosos portugueses, mas de toda a população civil. Esta lei foi confrontada de diversas maneiras, sendo vista como um abuso de poder pelo Estado. O argumento utilizado como justificação do governo foi que as amostras genéticas serviriam para a identificação de corpos num eventual desastre ambiental ou catástrofe natural. Esta justificação não foi bem recebida pelos Portugueses, sendo considerada uma falsa justificação, uma maneira de encobrir as reais intenções do governo.¹³²

No dia 2 de maio de 2012, a Câmara de Deputados do Brasil concedeu aprovação final e encaminhou para sanção presidencial em Brasília a proposta legislativa de criação do banco de perfis de ADN para delitos de natureza violenta. Entre outros itens, a Lei 12.654/12 prega que os criminosos condenados por crimes praticados dolosamente, com violência tida como grave contra ser humano, ou por qualquer dos crimes hediondos, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, através da extração de ADN (técnica adequada e indolor), com a identificação do material genético, sendo armazenada num banco de dados sigiloso.¹³³

A realização do exame de ADN com a finalidade de servir de prova no processo penal soma-se às outras evidências requeridas com a finalidade do deslinde processual. Entretanto, em alguns casos do exame pericial, o ADN é o único elemento acessível para o desfecho da divergência, sem o qual se torna impossível chegar a uma solução. Fica evidenciada, desta maneira, a sua perfeita aplicação ao ser usado nas investigações criminais, ficando no conhecimento e no manuseio de modernas tecnologias como um elemento de alto poder de individualização do indivíduo.¹³⁴

¹³¹ Jorge dos Reis Bravo, “Perfis de ADN de Arguidos Condenados (O art.º 8.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 5/2008)”;

in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 20, n.º 1, Editora Coimbra, Coimbra, 2010, pp. 97-126

¹³² *Idem, ibidem.*

¹³³ Cláudia Fonseca, *Mediações, Tipos e Figurações: Reflexões em torno do uso da tecnologia DNA para identificação criminal*, Anuário Antropológico/2012-I, 2013, pp. 9-33.

¹³⁴ Priscila Cavalcante de Souza, “Aplicação do DNA...”, p. 10.

O exame de ADN apresenta confiabilidade, sendo uma das maneiras mais seguras e eficazes de desvendar crimes, constituindo-se como elemento permissivo de inserção, tanto quanto qualquer outra prova legal no processo. Em certas infrações, o teste de ADN proporciona a descoberta da autoria ou a identificação de suspeitos que tenham deixado vestígios. Com sucesso, realiza-se o exame biológico de fragmentos materiais, com elevado índice de acerto e aprimorado pelos avanços técnico-científicos, que vêm confirmando a sua ampla efetividade na solução de crimes e na identificação dos seus autores.¹³⁵

O recurso ao uso do ADN para identificação ou armazenamento de dados genéticos com objetivos de persecução criminal, justamente com o argumento do êxito dos avanços técnico-científicos nesta área, tem encontrado espaço em vários países, que inclusive travam debates jurídico-constitucionais a este respeito, dispondo de legislação já consolidada.¹³⁶

As fontes de material genético podem variar desde a coleta de sangue até ao suor, à urina, ao vômito, à saliva, às lágrimas, às fezes ou à cera dos ouvidos. Entretanto, nem todas estas substâncias do corpo fornecem amostras ideais, uma vez que podem trazer consigo fragmentos de tecido humano e, este sim, possui material genético nas suas células, com exceção das hemácias, que não possuem núcleo com ADN. Roupas sujas, por exemplo, pode vir a apontar vestígios de sangue, de sémen ou de suor. O apoio para o nariz ou as hastes dos óculos podem conter células da pele ou de suor e, por fim, uma bala que atravessa um corpo pode carregar tecido.¹³⁷

A identificação realizada através do exame de ADN produz a ilusão da certeza, a total exclusão da dúvida e a percepção da infalibilidade da tecnologia, diminuindo as possíveis irresoluções e quase eliminando as possibilidades de dúvida e as incertezas, constituindo-se como elementos primordiais que dão sustento ao chamado “imaginário forense”, que está ligado à construção de bases de dados de perfis de ADN. Tal imaginário forense gira em torno de duas ideias centrais:

¹³⁵ *Idem*, p. 12.

¹³⁶ Carolina Grant, “Limites e Possibilidades Constitucionais à Criação do Banco de Perfis Genéticos para Fins de Investigação Criminal no Brasil”, in *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, vol. 3, n.º 5, jul./dez., 2011, pp. 329-359.

¹³⁷ Pablo Nogueira, “DNA Verde e Amarelo”, 2010. Disponível em: <http://www.unesp.br/aci/revista/ed14/detetives-de-dna> (acedido em 03/09/2015).

- A biologia e a genética são ciências que conseguem identificar com eficiência os seres humanos, tornando-se centrais nas práticas de análise de crimes – são a chamada bioidentificação;
- O crescente emprego de perfis de ADN tende a melhorar a eficácia da investigação criminal, prevenindo e diminuindo, dessa maneira, a criminalidade.¹³⁸

O imaginário forense que normalmente defende a infalibilidade e a eficácia das investigações de crimes que utilizam o ADN sustenta-se em práticas culturais judiciárias criminais de países que, além de terem expandido amplamente as suas bases de dados de ADN, também concedem mais autonomia e mais poder à polícia encarregada das investigações criminais, no que diz respeito, principalmente, aos processos de recolha de amostras de material genético, à análise e, ainda, ao posterior acesso a informações provenientes das mesmas.¹³⁹

Segundo FIDALGO (2006, p. 120 *apud* GRANT, 2011, p. 348), os exames de ADN não operam com certezas absolutas, mas sim com probabilidades, não devendo ser, dessa maneira, interpretados como prova soberana, mas como mais um meio probatório, nitidamente subsidiário, em decorrência da sua afetação aos direitos e garantias individuais. Uma das finalidades do processo penal é a realização da justiça e a descoberta da verdade material; outro objetivo do processo penal é a proteção dos direitos fundamentais do ser humano perante o Estado, o que impõe que a verdade que se busca seja uma verdade processualmente válida.¹⁴⁰

As identidades suspeitas têm origem, em grande número, no uso das bases de dados com informação genética que, cada vez mais, são utilizadas na investigação criminal. O trabalho policial de investigação criminal e a criação e expansão da base de dados genéticos com objetivos forenses permeiam uma rede sociotécnica que entrelaça a ciência forense com políticas de governo estatal, leis e práticas de investigação criminal, alimentando imaginários culturais que conjugam, ao mesmo tempo, a convicção na infalibilidade da identificação de criminosos pela tecnologia do ADN com a promessa do combate eficiente ao crime e à insegurança. Trata-se de uma coprodução da justiça criminal e da tecnociência, uma espécie de idioma que gera centros de cálculo

¹³⁸ Helena Machado, Susana Costa, “Biolegalidade...”, pp. 61-84.

¹³⁹ *Idem, ibidem.*

¹⁴⁰ Carolina Grant, “Limites e Possibilidades...”, pp. 329-359.

com efeitos tanto nas práticas dos atores do sistema de justiça (polícias, peritos forenses e tribunais), como na governabilidade dos corpos e nas identidades daqueles que são objeto de captura, classificação, armazenamento e gestão de informação.¹⁴¹

Historicamente, o primeiro caso de identificação através de exame de ADN aconteceu numa pequena aldeia de Inglaterra, no ano de 1983. Depois de o corpo de uma jovem de 15 anos ter sido encontrado, a polícia concluiu que havia sido violada e posteriormente assassinada. Desta maneira, a polícia colheu amostras do sémen deixado no corpo da rapariga pelo violador. Especialistas em análises químicas afirmaram na época que o assassino produzia sémen com uma enzima especial; só 10% dos homens o fazem. Sem mais provas e pistas, o caso ficou em aberto. Três anos mais tarde, em 1986, a polícia encontrou o corpo de outra jovem também de 15 anos, nos arredores da mesma aldeia do primeiro caso, e também realizou o exame através da recolha de vestígios de sémen. Um homem chamado Richard Buckland confessou os dois crimes e foi preso.¹⁴²

Entretanto, um ano antes, em 1985, um médico chamado Alec Jeffreys havia publicado um artigo no qual tratava certas regiões do ADN. Jeffreys chamou a essas regiões “minissatélites” e explicou que, através delas, um especialista poderia identificar uma pessoa com praticamente 100% de convicção. O médico realizou exames de ADN com as amostras de sémen dos dois casos e de Richard Buckland, que se havia declarado culpado. Jeffreys chegou à conclusão de que as amostras pertenciam, de facto, ao mesmo homem, mas que esse indivíduo não era Buckland, que entrou para a história como o primeiro inocente a ver-se livre da cadeia por conta de um exame de ADN.¹⁴³

Perante tal cenário, a polícia da região simulou uma campanha de doação de sangue, e o médico pôde analisar o ADN de toda a população masculina local. Mas, ainda segundo Jeffreys, o verdadeiro culpado não havia sido encontrado, o que deixava o caso ainda em aberto. Até que, em 1988, uma mulher contou à polícia que havia escutado, de maneira informal, uma conversa na qual um funcionário de uma padaria confessara que havia doado sangue em vez de um colega chamado Colin Pitchfork.

¹⁴¹ Helena Machado, Susana Costa, “Tecnologia de DNA e os Suspeitos e ‘Criminosos’ Genéticos”, in Simpósio Nacional de Tecnologia e Sociedade, maio de 2011, Curitiba; *Anais...*, Curitiba: 2011, pp. 01-14. Disponível em: <http://www.esocite.org.br/eventos/tecsoc2011/cd-anais/arquivos/pdfs/artigos/gt004-tecnologiade.pdf> (acedido em 04/09/2015).

¹⁴² Brasil, “A Lenda do Teste Infalível”, in *Revista Cálculo*, 2013. Disponível em: <http://www.revistacalculo.com.br/a-lenda-do-teste-infalivel/> (acedido em 08/09/2015).

¹⁴³ Brasil, “A Lenda...”

Assim, as autoridades locais foram atrás de Colin, que foi obrigado a fornecer o seu sangue para a realização do exame. Os resultados apontaram que o violador e Colin eram o mesmo indivíduo. Colin confessou os crimes, e entrou para a história como o primeiro homem a ser condenado por causa de um exame de ADN.¹⁴⁴

Após este famoso caso inglês que inocentou Buckland e incriminou Pitchfork, os exames e testes de ADN passaram a ser usados como provas judiciais de maneira muito frequente em tribunais de todo o mundo, por conta da sua credibilidade e confiabilidade científicas. Além disso, o uso de exames e de testes de ADN judicialmente pode trazer vantagens, como a da exclusão de indivíduos de listas de suspeitos, o relacionar de indivíduos com a cena de crimes, podendo torná-los suspeitos, e tudo isto torna os processos judiciais penais e cíveis mais rápidos. Estes fatores trazem economia de recursos financeiros e tornam a justiça mais barata e mais célere. Assim, a partir da citada Lei 12.654, de 2012, que cria bancos de dados de materiais genéticos coligidos junto de infratores, a tendência é que os processos penais passem a ser mais agilizados.¹⁴⁵

A palavra prova vem do termo latino *probatio*, derivado do verbo *probare*, que significa demonstrar, persuadir, examinar. Assim, neste sentido, prova é algo que traz à luz algo que comprova um facto anterior. As provas não devem ser vistas como um fim em si, mas como um meio, um meio de se levar à maior veracidade, ou a uma veracidade mais profunda do facto, aos envolvidos e principalmente ao juiz, que deve sentenciar a coisa julgada da melhor forma possível.¹⁴⁶

No âmbito judicial, as provas são importantíssimas: são apresentadas pelo acusatório (acusação, na terminologia portuguesa europeia), pelo defensor do réu e pela perícia. Têm como finalidade demonstrar a reconstrução dos factos investigados, buscando a maior veracidade possível, para assim possibilitar ao juiz responsável pelo caso melhores condições de apreciação e melhores condições para dar o veredito final.¹⁴⁷

Visto que as provas têm como objetivo a comprovação da veracidade dos factos investigados, deve analisar todas as coisas que se relacionam com o facto ocorrido, podendo abranger pessoas — como nos casos em que existem testemunhas —,

¹⁴⁴ *Idem.*

¹⁴⁵ André Luís dos Santos Figueiredo, Eduardo Ribeiro Paradela, “Tipagens por DNA: Os Testes são 99,99% Confiáveis?”, in *Âmbito Jurídico*, vol. 9, n. 32, Rio Grande, 2006, p. 1.

¹⁴⁶ Marco Antônio de Barros, Marcos Rafael Pereira Piscino, “DNA e sua Utilização...”.

¹⁴⁷ Priscila Cavalcante de Souza, “Aplicação do DNA na Identificação Humana em Investigações Criminais”. Monografia (Bacharel em Direito), Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2011, p. 45.

documentos, mensagens de correio eletrônico, gravações, imagens, filmagens, e também materiais biológicos e genéticos como o ADN.¹⁴⁸

A principal finalidade do processo é buscar uma decisão justa baseada na veracidade dos factos, ou o mais próxima possível da verdade, o que só se torna possível através da utilização das provas. Quando apenas reduzidas a depoimentos — quando as provas testemunhais ou documentais não são suficientes —, as provas periciais são a melhor alternativa, pois o juiz não detém o conhecimento suficiente para o veredito. Assim, especialistas em perícia ficam responsáveis pela busca de provas materiais que munem o magistrado de informações mais profundas a respeito do crime, possibilitando assim uma sentença mais apropriada ao caso julgado.¹⁴⁹

Quando uma prova apresentada é resultado de intervenção corporal, seja esta invasiva ou não invasiva, o juiz deve examinar e analisar o processo de obtenção dessas provas, para que possa avaliá-las e concluir se são lícitas ou ilícitas, para então poder dar prosseguimento ao processo criminal.¹⁵⁰

Atualmente, graças às descobertas genéticas e à manipulação genética, testes e exames de ADN têm adquirido um carácter quase incontestável, principalmente em se tratando de casos judiciais relacionados com a paternidade de filhos ou com processos penais, como os casos de assassinato e de violência sexual. Um caso brasileiro famoso que tem como prova principal um exame de ADN é o caso do homicídio de Tim Lopes.

O jornalista Tim Lopes estava incumbido de realizar uma reportagem em nome da Rede Globo do Rio de Janeiro, a respeito do abuso sexual de menores e do consumo de drogas em bailes *funk*, que eram promovidos por chefes do tráfico em favelas como a da Vila Cruzeiro, na zona norte da capital carioca. Lopes foi descoberto pelos traficantes, levado por estes até ao topo de uma favela chamada Favela da Grotta, localizada no Complexo de favelas do Alemão; ali, Lopes foi torturado, morto, esquartejado, e os marginais, supostamente comandados por Elias Pereira da Silva, conhecido como “Elias Maluco”, ainda queimaram o corpo lançando-o sobre pneus a arder.

Cerca de dez dias após o crime, a polícia encontrou num cemitério clandestino da região restos de ossos de uma mandíbula humana. Este material foi recolhido e

¹⁴⁸ Elias Silva, “Provas Judiciais: Formas e Aplicabilidade das Provas Judiciais no Processo”, in *DireitoNet*, n.º 1014, 2003. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1014/Provas-Judiciais> (acedido em 11/09/2015).

¹⁴⁹ Margareth Vetis Zaganelli, Natália Bastos Bechepeche Antar, “O Impacto do Exame Pericial de DNA Sobre a Coisa Julgada nas Ações de Investigação de Paternidade”, in *Revista Âmbito Jurídico*, vol. 14, n.º 91, 2011.

¹⁵⁰ Cirlene Luiza Zimmermann, “O Papel dos Municípios para a Melhoria do Meio Ambiente do Trabalho”, in *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n.º 51, 2010, Curitiba, pp. 209-235.

submetido a exame de ADN por investigadores da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); após o teste, foi comprovado que a mandíbula pertencia ao jornalista Tim Lopes. Alguns dias depois, a polícia carioca prende Elias Maluco, o maioral do tráfico daquela região e suposto chefe da execução do homicídio de Tim Lopes.

Neste caso, como em tantos outros, temos explícita a relevância do exame de ADN para a resolução de um crime e para a aplicação da sentença judicial. Percebe-se que, apesar de o exame de ADN não ser uma prova absoluta, é uma prova de altíssima importância, principalmente nos casos em que é a única alternativa de probabilidade judicial.¹⁵¹

Considerando que documentos, imagens, filmagens, gravações de voz e testemunhos podem ser alterados, e que o código genético não, os exames de ADN tornam-se muito mais seguros, desde que realizados de forma adequada. Daí a grande relevância que lhe é dada e o incremento da sua utilização nos direitos civil e penal como meio de prova, visto que a busca pela verdade não permite que parem dúvidas a propósito da identidade, do parentesco ou da identidade da autoria de um crime, fazendo com que o exame de ADN se faça necessário e muito relevante como prova judicial.¹⁵²

Mesmo sabendo-se que o exame de ADN não é absoluto, incontestável, nem isento de erros, uma vez que é realizado por seres humanos, este meio probatório deve ser aceite como os outros tipos de prova, sejam eles testemunhais ou documentais. A inserção do exame de ADN como meio probatório judicial legal tem-se mostrado eficaz, pois, quanto mais completas forem as provas apresentadas, maior é a garantia de convicção do juiz e, assim, maior a garantia de uma sentença justa.¹⁵³

É por isso que o exame de ADN se mostra apto a confirmar ou não com certeza praticamente absoluta a identificação da autoria de crimes de diversa natureza, considerando-se um meio de prova muito eficaz para a descoberta da verdade no âmbito do processo judicial penal, uma vez que não se restringe ao facto de ser uma prova material; mais do que isso, adentra no campo da identificação da autoria do crime, e, assim sendo, também diz respeito ao campo da culpabilidade do autor do crime. Daí a relevância que se dá aos exames de ADN para a investigação, elucidação e probabilidade de diferentes crimes e processos.¹⁵⁴

¹⁵¹ Renata Guerra, “Crime Sem Corpo”, in *Revista Ciência Criminal*, n.º 8, 2007, pp. 22-24.

¹⁵² Marco Antônio de Barros, Marcos Rafael Pereira Piscino, “DNA e sua Utilização...”.

¹⁵³ Priscila Cavalcante de Souza, “Aplicação do DNA...”, p. 45.

¹⁵⁴ Marco Antônio de Barros, Marcos Rafael Pereira Piscino, “DNA e sua Utilização...”

3.3.4. Exame de ADN/DNA e sua confiabilidade

O exame de ADN pode ser usado como prova pericial visando a resolução de crimes, a identificação de criminosos, ou, em processos da área cível, a verificação da paternidade, tendo, assim, grande importância para o Direito, mas não só, uma vez que se vem revendo uma das descobertas que revolucionaram a história recente da Humanidade.¹⁵⁵

Nas cenas de crime, normalmente, quando são encontradas pistas com ADN, o material genético está no sangue tanto na sua forma líquida como sob a forma de manchas; no sêmen, nos casos de crimes sexuais ou que envolvam violência sexual; pelos e cabelos que possuem ADN nas suas raízes; a saliva, que é uma substância que não possui células, mas que normalmente carrega células da cavidade bucal, o que possibilita que se encontre ADN; restos cadavéricos — neste caso, a obtenção e o uso de ADN dependerão da preservação do cadáver, o qual, se não estiver adequadamente preservado, pode impossibilitar o uso do ADN.¹⁵⁶

O ácido desoxirribonucleico (ADN/DNA) é um código genético molecular que contém a individualização do perfil biológico genético de cada ser humano. Foi descoberto na segunda metade do século passado e analisado de forma minuciosa pelo Projeto Genoma Humano, que resultou do empenho científico de vários países para se conseguir a distinção da sequência do genoma humano. A partir daí, os testes de ADN começaram a ser cada vez mais utilizados, e com vários propósitos, alcançando um grau de confiabilidade e precisão da ordem dos 99,99%.¹⁵⁷

A molécula do ácido desoxirribonucleico encontra-se no núcleo de cada célula do nosso corpo. Nela está contida a informação genética necessária para o funcionamento do nosso organismo. Estima-se que em todo o corpo humano haja entre 30 000 a 40 000 genes constituídos de informação genética de ADN.¹⁵⁸

Do ponto de vista químico, o ADN é um grande polímero de unidades simples, monômeros de nucleotídeos. É formado por açúcares e fosfatos intercalados que são unidos por ligações fosfodiéster. Ligada à molécula do açúcar está uma molécula com quatro bases azotadas; a sequência dessas bases ao longo da molécula do ADN

¹⁵⁵ Hamilton de Oliveira Martins Neto, “A Falibilidade do Exame de DNA: Necessidade de revisão da postura dos julgadores nas ações de investigação de paternidade”, in *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, n.º 4, Campos dos Goytacazes-RJ, 2004, pp. 583-608.

¹⁵⁶ M. Fátima Pinheiro, “Contribuição do Estudo do DNA na Resolução de Casos Criminais”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 74, cidade, 1998, pp. 145-153.

¹⁵⁷ Raimundo de Albuquerque Gomes, Rozinara Barreto Alves, “Lei n.º 12.654/2012...”

¹⁵⁸ Susana Álvarez de Neyra Kappler, *La Prueba de ADN em el proceso penal*, Editorial Comares, Granada, 2008.

armazena as informações genéticas, e a leitura dessa sequência é realizada através do código genético por ela apresentado.¹⁵⁹

O ácido desoxirribonucleico é encontrado no núcleo das células, com exceção das células nucleadas, das hemácias e das mitocôndrias. O ADN forma-se a partir de duas cadeias de polinucleotídeos, compostas por um açúcar, um agrupamento de fosfato e uma base nitrogenada que possui 4 (quatro) tipos: a adenina, a guanina, a citosina e a timina, que formam as cadeias que são unidas de forma espiral transversalmente. Com exceção dos gémeos idênticos, ou gémeos monozigóticos, todas as outras pessoas possuem um ADN bastante distinto das outras.¹⁶⁰

O código de ADN determina, entre outras coisas, a nossa herança genética, sendo esta responsável pelas nossas características físicas, como a cor dos olhos, a cor dos cabelos, e estatura, o tipo de cabelo, entre muitas outras características.¹⁶¹

O genoma humano, ou seja, toda a informação genética que possuímos, é composto por aproximadamente três mil milhões de estruturas de ADN — tanto o ADN codificante como o não codificante. Cerca de 90% destas estruturas de ADN são do tipo não codificante, o tipo de ADN que é relevante para uso judicial criminalístico e que tem como único papel regular o funcionamento dos genes.¹⁶²

O ADN utilizado para análise em processos de investigação é o ADN não codificante, ou seja, que não possui proteínas, conhecido popularmente como “ADN inútil”, pois não possui nenhuma outra função que não a de regular o funcionamento dos genes. E é justamente este ADN que apresenta grande variabilidade, tanto que não há duas pessoas com a mesma sequência genética, ou o mesmo perfil genético.¹⁶³

Qualquer exame ou teste realizado em laboratório, como o feito à urina, às fezes ou outros de qualquer natureza, são passíveis de erro, pois são realizados por homens, e possuem diversas etapas, como a da colheita da amostra, o acondicionamento, o transporte, o armazenamento, a manipulação e a realização do exame em si, etc. O erro ou a falha podem ocorrer em qualquer uma das etapas do processo, por diversos motivos, sejam eles humanos, mecânicos ou outros. Assim, a ideia que muitas vezes se

¹⁵⁹ Paulo Filipe Horta Peres, “Recolha Compulsiva de Material Biológico para Análise de Perfis de DNA em Investigação Criminal: Auto-inculpação versus segurança comunitária”. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Lusíada de Lisboa, Lisboa, 2012, p. 174.

¹⁶⁰ André Luís dos Santos Figueiredo, Eduardo Ribeiro Paradela, “Tipagens por DNA...”

¹⁶¹ Sónia Fidalgo, “Determinação do Perfil...”

¹⁶² Jorge dos Reis Bravo, “Perfis de ADN de Arguidos...”, pp. 97-126.

¹⁶³ Sónia Fidalgo, “Determinação do Perfil...”

tem de que um exame realizado em laboratório tem o seu resultado como uma verdade absoluta, é imediatamente quebrada.¹⁶⁴

O ADN não codificante, ou seja, o utilizado nas investigações criminais e que tem como função única regular a atividade dos genes, não nos dá hoje nenhuma informação a mais que não o perfil genético. No entanto, no futuro, podemos descobrir outras atribuições deste ADN. Por outro lado, os seus aspetos positivos, como a celeridade e a confiabilidade, dão-nos a convicção de que ainda é o meio mais seguro no sentido da obtenção de respostas no âmbito da identificação biológica de uma pessoa.¹⁶⁵

A confiabilidade do exame de ADN também é discutida. NETO (2004) lembra que, para se atingir o índice de confiabilidade de 99,99% — que é o índice esperado pelos padrões internacionais —, é indispensável que o exame seja realizado dentro dos parâmetros; em linha com os padrões internacionais; que seja realizado por profissionais realmente aptos, capacitados e experientes, em laboratórios com estrutura adequada. Estes critérios, muitas vezes, não são levados em conta por juízes ou pelos próprios peritos, e, assim, os exames realizados nem sequer os seguem.¹⁶⁶

Na realização do exame de ADN, no Direito, é fundamental que se averigue a cientificidade do teste. Como exemplo, podemos citar as amostras de material genético que estão no sangue, sangue este que, quando retirado do local do crime, se encontra frequentemente no chão, na terra, em paredes, em roupas, em móveis, normalmente contaminados por bactérias e fungos, ou seja, em condições inadequadas para o carácter científico. É necessário, assim, que procedimentos físico-químicos laboratoriais sejam aplicados a esta amostra antes da realização do teste, para que este tenha validação científica.

Outro item imprescindível para a cientificidade do exame é a reprodutibilidade. Para que algo seja aceite pela ciência, os resultados que daí advêm devem ser passíveis de reprodução, mas, muitas vezes, estes itens são ignorados, fazendo com que a confiabilidade, a credibilidade e a cientificidade dos exames possam ser prejudicadas.¹⁶⁷

Nos Estados Unidos, o Federal Bureau of Investigation (FBI) é o responsável pelos laboratórios que realizam testes e exames de ADN com fins probatórios e

¹⁶⁴ Alexandre Langaro, “Prova Pericial: A (In)Certeza do Exame Laboratorial do DNA”, Academia Brasileira de Direito Processual Civil, pp. 1-11. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Alexandre%20Langaro-%20formatado.pdf> (acedido em 09/09/2015).

¹⁶⁵ Sónia Fidalgo, “Determinação do Perfil...”

¹⁶⁶ Hamilton de Oliveira Martins Neto, “A Falibilidade do Exame...”, pp. 583-608.

¹⁶⁷ André Luís dos Santos Figueiredo, Eduardo Ribeiro Paradela, “Tipagens por DNA...”

investigativos. O FBI possui publicações de diretrizes gerais para a padronização da qualidade dos testes realizados em laboratório: a primeira, do ano de 1998, chamada-se “normas de garantia de qualidade para testes de DNA forenses laboratoriais”, e a segunda, do ano seguinte, chamada “garantia de qualidade nos laboratórios e bancos de dados de DNA para agressores condenados”.¹⁶⁸

Em todo o mundo, diversos países de vários continentes possuem bancos de dados de armazenamento de ADN. No entanto, é necessário — para os países que possuem bancos de dados de ADN, assim como de qualquer outro material genético — criar leis específicas e adequadas ao contexto para o tratamento destes armazenamentos.¹⁶⁹

Sendo assim, nos casos dos processos judiciais nos quais há recusa a exames de ADN, o juiz deve perguntar-se se as evidências devem ser analisadas novamente, se os dados obtidos oferecem embasamento suficiente para a conclusão final, e se as conclusões estão de acordo com as informações obtidas sobre o caso.¹⁷⁰

Assim, para que se tenha maior convicção da sentença, é imprescindível que se realize uma revisão dos laudos (decisões, na terminologia portuguesa europeia) periciais, e também verificar os critérios utilizados durante os exames realizados para o laudo, e detalhes como adequações científicas do exame, experiências e técnica dos profissionais envolvidos desde a colheita das amostras até à finalização dos exames.¹⁷¹

O juiz ainda deve atentar na legitimidade e na legalidade das provas apresentadas. Por exemplo, na legislação portuguesa, as provas que são fruto direto ou indireto de um desrespeito pelos direitos fundamentais devem ser consideradas inválidas, por serem ilícitas, ou proibidas. Já em relação às bases de dados que armazenam informações referentes a identificações pessoais, como as bases de ADN, deve-se estar atento às seguintes questões:

- Os dados que dizem respeito a pessoas já falecidas devem ser cancelados de maneira imediata na imediata sequência do fim da sua necessidade no processo;

¹⁶⁸ Bob Bramley, *DNA Databases...*

¹⁶⁹ *Idem.*

¹⁷⁰ Eduardo Ribeiro Paradela, “Exames de DNA: Quando a justiça deve solicitar nova análise?”, 2010. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6080/Exames-de-DNA-Quando-a-Justica-deve-solicitar-nova-analise> (acedido em 08/09/ 2015).

¹⁷¹ Eduardo Ribeiro Paradela, “Exames de DNA...”

- As pessoas que cederam amostras de ADN a bases de dados, devem ter direito de acesso, de retificação e de cancelamento em relação à base de dados que armazena informações a respeito da sua pessoa;
- Os perfis genéticos de pessoas desconhecidas ou desaparecidas devem ser mantidos no anonimato, nas bases de dados, a partir do momento em que se identifica a pessoa ou se encontra o perfil, e devem ver o seu armazenamento cancelado.¹⁷²

Há de se ter em mente que, no Direito, seja ele de que área for, o juiz não pode ter como critério somente o exame de ADN, pois a ciência não é uma verdade absoluta, tentando, isso sim, aproximar-se da verdade de forma sistemática e criteriosa. Muitas vezes, a tendência no judiciário tem sido, nos casos em que o exame de ADN é usado como prova, no sentido de criar certos juízos de valor, como se o exame substituísse o papel do juiz na sentença do caso, fazendo com que o juiz assuma o papel de um simples “homologador” de pareceres periciais.¹⁷³

Existe, principalmente no imaginário dos cientistas forenses, o chamado “efeito *CSI*”, em referência à série televisiva. Este efeito consiste na ideia de que a ciência forense e a tecnologia de identificação pessoal através do ADN seriam conhecimentos e métodos infalíveis, não passíveis de contestação, e de eficácia absoluta. Este efeito gera distorções interpretativas na ciência forense, e ainda influencia júris em julgamentos, fazendo com que os jurados incorporem o pressuposto de que os resultados de um teste de ADN são incontestáveis, e, por isso, suficientes para sentenciar uma pessoa.¹⁷⁴

No Brasil, os laboratórios que realizam testes de ADN, ou de outra natureza que se realize em laboratórios de ensaio e calibração, são regulados e fiscalizados pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). A ANVISA julga que todas as etapas dos testes devem ser devidamente documentadas, e certificadas com o ISO/IEC 17 025.

Os principais objetivos do ISO 17025 são:

¹⁷² Cirlene Luiza Zimmermann, “O Papel dos Municípios...”, pp. 209-235.

¹⁷³ Alexandre Freitas Câmara, “A Valoração da Perícia Genética: Está o juiz vinculado ao resultado do ‘Exame De ADN?’”, 2006, pp. 5-12. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_pro_civil/valoracao_pericia_genetica.pdf (acedido em 08/09/2015).

¹⁷⁴ Helena Machado, Susana Costa, “Biolegalidade...”, pp. 61-84.

- O estabelecimento dos padrões normativos internacionais, para atestar a competência dos laboratórios onde são realizados ensaios ou as calibrações que incluam amostragem. Este padrão facilita o estabelecimento de acordos de reconhecimento mútuo entre órgãos e laboratórios nacionais e internacionais;
- Facilitar a interpretação e aplicação dos requisitos, para se evitar conflitos ou opiniões divergentes. E desburocratizar o processo de abertura laboratorial;
- Estreitar o relacionamento entre as ISO 17025 e as ISO 9001 e ISO 9002, facilitando assim a sua aplicação e normatização.¹⁷⁵

Assim, para se ter um teste de ADN com credibilidade e melhor resultado, é necessário que se apliquem os critérios de segurança a todas as etapas do processo, assim como procedimentos rigorosos de segurança. Também é necessário que a interpretação dos resultados, que se dá pelo cálculo das frequências populacionais dos marcadores genéticos empregados, seja feita de maneira técnica e científica por profissional capacitado e experiente; e, após a realização do teste em si, é feito o laudo pericial.¹⁷⁶

O laudo pericial também merece atenção; basicamente, deve conter a identificação dos números de inquérito policial ou processo judicial, a identificação das partes envolvidas e também das amostras correspondentes recolhidas e utilizadas no exame; se necessário, a informação referente à etnia de cada uma das partes envolvidas; se for possível e relevante, a citação e descrição da metodologia usada na colheita e no armazenamento das amostras, a descrição dos cuidados no manuseio das amostras, desde a colheita à finalização do exame; as formas de identificação dos alelos genéticos utilizados na identificação do ADN e para fins estatísticos; também devem ser mencionadas as frequências estatísticas utilizadas que foram a base dos cálculos realizados no teste.¹⁷⁷

O GENE (Núcleo de Genética Médica), que funciona desde 1988, foi o primeiro laboratório brasileiro a ter autorização para utilizar o teste de ADN para comprovar

¹⁷⁵ Galdino Guttmann Bicho, Benjamin Valle, “ISO/IEC 17025: A Nova Norma Para Laboratórios de Ensino e Calibração”, in *Revista Metrologia & Instrumentação – Laboratórios e Controle de Processos*, n.º 5, 2001. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/divulga/artigos/metrologia.htm> (acedido em 09/09/2015).

¹⁷⁶ Eduardo Ribeiro Paradela, “Exames de DNA: Quando a Justiça deve Solicitar Nova Análise?” 2010. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6080/Exames-de-DNA-Quando-a-Justica-deve-solicitar-nova-analise> (acedido em 08/09/2015).

¹⁷⁷ Eduardo Ribeiro Paradela, “Exames de DNA...”

paternidade. Num parecer, o laboratório afirma que a confiabilidade de um teste de ADN é proporcional à quantidade de regiões ou de marcadores genéticos analisados nas amostras recolhidas, ou seja, não há um grau de confiabilidade padrão; cada exame tem um custo, um tempo de duração e um grau de confiabilidade.¹⁷⁸

O mesmo parecer menciona que no Brasil se verificou uma proliferação de laboratórios inadequados, onde não há capacidade estrutural de ambiente e equipamentos adequados, e também profissionais que muitas vezes não possuem o conhecimento necessário para a colheita e manipulação das amostras, para a realização dos testes em si e para o desenvolvimento formal do relatório técnico pericial.¹⁷⁹

Assim, faz-se necessário que ocorra maior normatização, padronização e fiscalização por parte dos órgãos responsáveis, pois, no Brasil, dezenas de laboratórios privados realizam estes exames, cada um seguindo os seus próprios métodos. A disputa e a concorrência fazem com que muitos destes laboratórios privados procurem maneiras de reduzir custos, e, muitas vezes, as maneiras encontradas para a redução de custos passam pela redução de prazos e de mão de obra, pela terceirização dos serviços, e pela variação e flexibilização das formas de colheita de amostras.¹⁸⁰

No teste de ADN devem ser verificados pelo menos 13 alelos. Os alelos são as estruturas do ADN, nas quais se encontram as informações referentes à sequência de letras do código genético, formando este o chamado perfil genético. A relação entre os alelos analisados mostra se há ou não ligação entre as amostras de ADN. A hipótese estimada de duas pessoas terem o mesmo código genético é de uma em seis mil milhões. As impressões digitais com a tecnologia atual já podem ser alteradas com recurso à cirurgia; já o ADN, não pode ser alterado, razão pela qual é uma forma de identificação muito precisa.¹⁸¹

É, portanto, aconselhável e recomendável avaliar com muito rigor os relatórios realizados a partir de exames de ADN, principalmente quando consideramos que o nosso país ainda é pouco experiente nesta área, e a frequente precariedade e burocracia dos serviços prestados referentes à saúde, à perícia, à investigação criminal. Todos estes fatores ainda estão aliados a negligências laboratoriais, como as trocas de amostras, as

¹⁷⁸ GENE, Núcleo de Genética Médica, “Parecer Judicial Sobre a Perícia de DNA”. Disponível em: <http://www.laboratoriogene.com.br/exames/parecer-judicial-sobre-pericia-de-dna/> (acedido em 09/09/2015).

¹⁷⁹ GENE, Núcleo de Genética Médica, “Parecer Judicial...”

¹⁸⁰ Eduardo Ribeiro Paradela, “Exames de DNA: Quando a justiça deve solicitar nova análise?”, 2010. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6080/Exames-de-DNA-Quando-a-Justica-deve-solicitar-nova-analise> (acedido em 08/09/2015).

¹⁸¹ Renata Guerra, “Crime Sem Corpo”, in *Revista Ciência Criminal*, n.º 8, 2007, pp. 22-24.

inadequações durante o armazenamento e durante a manipulação das amostras, o uso de marcadores genéticos inadequados ou insuficientes durante o exame, o uso de produtos com prazos de validade vencidos, equipamentos inadequados ou insuficientes, falhas referentes à leitura, interpretação e transcrição dos resultados obtidos no exame. Outro problema é o baixo número de laboratórios que realizam o exame, fazendo com que muitas vezes a distância entre o laboratório e as partes ou o perito seja muito grande, impossibilitando a contestação do resultado obtido.¹⁸²

Outro aspeto prático que, se ignorado, pode mudar o resultado do teste é a preocupação com a recolha do material genético. Durante esta etapa, deve-se estar atento e excluir qualquer mistura ou degradação que possa prejudicar o resultado do teste.¹⁸³

Num processo cível ou penal, caso seja realizado o exame de ADN e o resultado seja diferente do esperado por uma das partes envolvidas, essa parte pode fazer um pedido de contraprova, ou de contraperícia, ou ainda de assistência de perícia. Estes serviços de contraprova podem ser realizados desde a colheita da nova amostra, à análise do material genético recolhido e também durante a execução do parecer/relatório técnico pericial, e, para a garantia de maior confiabilidade, a contraprova é realizada por outro laboratório e por outros peritos, para que a parte solicitante possa ter maior confiança no exame realizado.¹⁸⁴

No Brasil, a popularização dos testes de ADN a propósito da verificação da paternidade deu-se na segunda metade da década de 1990, tendo como margem de erro um em cada 10 000 testes. Entre os erros cometidos estão os técnicos, e até os relacionados com a comunicação, tal como ocorreu num caso de um teste de paternidade contratado ao Timo Medicina Laboratorial, de Salvador. O estabelecimento recolheu as amostras do material genético e encomendou o teste a um laboratório norte-americano. A realização do teste deu um resultado positivo; insatisfeita e desconfiada, uma das partes envolvidas avançou com um recurso judicial de contraprova do teste; a justiça, então, deu ganho de causa à parte lesada, pois foi constatado um erro de

¹⁸² Genival Veloso de Franca, “O Perfil do DNA e o Vínculo Genético da Filiação: Sua Aplicação nos Tribunais”. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17891/material/O%20perfil%20do%20DNA%20e%20o%20v%C3%ADnculo%20gen%C3%A9tico%20da%20filia%C3%A7%C3%A3o.pdf> (acedido em 09/09/2015).

¹⁸³ Arthur Pinto de Lemos Júnior, “A Aplicação da Perícia de Análise do ADN no Processo Penal para Fins de Identificação Criminal”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 3, Coimbra, 2005, pp. 83-103.

¹⁸⁴ André Luís dos Santos Figueiredo; Eduardo Ribeiro Paradela, “Tipagens por DNA...”, pp. 1-4.

tradução durante a elaboração do relatório no Brasil, após o recebimento da versão original do relatório, redigida em inglês. Ou seja, devido a um erro de tradução, todo o resultado do exame foi mal interpretado, não por erro cometido na realização do teste ou nos procedimentos de coleta ou na manipulação do ADN, no armazenamento, etc., mas sim por um erro de tradução.¹⁸⁵

Como já aqui ficou dito, o exame de ADN é realizado a partir da identificação de, no mínimo, 13 alelos, formados por duas cadeias transversais nas quais se encontram 4 (quatro) bases nitrogenadas chamadas adenina, citosina, guanina e timina, que formam as sequências do perfil genético pessoal. As técnicas mais usadas para a realização do exame de ADN são a PCR (Reação em Cadeia da Polimerase), que consiste na amplificação das sequências dos marcadores de perfis genéticos, como uma espécie de “zoom” nas cadeias transversais, podendo-se assim obter cópias das sequências.¹⁸⁶

Outra técnica, e que é uma das mais utilizadas nos exames de ADN, é a RFLP, uma técnica que também ocorre a partir da identificação dos marcadores de perfis genéticos (marcadores polimórficos). Para que se tenha a amplificação das sequências genéticas, usam-se enzimas de restrição, que reagem aumentando o tamanho das cadeias, alargando também o tamanho dos nucleotídeos, dos alelos e, conseqüentemente, das sequências de bases nitrogenadas, possibilitando a visualização mais eficaz do ADN, podendo fazer-se comparações entre amostras coligidas, buscando variações ou semelhanças entre os materiais genéticos analisados.¹⁸⁷

WELBE OLIVEIRA BRAGANÇA, biólogo da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), afirma que, para cada tipo de teste de ADN há um método que se torna mais eficiente. No caso dos testes de paternidade, o método mais indicado é o RFLP, por ter uma menor possibilidade de contaminação das amostras recolhidas e por ter uma maior precisão na obtenção dos resultados.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Bia Barbosa, “Quem é o Pai? Erros em Exames de DNA Colocam em Xequê Credibilidade de Muitos Laboratórios”, in *Veja*, 19 de julho de 2000, pp. 108-109.

¹⁸⁶ Eduardo Ribeiro Paradela, André Luís dos Santos Figueiredo, “O Seis SIGMA como Estratégia para a Melhoria da Qualidade e da Lucratividade em Laboratórios de Genética Forense – A Importância do Índice de Paternidade/Razão de Verossimilhança para a Credibilidade do Teste de DNA”, INPA – Instituto de Pesquisas Aplicadas. Disponível em: <http://www.unieducar.org.br/artigos/O%20SEIS%20SIGMA%20COMO%20ESTRATEGIA%20PARA%20A%20MELHORIA%20DA%20QUALIDADE.pdf> (acedido em 10/09/2015).

¹⁸⁷ Luciana Pasqualini Schincariol, “Identificação de Marcadores SNP pelas Técnicas de PCR-RFLP e TETRA-PRIMER ARMS-PCR e suas Associações com Qualidade de Bebida em Café”, 2011, p. 54. Dissertação (Mestrado em Agricultura Tropical e Subtropical), IAC – Instituto Agrônomo de Campinas, Campinas, 2011.

¹⁸⁸ Antônio Roberto Fava, “Na Pista dos Testes de DNA”, in *Jornal da Unicamp*, n.º 194, outubro de 2002.

Já para os exames criminais, o método PCR mostra-se mais eficiente, pois é mais sensível às amostras com menor quantidade de material genético e às amostras que foram comprometidas, como ocorre na maioria das amostras encontradas em locais de crime, que normalmente se encontram em roupa, calçado, objetos, no chão, nas paredes, etc.¹⁸⁹

3.4. Outros exames como modalidade de provas periciais

Percebe-se que frequentemente o auxílio de profissionais especialistas de diversas áreas como a Medicina Legal, a Criminalística e a Perícia Criminal é necessário para os exames, sendo também necessário um conhecimento maior sobre essas áreas.

A história da medicina legal enquanto ciência prática necessária para a realização dos exames periciais remete-nos para a Itália do século XVI. Após a morte do papa Leão X, o seu corpo passou por um exame de necropsia, sendo um dos casos mais importantes do uso da medicina legal naquele século e um dos primeiros da História. O pai da medicina legal é o título dado a AMBROISE PARÉ, responsável pelo primeiro tratado de medicina legal, no ano de 1575. Quando há necessidade de exames de necropsia ou autópsia, o médico-legista, que é o profissional especializado em medicina legal, é imprescindível para a eficiência da realização do exame.

A necropsia é o exame mais realizado pelos médicos-legistas, e também pode ser realizado por peritos criminais. Este exame, previsto no artigo 162.º do Código de Processo Penal, busca sumariamente comprovar a causa da morte do indivíduo. É um exame realizado na parte interna do cadáver, feito pelo menos seis horas após a ocorrência da morte, podendo ser realizado antes desse prazo mínimo ou até dispensado nos casos de morte violenta, uma vez que, nesses casos, a causa da morte é mais evidente, sendo necessário, portanto, apenas o simples exame externo para verificações.

Caso apenas a necropsia não seja suficiente para determinar a causa da morte, é realizado o exame complementar no prazo posterior a 30 dias da morte. O exame complementar é pedido pelo delegado, pelo juiz ou a requerimento do Ministério Público, ou até a requerimento de uma das partes envolvidas. Este exame está previsto no artigo 168.º do Código de Processo penal.¹⁹⁰

¹⁸⁹ *Idem, ibidem.*

¹⁹⁰ Art.º 168.º do CPPB: “Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor.

A Criminalística é formalmente definida como a ciência que estuda os vestígios e indícios decorrentes do facto criminoso, a fim de formar o corpo de delito. A Criminalística age “montando o quebra-cabeça” do crime: buscando determinar o modo como ocorreu o crime, a sua qualificação e classificação; a forma de agir do infrator; buscando elementos que levem à identificação do autor do crime; resolvendo problemas criminais técnicos e buscando também a legalização das provas, assim como a sua perpetuação.

§ 1.º No exame complementar, os peritos terão presente o auto de corpo de delito, a fim de suprir-lhe a deficiência ou retificá-lo.”

CAPÍTULO IV

GARANTIAS DE DEFESA DO ARGUIDO/ACUSADO/SUSPEITO

4.1. Princípio da não autoincriminação¹⁹¹

O princípio da não autoincriminação¹⁹² é chamado de princípio *nemo tenetur se detegere*, que pode ser traduzido do latim como “ninguém é obrigado a descobrir-se”.¹⁹³

¹⁹¹ “A admissão do exame de DNA compulsório no processo penal brasileiro, posto que seja uma novidade em relação ao tipo de prova que disponibilizará, não representará nenhuma inovação acerca das restrições e bens jurídicos que já suporta o acusado. A pena privativa de liberdade, a prisão provisória de finalidade instrutória indireta, o monitoramento ininterrupto de diálogos, a sanção capital e a medida de segurança de caráter indeterminado são superlativamente mais lesivos do que a colheita do material orgânico, mormente em relação àquela que não possui o caráter de invasividade. É preciso apenas voltar os olhos para as provas e sanções atualmente existentes no processo penal e lembrar-se da existência de medidas de caráter restritivo para superar a cultura de intangibilidade absoluta do acusado.” (Cf. Carlos Henrique Borlido Haddad, “Da Coleta do Perfil Genético como Forma de Identificação Criminal”, in *JusBrasil*. Disponível em: <http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/100040500/da-coletado-perfil-genetico-como-forma-de-identificacao-criminal> (acedido em 20/01/2015).

¹⁹² “2. De acordo com o princípio sobre traços, potenciais testemunhas podem ser examinados apenas ‘se eles têm em seu corpo um traço particular ou consequência de uma ação ofensa’ (p. G., uma ferida). Por conseguinte, os testes não são permitidos testemunhas contra a sua vontade, em sua credibilidade ou a sua disposição geral (cf. BGHSt 13, 398; 14, 23). O tribunal só pode examinar sua credibilidade citando um especialista para interrogatório no julgamento (BGHSt 23, 1; BGH NStZ 82, 432). Se você quiser tentar chegar intervenção voluntária em um teste de credibilidade, um parente que se abstém de dar testemunho deve ser informado de que ele também pode abster-se de cooperar em peritacion (BGHSt 36, 217, com comentários do Weigend, JZ 90, 48 ; BGH STRV 95, 563). Além disso, ele deve exigir que, se necessário, todas as testemunhas devem ser informados sobre o teste da sua credibilidade só é permitido com o consentimento (questão deixou em aberto a BGHSt 36, 220). No caso de uma testemunha menor, o teste de credibilidade pressupõe tanto o consentimento da pessoa autorizada para os seus cuidados, bem como a criança ou jovem. Se o menor não foi informado, suas declarações não podem ser usados como há dúvida sobre se deve ou não fazer uso do seu direito de recusar o teste. A única decisão do representante legal só é eficaz nos casos em que a criança testemunha por causa da falta de maturidade intelectual, não têm uma representação suficiente do significado do seu direito de recusar o teste. Se, neste caso, o representante legal não é informado, a opinião de credibilidade não pode ser avaliado (BGHSt 40, 336)” [tradução nossa]. Cfr. Claus Roxin, *Derecho Procesual Penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 295.

¹⁹³ “A materialidade do crime restou devidamente comprovada pelo laudo de conjunção carnal, o qual afirma ‘a presença de espermatozoides no material vaginal confirma que houve conjunção carnal’, cuja relação de tempo ‘é condizente com o histórico’. Além disso, o boletim de ocorrência e o relatório de atendimento psicológico respaldam tal conclusão. [...] Insta salientar, ainda, o fa[c]to de o apelante, quando do seu interrogatório, haver se prontificado a fornecer material biológico para confrontar com aquele encontrado na vítima e, posteriormente, por ocasião da coleta ter se recusado a fornecê-lo (f. 141), afirmando que o fazia por orientação da sua defensora. Essa circunstância, ainda que se aceite que o réu não é obrigado a fazer prova contra si, reforça a presunção de que é o autor do delito, tal como ocorre na investigação de paternidade, na medida em que poderia, caso resulte negativo, demonstrar categoricamente a sua inocência. A recusa, portanto, reforça o indício.” (Cfr. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, *Apelação Criminal n.º 560.354-1*, 3.ª Câmara Criminal, Relator: desembargador Leonardo Lustosa. Julgado em 19/07/2009).

“Trata-se de decorrência natural da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art.º 5.º, LVII) e ampla defesa (art.º 5.º, LV) com o direito humano fundamental que permite ao réu manter-se calado (art.º 5º, LXIII). Se o indivíduo é inocente, até que seja provada [a] sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo.”¹⁹⁴

O direito à não autoincriminação também decorre de “norma expressa prevista no art.º 8.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, integrada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992, no que toca ao direito ao silêncio e à proteção contra ingerências atentatórias da dignidade humana.”¹⁹⁵

A origem deste princípio está ligada ao fim do período absolutista, após as revoluções burguesas e o Iluminismo. Mundialmente, este princípio foi incorporado pela maioria das constituições dos países ocidentais pautados pela democracia liberal. Este princípio visa sumariamente limitar os poderes do Estado sobre o indivíduo, para que assim não ocorram abusos do poder estatal.¹⁹⁶

Com esta contextualização histórica, percebe-se que o processo evolutivo do princípio *nemo tenetur se detegere*, assim como a evolução da investigação criminal, coincidem com o reconhecimento e consolidação dos direitos humanos fundamentais, na História da Humanidade.¹⁹⁷

Por outro lado, este direito não deve ser invocado compulsoriamente, pois pode diminuir o dever/poder de punição, que é uma das suas principais funções num Estado-nação, além de gerar situações de impunidade. Por isso, este princípio deve ser aplicado sob preceitos constitucionais, evitando-se assim extremos de injustiça tanto para o

¹⁹⁴ Guilherme de Souza Nucci, *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, Vol. 2., 6.ª edição, ver. atual. e ref.; Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 45.

¹⁹⁵ Eugênio Pacelli de Oliveira, *Curso de Processo Penal*, 15.ª edição, rev. e atual., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 105.

¹⁹⁶ Wagner Marteleto Filho, “O Princípio e a Regra da Não Autoincriminação: Os limites do *nemo tenetur se detegere*”, 2011, p. 263. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011.

¹⁹⁷ Adalberto Salvador Noronha Filho, “A identificação criminal obrigatória da lei de execução penal e o princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais”, 2014. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-02-2014/3-Adalberto-Salvador-Noronha-Filho.pdf> (acedido em fevereiro de 2016).

acusado como para a sociedade que se interessa pela punição de quem cometeu o crime.¹⁹⁸

No caso brasileiro, este princípio foi incorporado tardiamente, apenas na Constituição Federal de 1988, após o período de redemocratização, apresentando-se na Carta Magna como um direito fundamental, assim como os princípios de presunção de inocência, ampla defesa e dignidade de pessoa humana.¹⁹⁹

O Código de Processo Penal não traz regra expressa relacionada com o dever do réu de colaborar ou não para a realização desses de modelos de provas; por esta razão, caso o réu não queira por vontade própria colaborar, não poderá ser prejudicado por isso, uma vez que não é obrigado, e isto é o que prevê o princípio *nemo tenetur se detegere* e o direito ao silêncio.²⁰⁰

Na atualidade, a imposição de um juramento ao acusado num processo seria considerada uma atitude anacrônica, já que não existem mais dispositivos legais para tal ação. Esta ação seria semelhante ao direito inquisitivo, que nos remete para o fim da Idade Média, no período pré-iluminista, e para ainda antes da disposição do princípio da não autoincriminação, ou *nemo tenetur se detegere*.²⁰¹

O princípio da não autoincriminação é uma conquista do Estado de Direito Democrático, com pleno respeito pela dignidade humana, sendo uma forma de coibir excessos por parte do Estado quando em busca da persecução penal. O direito à não autoincriminação, que faz parte da autodefesa, abrange o direito ao silêncio, o direito de não colaborar com a investigação ou com a instrução criminal, o direito de não declarar contra si mesmo, o direito de não confessar, o direito de declarar o inverídico, sem causar prejuízo a terceiros, o direito de não apresentar provas que prejudiquem a sua situação jurídica, bem como o direito de não produzir ou de não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo.

¹⁹⁸ Rochester Oliveira Araújo, “O Direito Fundamental contra a Autoincriminação: A análise a partir de uma teoria do processo penal constitucional”; 2013, p. 278. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2013.

¹⁹⁹ Débora Helena Ferreira Calçado, “O Princípio *nemo tenetur se detegere* e suas Decorrências como Meio de Prova no Processo Penal”, 2014, p. 69. Monografia (Bacharel em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/24055/24055.PDF> (acedido em 02/09/2015).

²⁰⁰ Érica Ferreira, “Provas Invasivas e Não Invasivas no Processo Penal Brasileiro”, 2009, p. 25. Artigo Científico – Curso de Direito, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

²⁰¹ Carlos Henrique Borlido Haddad, “Conteúdos e Contornos do Princípio contra a Autoincriminação”, 2003, p. 352. Tese (Doutoramento), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

3.1.1. A não realização de conduta ativa

A conduta humana é um dos pontos centrais da teoria do delito e do Direito Penal. As atividades humanas são baseadas em relações causais — ou seja, relações entre causa e efeito da ação — e é nestas que se encontra a finalidade do ato. É a partir dela que se constituem os juízos que denominamos de crimes.²⁰²

Para determinar o teor alcoólico de bebida que um indivíduo ingeriu, é utilizado o alcoolímetro, que é um aparelho que analisa o ar emitido pelos pulmões da pessoa e determina a quantidade de álcool etílico consumido. O bafômetro (assim definido em português do Brasil) é baseado numa reação química, e os seus reagentes são o dicromato de potássio e a célula de combustível, sendo este o mais utilizado no Brasil.²⁰³

Neste caso, o Código da Estrada dispõe que os testes que foram determinados para constatação do abuso no consumo de bebidas alcoólicas devem ser submetidos aos condutores; caso haja uma recusa, o condutor pode ser punido por crime de desobediência.²⁰⁴

CARVALHO (2003, p. 169) aponta que o exame é lícito e que é dever do condutor consentir ser examinado, desde que não seja coagido para tal. Esta condição de legalidade advém da concordância implícita do condutor, que concede a permissão às autoridades no momento em que se candidata a uma habilitação para dirigir.²⁰⁵

Dito isso, conclui-se que a contribuição ativa do visado/arguido é a questão a que devemos dar especial destaque. Trazendo a discussão voltada para a intervenção corporal como meio de obtenção de prova, a contribuição do acusado numa prova não invasiva limita-se a tolerar a intervenção simples e mínima (recolha de cabelo, saliva) de modo que a sua participação (totalmente passiva e inativa) se concretize de maneira simples e rápida, dispensando-se, por isso, a utilização de procedimentos complexos e quaisquer invasões à esfera íntima do acusado. Assim, a colaboração do acusado na produção de provas não invasivas não há de encontrar óbice nos seus direitos

²⁰² Cláudio Brandão, “Teorias da Conduta no Direito Penal”, in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 148, Brasília, 2000, pp. 89-95.

²⁰³ Érica Ferreira, “Provas Invasivas e Não Invasivas no Processo Penal Brasileiro”, 2009, p. 25. Dissertação. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/EricaFerreira.pdf (acedido em 29/02/2016).

²⁰⁴ Sónia Fidalgo, “Determinação do Perfil Genético como Meio de Prova em Processo Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, n.º 1, Coimbra, 2006, p. 116-148.

²⁰⁵ Luis Gustavo Grandinetti Castanho Carvalho, *Processo Penal e (em face) da Constituição: Princípios Constitucionais do Processo*, 3.ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 55.

fundamentais, uma vez que estes não sofrem qualquer lesão durante a realização destes procedimentos. A recusa do sujeito passivo em colaborar em ato que não agride os seus direitos fundamentais, é, portanto, considerada ilegítima, uma vez que o acusado deve acatar as determinações do Estado enquanto este estiver no pleno exercício do seu papel na perseguição da justiça e respeitando os direitos fundamentais dos cidadãos.

4.1.1.1. Testes de alcoolemia

Com o crescente número de acidentes de trânsito, tem sido tipificado pela legislação de todos os países o delito de condução sob o efeito do álcool.²⁰⁶ No Brasil, o artigo 306.º do Código Brasileiro de Trânsito — Lei 9503/97 — tem sido tutelar da segurança viária. Através de exames clínicos ou periciais, pode ser obtida a prova da embriaguez, o mesmo sendo possível através dos testes etilométricos (bafômetro/alcoolímetro) e dos exames de sangue.²⁰⁷

O etilómetro enquadra-se na categoria da cooperação ativa, por demanda da anuência do sujeito passivo para a sua realização. O etilómetro classifica-se como uma obrigação legal, com tendência de imposição de penas autónomas para a recusa de submissão. Diante da suspeita de embriaguez, é determinada a realização do teste do etilómetro, de acordo com o Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9503/1997). Porém, na hipótese de recusa, não havendo uma previsão de delito, é maioritário o entendimento.²⁰⁸

É sustentado, de acordo com a doutrina brasileira, que do direito ao silêncio decorre o direito da não submissão às provas de alcoolemia, seja por extração de sangue coativa ou por etilómetro. Não se reputa legítima a instituição de obrigação legal, passível de sanção penal, e não se faz qualquer distinção entre cooperação ativa e passiva. Como se verifica no exame do etilómetro, não se considera legítimo exigir a cooperação ativa arguida na produção de prova. Desde que haja previsão legal expressa, é considerada possível a realização do exame hemático coativo, para a comprovação da

²⁰⁶ Artigo 165.º do CTB: “Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância psicoativa que determine dependência: Infração – gravíssima; Penalidade – multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; Medida administrativa – retenção do veículo até apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.”

²⁰⁷ Wagner Marteleto Filho, “O Princípio e a Regra da Não Autoincriminação: Os limites do *nemo tenetur se detegere*”, 2011, p. 263. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011.

²⁰⁸ Wagner Marteleto Filho, “O Princípio e a Regra...”, p. 263.

embriaguez. O condutor pode negar submeter-se ao teste de alcoolemia, incorrendo no crime de desobediência.²⁰⁹

“Sempre que a produção da prova tiver como pressuposto uma ação por parte do acusado (v.g., acareação, reconstituição de crime, exame grafotécnico, bafômetro, etc.), será indispensável seu consentimento. Cuidando-se do exercício de um direito, tem predominado o entendimento de que não se admitem medidas coercitivas contra o acusado para obrigá-lo a cooperar na produção de provas que dele demandem um comportamento ativo. Além disso, a recusa do acusado em se submeter a tais provas não configura o crime de desobediência nem o de desacato, e dela não pode ser extraída nenhuma presunção de culpabilidade, pelo menos no processo penal. São incompatíveis, assim, com a Constituição Federal e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos quaisquer dispositivos legais que possam, direta ou indiretamente, forçar o suspeito, indiciado, ou até mesmo a testemunha, a produzir prova contra si mesmo.”²¹⁰

É sabido que algumas atividades representam algum risco²¹¹ para a vida em sociedade, tornando justificável o afastamento de um direito absoluto próprio do corpo humano e criando o dever de permitir-se ser submetido a uma perícia. Na questão da condução de veículos com motor, fica claro que, quem deseja conduzir ou pilotar, deve também ter em mente que deve haver um controle sobre aquele que pretende tal habilitação. Seja um piloto, seja um condutor de veículos automotores, ou pilotos de lanchas, por exemplo, diante do risco para terceiros nessa condução — pois são atividades perigosas em sua natureza. Assim, natural é que tenha eclodido também o pressuposto da submissão a exames toleráveis.

Numa importante decisão, de 1994, no STF, no julgamento do *Habeas corpus* HC 71.373-4, posicionaram-se os juízes com voto de vencido:

²⁰⁹ *Idem, ibidem.*

²¹⁰ Renato Brasileiro de Lima, *Curso de Processo Penal*, Editora Impetus, Niterói, RJ, 2013, p. 60.

²¹¹ A utilização do termo “risco” tem provocado certa celeuma no âmbito do Direito Penal, com parte da doutrina sustentando uma dogmática do risco, que alteraria, em maior ou menor profundidade, um ruptura da dogmática penal tradicional, envolvendo os institutos do bem jurídico, da responsabilidade penal pessoal, do crime de perigo, etc. (cf. Jorge de Figueiredo Dias, “Algumas Reflexões sobre o Direito Penal na Sociedade de Risco”, in *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Universidade Lusíada Editora, 2002).

“[...] o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante [...] Na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. [...] a visão individuocêntrica, preocupada com as prerrogativas do investigado, deve ceder espaço ao direito elementar que tem a pessoa de conhecer a sua origem genética [...]. O princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público [...] o sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigador, bem assim com a certeza que a prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado.”²¹³

Nesse julgamento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul permitia a condução “debaixo de vara” do suposto pai para realização de exame hematológico para fins de confirmação da paternidade. No julgamento, o Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem ao impetrante, cassando a decisão do TJ-RS.

Conforme NICOLITT (2014, p. 32), “na esfera penal, o art.º 379.º do Código Penal espanhol tipifica a condução de veículos automotores sob a influência de drogas tóxicas e álcool. Ademais, o art.º 383.º dispõe que a recusa do condutor em submeter-se ao exame importa crime de desobediência”.

Continua o autor, no panorama de direito comparado: “Em Portugal, o panorama Legislativo é semelhante. O Código da Estrada de Portugal, em seu art.º 153.º, prescreve o exame de álcool por ar expirado realizado por autoridade ou agente de autoridade de trânsito. O art.º 152.º, n.º 3, estabelece que a recusa em realizar o teste importa crime de desobediência.”

4.2. O direito de não cooperação

O direito de não cooperação vem do princípio *nemo tenetur se detegere*, que, na íntegra, significa que “ninguém é obrigado a descobrir-se”. Diz que o acusado tem o direito de não colaborar com a elaboração de provas contra si mesmo.²¹⁴

²¹³ Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747033/habeas-corpus-hc-71373-rs> (acedido em 25/04/2015).

²¹⁴ Marcus Renan Palácio de M.C. dos Santos, “Princípio *nemo tenetur se detegere* e os limites a um suposto direito de mentir”. Disponível em:

O acusado é amparado pelo princípio para não ter a obrigatoriedade de auxiliar na sua autoincriminação, que é, por intermédio do direito ao silêncio, a mais conhecida forma de manifestação do direito à não cooperação. Existem outras maneiras de se manifestar que vale ressaltar, a saber: o direito de não ceder o seu corpo contra a sua vontade e o direito de não declarar contra si mesmo.²¹⁵

Deste modo se inicia a discussão a respeito do advento da Lei n.º 12.654, que acrescentou o artigo 9.º a) à Lei de Execução Penal, ordenando a obrigatoriedade de conceder materiais genéticos para fins de apuração em processos os condenados por delitos com violência, grave ameaça ou hediondos. Entende-se, pois, que esta não desatende unicamente à prolongação da proibição do princípio *nemo tenetur se detegere*, mas também à execução do relatado regimento aos mais inúmeros tipos de prova.²¹⁶

Porém, a expressão *nemo tenetur se detegere* é hoje valorizada como um direito imputado. Assim sendo, a mesma expressão não remete apenas para um direito ao silêncio, pois essa é somente uma das suas formas de manifestação. O objetivo do princípio é preservar o acusado dos extremos praticados pelo Estado na acossa penal, introduzindo-se o cuidado contra a violência física, moral e a coação que são empregadas no intuito de injungir o acusado a colaborar com o processo, permitindo a autoincriminação.²¹⁷

4.2.1. O cooperar passivo

A cooperação inconsciente é adquirida através da utilização de meios enganosos, podendo citar-se como exemplo as gravações ambientais, as escutas telefônicas e os atos promovidos por intermédio de homens de confiança. Este tipo de cooperação está localizado fora do nível da regra *nemo tenetur se detegere*,²¹⁸ visto que este acusado, não estando sujeito a um interrogatório formal, apenas cede espontaneamente informações, que são colhidas pelo Estado e que serão fixadas no processo.²¹⁹

<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/3Prncipiopionemotenetur.pdf> (acedido em março de 2016).

²¹⁵ Livia de Maman Saguiné, “O Direito de não Produzir prova contra si mesmo no Processo Penal: (‘nemo tenetur se detegere’)”. Dissertação, Pontifícia Universidade Católica, Rio Grande do Sul, 2010, p. 29.

²¹⁶ Chiavelli Fazenda Falavigno, Brunna Laporte Cazabonnet. “Direito de não produzir prova contra si mesmo: Manifestações no Direito Brasileiro e o Advento da Lei n. 12.654/12”. Artigo Ibraspp.

²¹⁷ Livia de Maman Saguiné, *op. cit.*, p. 29.

²¹⁸ *Nemo tenetur se detegere* (princípio da não autoincriminação).

²¹⁹ Vagner Marteleto Filho, “O Princípio e a Regra...”, p. 249.

LOPES JÚNIOR (2001, p. 344) defende:

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

Da mesma forma, alguma colaboração do acusado, passiva que seja, vem sendo admitida pelos ordenamentos jurídicos, “sendo exemplo disso as obrigações de tolerar a realização de uma medida de busca e apreensão na própria residência e a de ser identificado criminalmente. O debate doutrinário e pretoriano acirra-se quando se tornam objeto de discussão medidas que não raramente vêm sendo inadmitidas pela jurisprudência, com fundamento na garantia contra a autoincriminação, e que, em determinados casos (v.g., alcoolímetro, anteriormente ao advento da Lei n.º 12.760/2012), se inadmitidas, inviabilizam a prova do crime, surgindo um conflito insuperável entre o direito da acusação à produção de provas imprescindíveis ao esclarecimento dos factos e a pretensão do acusado de não colaborar na produção de provas que possam incriminá-lo.”²²⁰

Por força da dimensão do tema, não há como tentar exaurir esta questão da colaboração do acusado ou do investigado, e nem há essa pretensão.

Não resta a menor dúvida de que as intervenções corporais podem trazer danos à saúde, como, por exemplo, “no caso de exame radiológico em uma mulher grávida”²²¹.

De facto, o bom senso aquando da busca da prova e os princípios devem ser sopesados caso a caso, de modo que não se incorra em graves danos para a saúde do indivíduo, mas também danos para a busca da prova, seja da defesa ou da acusação.

Nos casos de intervenção corporal leve, como no caso do uso da zaragatoa bucal ou da colheita de fios de cabelo, são usados meios leves para tal recolha de material

220

Disponível

em:

http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Guilherme_Walcher.html (acedido em 21/04/2017).

²²¹ André Luiz Nicolitt, *Intervenções Corporais...*, p. 11.

genético; porém faz-se necessária a cooperação passiva por parte da pessoa examinada. A questão se torna mais complexa quando não há consentimento para tanto, onde surgirão sérios problemas no campo do direito fundamental, ainda maiores aquando do emprego da força física.

4.2.2. A cooperação inconsciente ou enganosa

A cooperação inconsciente é adquirida através da utilização de meios enganosos, podendo citar-se como exemplo as gravações ambientais, as interceções telefônicas e a ação de homens de confiança. Este tipo de cooperação está localizado fora do nível da regra *nemo tenetur se detegere*, visto que o acusado não está sujeito a um interrogatório formal e apenas cede espontaneamente informações, que são colhidas pelo Estado e que serão fixadas no processo.²²²

A prova genética produzida através do engano e da astúcia não deve ser admitida. O Estado — pelo menos é o que se espera — é que busca a prova com ética e ação moralmente aceitáveis. Assim sendo, não se pode esperar do Estado a conquista da prova criminal a todo custo, de modo que solucione o delito. Assim, não se deve acolhimento à prova pericial genética conseguida através de meios ardilosos.

Por exemplo, o polícia que usa meios enganosos para conseguir o consentimento do acusado com o fim de angariar material genético daquele, argumentando para tanto que tal prova irá inocentá-lo. Pela forma utilizada e pela sua finalidade, esta prova deverá ser considerada ilícita.

Como nos ensina RUIZ (2016, p. 58), “sem embargo, não parece razoável deixar de informar o indivíduo dos seus direitos e, nesta hipótese, em razão do engodo provocado, parece claro que o acusado fornece elementos que o possam incriminar. Nesta perspectiva, há flagrante ofensa ao princípio que assegura que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo ou participar de prova que o incrimine”.

Continua RUIZ, trazendo à baila o princípio do procedimento levado a cabo com lealdade, no processo penal alemão, onde se deve levar a investigação criminal com lealdade, sem uso de meios astutos para se alcançar a prova almejada, devendo o acusado ser informado das razões daquela recolha de material genético e das suas consequências, sejam elas positivas (como a sua exclusão da cena do crime) ou negativas, incriminando-o de facto.

²²² Vagner Martelo Filho, “O Princípio e a Regra...”, p. 249.

Assim, a prova produzida por meio de autoinculpação conquistada através da colocação do acusado em situação de engano deve ser rechaçada dos autos sob a pena de ilegal.

“La idea de que el principio *nemo tenetur*, tal como ha hallado su expresión en el § 136, StPO, no solo prohíbe la coacción para declarar, sino que también proteger al imputado de una ‘autoincriminación inducida por el Estado por medio de un error’, de una manipulación de su decisión de declarar por medio del engano estatal.” (RUIZ, 2016, p. 60)

O caso de Gloria Trevi, julgado pelo STF, também escolhido e exposto no **Ponto 1.1.**, é um exemplo em que foi colhido material genético de forma não invasiva e material genético de descarte, ou seja, que não se fez necessária a intervenção corporal direta para esse fim. De toda a forma, o Supremo Tribunal permitiu a colheita do material biológico, mesmo o não consentido, desde que não haja nenhum meio enganoso para fins de investigação.

CAPÍTULO V

O SUJEITO PASSIVO NAS INTERVENÇÕES CORPORAIS

5.1. Recusa do sujeito passivo à submissão das intervenções corporais

Ainda há muitas investigações sobre a importância do consentimento ou não do sujeito nas intervenções corporais, pois, na legislação brasileira, não existe nenhuma lei que se sujeite à fundação das provas invasivas e não invasivas. Enfrenta-se a dissensão frequente se é ou não exigido que o acusado se submeta judicialmente a cooperar com a formação das provas necessárias. O debate está em derredor de concepções constitucionais e processuais que são nada mais do que fundamentais.²²³

Uma das concepções jurídicas que entram em questão é o princípio *nemo tenetur se detegere*. Na íntegra, significa, conforme abordamos, “ninguém é obrigado a descobrir-se”. Este princípio diz que qualquer pessoa que infligir alguma regra judicial não tem a obrigação de se autoincriminar, de elaborar prova que a condene, possuindo como algo mais comum o seu direito ao silêncio.²²⁴

Entretanto, há provas que dependem da colaboração do acusado e provas que não dependem. As que dependem da contribuição do réu podem ser as que implicam ou não intervenções corporais. Na intervenção corporal, as provas são de duas espécies: *invasivas* e *não invasivas*. Uma e outra dependem da colaboração do acusado. Em foco ficarão as que acarretam intervenções corporais. Dentro das intervenções corporais, as provas invasivas são as que necessitam de penetração no organismo humano para serem elaboradas. Como exemplo, podemos citar a identificação dentária, exames de sangue, exames ginecológicos, exames de reto, endoscopia, etc. Por outro lado, temos as provas não invasivas, que são as que não carecem de penetração no corpo humano do réu.²²⁵

Apesar de ser uma intervenção corporal e de necessitar de consentimento da parte do réu, não é invasiva, isto é, não se introduz nada no corpo humano, sejam instrumentos ou substâncias. Os exemplos que temos para este tipo de prova são

²²³ Renata Jardim Fraga, “A Necessidade do Consentimento na Produção de Provas que Implicam Intervenção Corporal no Acusado”. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/renata_fraga.pdf (acedido em março de 2016).

²²⁴ Marcus Renan Palácio de M.C. dos Santos, “Princípio *nemo tenetur se detegere* e os Limites a um Auposto Direito de Mentir”. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/3Prncipiopionemotenetur.pdf> (acedido em março de 2016).

²²⁵ Renata Jardim Fraga, *op. cit.*, p. 15.

baseados em exames de matérias fecais, impressão dos pés, radiografias, identificações datiloscópicas, fios de cabelo e pelos, unhas e palmar. As que não dependem da contribuição do acusado são provas que não acarretam a sua intervenção corporal. Os exemplos são: exame clínico de embriaguez, exame grafotécnico, alcoolímetro, reconhecimento, acareação, reconstituição do facto.²²⁶

A acareação significa colocar pessoas que prestam depoimento de formas diferentes frente a frente, com o objetivo de obter a certeza do Juiz sobre a verdade dos factos onde as alegações destas pessoas discordam. Em relação aos factos e aos argumentos pertinentes para o processo, onde forem encontradas divergências, a acareação pode ser executada entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre pessoas ofendidas.²²⁷

Retrocedendo ao princípio *nemo tenetur se detegere*, este diz que, sem detrimento, nenhum acusado tem o direito de recusar qualquer procedimento que possa acarretar a sua inculpação. Na Constituição brasileira, o tratado supracitado direito foi representado de maneira vasta, fazendo com que se restrinja o desempenho na procura de desatar os delitos, considerando-se que, caso o réu não se proponha contribuir com tais procedimentos, o Estado não consegue dispor de provas suficientes para concluir os processos.²²⁸

A busca da prova com o consentimento do acusado facilita a aceitação desta mesma prova, tendo em vista a disponibilidade corporal, não havendo nenhum óbice para a intervenção corporal.

Podemos entender que a razão do consentimento, muitas vezes, está no desejo de demonstrar a inocência, com a concordância da submissão à intervenção corporal.

Algumas questões merecem profunda análise, como dito antes, ainda que não se tenha a pretensão de exaurir as problemáticas sobre o tema. Quando o indivíduo espontaneamente desejar submeter-se a esta intervenção, sabendo que o resultado irá incriminá-lo, estaremos aí perante um meio de confissão corporal? Seria isso uma atenuante?

²²⁶ Renata Jardim Fraga, *op. cit.*, p. 18.

²²⁷ REVISTABW, “Direito Processual Penal: Acareação”, in *Revista Brasileira de Web*, disponível em: <http://www.revistabw.com.br/concursos/direito-processual-penal-acareaao/> (acedido em 29/02/2016).

²²⁸ Ludmila Corrêa Dutra, “Limites e Implicações do Princípio *nemo tenetur se detegere* nas Intervenções Corporais Probatórias”, in *Revista Pensar Direito*, vol. 6, n.º 2, 2015, pp. 10-21.

Segundo RUIZ (2016, p. 31), trata-se de uma nova espécie de confissão, a *confissão genética*, com a qual se concorda por completo, diante da espontaneidade por parte do confesso:

“Por fim, a confissão atualmente deve ser aceita quando realizada de forma voluntária, sem constrangimentos físicos ou psíquicos ao confesso. A autonomia do acusado para desejar ou não confessar deve ser respeitada. Nesta toada, se a concessão de parte do corpo do acusado ocorrer de forma livre, com o consentimento do acusado em ceder seus fluídos biológicos para realização de exame genético e sabedor que com este ato está se autoincriminando, assim, está-se diante de uma nova espécie de confissão. A confissão genética.”²²⁹

Conforme o § 81 do Código de Processo Penal alemão, o acusado deve aceitar a intervenção corporal. “El deseo de investigar la verdad es claramente preferente sobre el interés del acusado en conservar cualquier información acerca de su cuerpo en secreto y impedir su uso como prueba.”²³⁰

Pelo direito a não se autoincriminar, não pode haver reflexo de criminalização, como responder pelo crime de desobediência, pelo facto de não se consentir a intervenção corporal e ceder amostras de fluídos. Havendo legislação e judicialidade, deve-se buscar outra solução, pois esta afronta princípios fundamentais, além de beneficiar o acusado. Portanto, em momento oportuno será traçada opinião quanto a esta situação específica, sendo o cerne deste trabalho.

Segundo o STF, o direito de silenciar factos, em tese, criminosos existe não apenas em juízo, durante o interrogatório do réu, mas em qualquer órgão ou instância estatal de apuração de factos possivelmente delituosos — o que abrange depoimentos perante autoridades policiais, judiciárias e parlamentares, esteja o acusado preso ou solto, ponto em que o inciso LXIII do art.º 5º, segundo o STF, deve receber interpretação extensiva (HC 99 289, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

²²⁹ Thiago Ruiz, *A Prova Genética no Processo Penal*, Editora Almedina, São Paulo, 2016.

²³⁰ Claus Roxin, *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Penal*, 1.ª Edição, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2007, pp. 98-99.

5.2. Legislações distintas em sede de Direito Comparado²³¹

O Direito Comparado é um sistema jurídico que ultimamente tem sido visto com extrema relevância para os juristas. Embora os assuntos colocados contenham várias mudanças e tenha surgido muita dissensão na sociedade atual, as concepções de antigamente ainda subsistem.²³²

O Direito Comparado foi encarado, durante algum tempo, como uma preocupação desprezível. À medida que os estudos se foram aprimorando e amadurecendo, foram desveladas as suas finalidades, que provam a sua dignidade. O Direito Comparado é proficiente nos estudos históricos ou filosóficos que implicam o direito, para compreender e aprimorar o direito nacional e para compreender a população estrangeira e designar uma melhor administração para o relacionamento com a vida internacional.²³³

A relevância do Direito Comparado tem sido ressaltada não só pelos juscomparativistas, como também pelos estudiosos do Direito. Como hoje em dia se tem mais agilidade e facilidade em comunicar e obter informações, percebe-se que existe um contínuo contacto com outros países, qualquer que seja o tipo de relacionamento — seja ele económico, comercial, pessoal ou político. A concepção do Direito Comparado está exatamente conectada com a demarcação da sua origem, isto é, se é uma ciência ou apenas um método.²³⁴

5.2.1. O Direito Processual em Portugal

Os exames, enquanto “meios de obtenção da prova, são instrumentos de que [se] servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de prova”. Os exames

²³¹ São muitos os posicionamentos que merecem destaque na matéria invocada, entre eles o de CARBONE, que defende que a extração de sangue, de cabelos e/ou de pelos pubianos, ou as amostras epiteliais, é legítima mesmo contra a vontade do acusado, desde que cumpra os requisitos indispensáveis da racionalidade, proporcionalidade, necessidade, utilidade e relevância, e não viole o direito à privacidade, à dignidade física e, tão-pouco, o direito à dignidade humana, uma vez que somente afetam de forma leve o corpo humano e não ofendem a proibição de tratamento desumano e degradante, quando realizados por pessoas habilitadas e com o limite de não colocar em perigo a vida ou a saúde. Da mesma forma, o seu consentimento prévio é necessário para a realização da diligência da extração de amostra de sangue (Cfr. Carlos A. Carboni, *La Prueba Penal ante la Coerción del Imputado*, (trad. da autora), Nova Tesis, Rosario, 2007, pp. 107-108: “La extracción de sangre, de cabellos y/o vello pubiano, muestras epiteliales, es legítima en contra de la voluntad del sindicado si cumple los requisitos indispensables de razonabilidad, proporcionalidad, necesidad, utilidad y pertinencia y no viola su derecho a la intimidad, la integridad física ni tampoco su dignidad humana, ya que solo afecta en forma leve la integridad corporal y no si viola la prohibición de tratos inhumanos y degradantes cuando son realizados por personas habilitadas y con el límite de no poner en peligro la vida o la salud. Tampoco es necesario su previo consentimiento para llevar a cabo la diligencia de extracción de muestra sanguínea.”

²³² Orione Dantas de Medeiros, “Direito Constitucional Comparado: Breves aspectos epistemológicos”, in *Revista de Informação Legislativa*, vol. 4, n.º 188, Senado Brasileiro, 2010.

²³³ Francisco Ovídio, “Aspectos do Direito Comparado”, in *Revistas USP*, São Paulo, 1984, pp. 5-15.

²³⁴ Ludmila Corrêa Dutra, “Limites e Implicações...”, pp. 10-21.

têm previsão legal nos artigos 171.º a 173.º do Código de Processo Penal português, o qual, no seu artigo 171.º, dispõe: “Por meio de exames das pessoas, dos lugares e das coisas, inspecionam-se os vestígios que possa ter deixado o crime e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi cometido.”

A finalidade do exame é realizar a sua fixação de forma documental, do modo que o Julgador observe os factos relevantes em sede de matéria probatória.

Para GONÇALVES (2009), “o n.º 1 deste artigo considera os exames um meio de inspecionar os vestígios que o crime pode ter deixado e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi cometido”.²³⁵

No direito português, averigua-se o reconhecimento do direito à não autoincriminação tanto em sede constitucional quanto em sede infraconstitucional, sendo certo que a Constituição da República Portuguesa, em vários dos seus dispositivos, consagra, ainda que implicitamente, o *nemo tenetur se detegere*. DIAS (2009, pp. 14-15) afirma: “Ao contrário de outras Leis Fundamentais, a Constituição da República Portuguesa (CRP) não tutela expressamente o *nemo tenetur*. A consagração expressa no princípio surge no Código de Processo Penal (CPP), na vertente do direito ao silêncio (art.ºs 61.º, n.º 1, *al. d*); 132.º, n.º 2; 141.º, n.º 4, *al. a*), e 343.º, n.º 1, do CPP). Maugrado [sic] a ausência de previsão na CRP, tanto a doutrina como a jurisprudência portuguesa são unânimes quanto à natureza constitucional implícita do *nemo tenetur*. [...] O princípio *nemo tenetur* goza de consagração constitucional implícita no Direito português [...] e desdobra-se numa série de corolários, o mais importante dos quais é o direito ao silêncio.”²³⁶

No mesmo sentido no ensina o Professor MENDES (2010, pp. 125-126):

“O princípio segundo o qual ninguém deve ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação, que engloba o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova, não consta expressamente do texto da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), mas ‘a doutrina e a jurisprudência portuguesas são unânimes não só quanto

²³⁵ Fernando Gonçalves, Manuel João Alves, *A Prova do Crime – Meios Legais para a sua Obtenção*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 55.

²³⁶ Augusto Silva Dias, *O Direito à Não Auto-inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-ordenacional Português*, Coimbra Editora, Lisboa/Coimbra, 2009.

à vigência daquele princípio no direito processual penal português, como quanto à sua natureza constitucional'. Há quem baseie o princípio muito simplesmente nas garantias processuais, consagradas genericamente nos artigos 20.º, n.º 4, *in fine*, e 32.º, n.º 1, [da] CRP. Outros, porém, consideram, não obstante aceitarem tais garantias processuais como fundamento directo e imediato o *nemo tenetur*, que este princípio carece ainda de uma fundamentação última de carácter não processualista, mas antes de ordem material ou substantiva, ligando-o desta feita aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, nos termos do art.º 1.º [da] CRP. Seja como for, o princípio *nemo tenetur* é aceite por todos.”²³⁷

Quando da recusa à submissão ao exame para recolha de material genético, pode ser compelido a fazê-lo, através de decisão da autoridade judiciária competente (art.º 172.º, n.º 1, do CPP).²³⁸

Nos exames suscetíveis de ofensa ao pudor, devem ser respeitados a dignidade e o pudor das pessoas que serão submetidas aos exames (art.º 172.º, n.º 2), como nos ensina o Professor MENDES (2013, pp. 183-184):

“[...] assim como a revista deve respeitar o pudor do visado (art.º 175.º, n.º 2). Um homem, se não for médico, a examinar o corpo de uma mulher, ou um homem a revistar uma mulher são situações suscetíveis de atentar contra o pudor da pessoa visada. Nos termos do CPP, essas violações não implicam, porém, a subtração das provas eventualmente obtidas à posterior valoração”.²³⁹

²³⁷ Paulo de Sousa Mendes, *As Garantias de Defesa no Processo Sancionatório Especial por Práticas Restritivas da Concorrência Confrontadas com a Jurisprudência 220 do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Almedina, Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, Ano I, n.º 1. jan./mar. 2010, pp. 125-126.

²³⁸ Artigo 171.º: “Pressupostos. 1 – Por meio de exames das pessoas, dos lugares e das coisas, inspeccionam-se os vestígios que possa ter deixado o crime e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi cometido [...]; Artigo 172.º: Sujeição a exame. 1 – Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente; 2 – É correspondentemente aplicável o disposto nos n.ºs 3 do artigo 154.º e 6 e 7 do artigo 156.º; 3 – Os exames suscetíveis de ofender o pudor das pessoas devem respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter. Ao exame só assistem quem a ele proceder e a autoridade judiciária competente, podendo o examinando fazer-se acompanhar de pessoa da sua confiança, se não houver perigo na demora, e devendo ser informado de que possui essa faculdade.”

²³⁹ Paulo de Sousa Mendes, *Lições de Direito Processual Penal*, Almedina, Lisboa, 2013, pp. 183-184.

No **Capítulo VIII** do presente trabalho, o Direito Português será aprofundado através da análise dos casos.

5.2.2. O Direito Processual em Espanha

Em conformidade com as decisões do Tribunal Constitucional espanhol n.ºs 35/1996, 207/1996 e 5/2002, temos o seguinte entedimento:

“Ao tratar-se de diligências que recaem sobre a materialidade física da pessoa, inevitavelmente incidem ou afetam os seus direitos fundamentais: seguindo a classificação realizada pela STC 207/1996, de 16 de dezembro (RTC 1996, p. 207), bem [como] ao direito à intimidade corporal, que forma parte da intimidade pessoal do artigo 18.º, n.º 1, da Constituição, quando se trate de inspeções ou registos corporais; bem [como] ao direito à integridade física do artigo 15.º, na hipótese de intervenções corporais em sentido estrito. Por sua vez, teremos oportunidade de ver que a execução dos registos corporais deve ser respeitosa com a dignidade da pessoa, sem que possa constituir um trato desumano ou degradante, proibidos pelo artigo 15.º da Constituição; e a execução das intervenções corporais em sentido estrito não pode supor um perigo para a saúde do afetado, já que, ainda que o direito à proteção da saúde se encontre constitucionalizado no artigo 43.º da Constituição, também resulta afetado o direito à integridade física por medidas perigosas para a saúde.”²⁴⁰ (GÓMEZ AMIGO, 2003, pp. 27-28, [tradução nossa])

O artigo 363.º da Ley de Enjuiciamiento Criminal permite ao juiz instrutor determinar, motivadamente, a obtenção de mostras biológicas do suspeito, desde que respeite os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Texto original do dispositivo legal:

“Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia. Siempre que concurran acreditadas razones

²⁴⁰ Luis Gómez Amigo, *Las Intervenciones Corporales como Diligencias de Investigación Penal*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 27-28.

que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.”

GÓMEZ AMIGO discorre sobre a possibilidade da via coercitiva das intervenções corporais em face do suspeito/acusado (excetuando a vítima), por meio de coação direta (força física), compreendendo-as como uma obrigação do indivíduo, quando houver ordem judicial motivada e analisadas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade *stricto sensu* no caso concreto, e quando o exame não importar em medida vexatória ou degradante, nem expuser a risco a vida ou a saúde do sujeito passivo.

“E em caso de intervenções corporais dispostas como diligências de investigação no processo penal, trata-se de medidas que têm sido ordenadas judicialmente, depois de ponderar a existência de um fim constitucionalmente legítimo (exercício do *ius puniendi*) a atingir, o qual é imprescindível para a adoção da medida, e à proporcionalidade entre a limitação do direito fundamental afetado e a obtenção do fim perseguido, pelo que parece claro que, desde a perspectiva de seus pressupostos de legitimidade constitucional, a submissão às medidas de intervenção corporal constitui uma obrigação em sentido estrito; e isso, independente de que se entenda que, ante a negativa do sujeito passivo a sua realização, pode proceder-se ou não à execução coativa direta das mesmas. Por isso, consideramos que a submissão às intervenções corporais no processo penal não pode configurar-se como uma carga. Esta conclusão, não obstante, não é aplicável à vítima do delito, para a qual, como já temos assinalado, tal submissão não deve entender-se como uma obrigação, senão como uma carga. [...] Assim pois, tratando-se de uma obrigação, o único modo adequado de assegurar o cumprimento da resolução judicial que ordena a prática de uma intervenção corporal, quando o sujeito afetado se negue a submeter-se a ela, é sua direta execução forçada, mediante o emprego de força física se necessário. Mas com isso, voltamos à questão fundamental proposta no início, que é se este tipo

de intervenções pode impor-se pela força. [...] Portanto, uma vez que a medida tem sido disposta conforme seus pressupostos de legitimidade, consideramos que resulta constitucionalmente lícita sua execução por meio da coação direta ou física, se for preciso, sempre que, em virtude da coação empregada, não se incorra em tratos vexatórios ou degradantes, nem se coloque em risco a saúde do afetado, como se deduz das sentenças examinadas.”²⁴¹

5.2.3. O Direito Processual em Itália

Segundo MARTELETO FILHO (2012, p. 131), “na Itália, o artigo 146.º do Código de Processo Penal de 1930 (Código Rocco) exarava autorização genérica para que todo [o] juiz, no exercício de suas funções, pudesse requisitar a intervenção de força pública e prescrever tudo aquilo que fosse necessário para o cumprimento das suas determinações”.²⁴²

Com a posição de declaração de inconstitucionalidade parcial do art.º 224.º do Código de Processo Penal italiano na sentença 238/1996 da Corte Constitucional Italiana, no que concerne à possibilidade de o juiz determinar genericamente medidas que viessem a interferir sobre a liberdade pessoal do indivíduo, com a finalidade de obtenção de material para perícia ou para realização de perícia, posicionou-se MARIA ELIZABETH QUEIJO:

“A Corte decidiu, desta vez, que o princípio estabelecido no art.º 13.º, inciso 2.º, da Constituição exigia a indicação positiva, pelo legislador, dos pressupostos e limites para adoção de medidas que incidissem sobre a liberdade pessoal. Dessa forma, não se poderia deixar a questão a cargo da discricionariedade do juiz. Por isso foi declarada inconstitucional parte do art.º 224.º do diploma processual penal que consentia ao juiz, com a finalidade de realizar perícia, dispor de medidas que viessem a incidir sobre a liberdade pessoal do investigado, do acusado ou de terceiros, sem prever especificamente os casos e modos em que poderia ser adotada. [...] Entretanto, ressaltou-se, na mesma decisão, que a coleta sanguínea não pode ser

²⁴¹ Luis Gómez Amigo, *Las Intervenciones...*, pp. 44, 45 e 48 [tradução nossa].

²⁴² Wagner Marteleto Filho, *O Direito a Não Autoincriminação no Processo Penal Contemporâneo: Investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*, Del rey, Belo Horizonte, 2012, p. 131.

entendida como intervenção que comprometa a integridade física ou psíquica, ou mesmo a dignidade do acusado. [...]

Salientou-se que a generalidade do art.º 224.º do diploma processual penal se colocava em contraste com os dispositivos constitucionais enfocados. Isto porque, sob essa ótica, a coleta sanguínea é [uma] importante restrição à liberdade pessoal. Assim, seria necessária uma previsão normativa específica dos casos e dos modos em que tais restrições de liberdade pessoal poderiam realizar-se.” (QUEIJO, 2012, p. 319)

Com a entrada em vigor da Lei n.º 85, de 30 de junho de 2009, que, no seu art.º 24.º introduziu o art.º 224-bis ao Código de Processo Penal italiano, houve expressa previsão da possibilidade de determinação judicial para realização de intervenções corporais coercitivas para obtenção de fios de cabelo, pelo ou mucosa da boca.

O mencionado dispositivo legal dispõe ainda que a intervenção corporal para obtenção de fios de cabelo, pelos ou mucosa da boca não pode expor a risco de vida, a integridade física ou a saúde do sujeito passivo da medida, nem expor a sofrimento físico, não sendo permitidas tais medidas no direito italiano.

Mesmo com a entrada em vigor da Lei n.º 85/2009, persiste a orientação determinada pela Sentença da Corte Constitucional Italiana n.º 238/1996, no que toca às intervenções corporais para extração de sangue sem o consentimento do indivíduo, em razão da inexistência de regulação normativa expressa e suficiente.

De acordo com a convicção de MARTELETO FILHO (2012, p. 133), “a coleta de sangue não foi prevista pela nova regulamentação, o que sugere que, em relação a esta, deve prevalecer o entendimento esposado na *Sentenza* 238/1996, da Corte Constitucional”.²⁴³

“Art.º 224-bis. Procedimento do juiz para perícias que requerem a realização de atos idóneos a afetar a liberdade pessoal. 1. Quando se procede por homicídio doloso, consumado ou tentado, para o qual a lei prescreve a pena de prisão perpétua ou prisão por um prazo máximo de três anos e, noutros casos expressamente previstos na lei, se para a execução da perícia é necessário realizar atos que afetam a liberdade pessoal, tais como a remoção de fios de cabelo, de pele ou de mucosa oral sobre pessoas vivas, para efeitos de determinar os resultados de perfil médico de ADN, e não há o consentimento

²⁴³ Wagner Marteleto Filho, *O Direito a Não Autoincriminação...*, p. 133.

da pessoa a ser examinada pelo perito, o juiz, até mesmo *ex officio*, por despacho fundamentado, pode determinar a execução coativa, se esta resulta absolutamente indispensável para a prova dos factos”²⁴⁴ (tradução nossa).

Em relação à extração de sangue para realização de exame de DNA, persiste a vedação contida no Acórdão n.º 238/1996 da Corte Costituzionale, até à edição de diploma legal regulador da matéria. É de ressaltar que existem posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais em sentido oposto, interpretando que restaram rececionadas tais medidas junto ao art.º 224-bis do Código de Processo Penal italiano.

Para termos um parâmetro da utilização dos Recursos Genéticos na Investigação Policial, VIGONI posiciona-se do seguinte modo: “Nesse período, mais precisamente no ano de 1995, a Polícia Científica recorreu a exames genéticos para produção de prova em cerca de mil delitos. Em 65% houve voluntária submissão ao exame, em 34% foi necessário o recurso à coercitividade e em 1%, em torno de 10 casos, o juiz não considerou oportuno atender o pedido de coerção para consecução do teste.” (VIGONI, 1996, p. 1024)

5.2.4. O Direito Processual na Alemanha

No processo penal alemão, o § 81a da StPO Prevê o “(1) [...] exame corporal do arguido (*Beschuldigten*) para constatação de factos significativos para o processo. Com esta finalidade são admissíveis, sem o consentimento do arguido, as provas de análise de sangue e outras intervenções efectuadas por um médico segundo as *leges artis* com finalidade de investigação, desde que não criem perigo para saúde do arguido.” (AGOSTINHO, 2014, pp. 37-38).

HADDAD, comenta assim o artigo 81a do Código de Processo Alemão:

“O exame corporal pode ser ordenado pelo juiz, pelo representante do Ministério Público ou pela autoridade policial em caso de urgência. A coleta de sangue, a análise genética, o encefalograma, entre outros, são executados por um médico, a teor do § 81a StPO, sem necessidade de consentimento do acusado. O assentimento do réu somente é exigido se há risco para a saúde, em caso de intervenção médica particularmente grave ou suscetível de fracasso. Mesmo para as pessoas que possuam no corpo uma sequela ou um elemento do crime

²⁴⁴ Disponível em: <http://www.altalex.com/documents/news/2014/03/26/mezzi-di-ricerca-della-prova> (acedido em agosto de 2016).

(projétil, veneno, espermatozoides, etc.) é cabível a intervenção médica, aplicando-se medidas de constrição em caso de recusa, além de se condenar ao pagamento de multa.” (HADDAD, 2005, pp. 310-311)

O CPP alemão prevê medidas que incidem sobre o corpo humano, dividindo-as em investigações corporais (*Korpeliche untersuchung*), consideradas de complexidade menor e sem exposição de risco para a vida ou para a saúde do indivíduo; e em ingerências corporais (*Korpeliche Eingriffe*), como sendo as mais graves e que geram riscos para a saúde do destinatário da medida.

Portanto, com a redação do § 81a do CPP alemão, verifica-se a previsão legal para submissão do suspeito ou do acusado a intervenções corporais consistentes em exames sanguíneos e noutras intervenções, mesmo em casos de não consentimento do sujeito passivo de tais medidas, autorizando as medidas compelidas com a condução obrigatória do indivíduo ao local da extração dos elementos do corpo humano, e ainda criando uma responsabilização em caso de recusa, com pena de multa.

É de ressaltar que a previsão legal do parágrafo 81a da Ordenação Processual Penal alemã exige a necessidade de ordem judicial determinando a realização de intervenções corporais no corpo do arguido. Caso haja risco com a demora, fica legitimado o Ministério Público para ordenar a sua execução, condicionada à validade da medida, em último caso, ao conhecimento posterior pelo magistrado.

“A intervenção corporal deverá ser ordenada por juiz. Em caso de perigo na demora, poderá ser determinada também pelo Ministério Público ou [pelos] seus auxiliares. A polícia somente poderá determinar a intervenção se algum dos seus funcionários for auxiliar do Ministério Público.” (QUEIJO, 2012, p. 329)

Outros pontos que merecem especial destaque são: *i*) que haja imprescindibilidade das intervenções corporais; *ii*) que estas não culminem em risco para a vida ou para a saúde do sujeito passivo da medida; *iii*) que sejam realizadas por médicos; *iv*) havendo risco de ocasionar riscos potenciais para a saúde e para a vida, somente com o consentimento do indivíduo e após este ter consciência dos riscos. Exemplo disso são os procedimentos relacionados com a punção lombar, a utilização de eméticos para regurgitar substâncias estupefacientes, etc.

Assevera GURIDI (1999, pp. 93-95), a respeito do posicionamento da doutrina e da jurisprudência alemã:

“Mas é, sem dúvida, na doutrina e jurisprudência alemãs que, com maior claridade, se aprecia uma preocupação mais intensa a respeito disto e é aqui que se condiciona de forma determinante a admissibilidade constitucional das análises de ADN, a que estes se mantenham nos limites não codificantes do mesmo. A opinião doutrinária e o sentido interpretativo da jurisprudência dos Tribunais daquele país acabam por assentar no direito positivo, trazendo a recente reforma da StPO, de 17 de março de 1997, que aparece publicada no Boletim Oficial (*Bundesgesetzblatt*) com o expressivo rótulo de *DNA-Analyse* (*‘Genetischer Fingerdruck’*) e que antecipa de alguma maneira que a análise de ADN se tem de limitar ao que se conhece como ‘impressão digital genética’, isto é, ao que resulta da aplicação do método descoberto por Jeffreys e que não é outra coisa senão um padrão de faixas semelhante ao código de barras presente em muitos dos produtos que consumimos. Estas expressas limitações à extensão faz com que resultem admissíveis no âmbito forense as análises de ADN, que constituem, em nossa opinião, a construção mais respeitosa com o direito à intimidade e com o princípio da proporcionalidade. [...] Conscientes do risco que supõe para a personalidade do indivíduo o facto de não se dimensionar com precisão o contorno da matéria a investigar, também as sucessivas instâncias judiciais, incluindo o Tribunal Constitucional alemão, afirmaram temporaneamente que as análises genéticas nas atuações judiciais tinham de limitar-se estritamente ao âmbito não codificante. A sentença do LG Heilbronn, de 19 de janeiro de 1990, assinala a respeito que ‘a informação acerca da personalidade que pode derivar-se da *genetische Fingerabdruck* é do mesmo alcance que a obtida a partir das tradicionais impressões digitais, isto é, praticamente nula’. [...] Por último, o BVefG, em resolução de 18 de setembro de 1995, coincidindo com o até agora afirmado, pronuncia-se a favor da constitucionalidade da análise de ADN quando esta se limita ao âmbito não codificante, pois ‘não é portador de informações sobre as qualidades hereditárias do ser humano’.” (tradução nossa)

Portanto, as informações e os dados genéticos obtidos através das análises de ADN, derivadas das intervenções corporais, sofrem profunda limitação no ordenamento jurídico alemão, no qual apenas a simples análise do ADN não codificante pode ser utilizada, entendimento este que é o da doutrina e da jurisprudência, de modo que características hereditárias do indivíduo sejam expostas e não se violem os direitos de personalidade, de intimidade e o princípio da proporcionalidade.

Logo, vedada está a utilização de análise do ADN na sua forma codificante, seja para desenvolvimento de perfis criminológicos, de perigosidade ou potencialidade delitiva.

Da mesma forma, defende Guridi:

“O princípio da proporcionalidade resulta, pois, exigível nas análises de ADN tal como temos podido comprovar. Admite-se que a sua prática incide especialmente sobre a esfera dos direitos mais básicos do indivíduo, independentemente da prévia diligência de intervenção corporal necessária para a obtenção das provas biológicas. Agora, bem, a admisibilidade da análise de ADN e o respeito pelo princípio da proporcionalidade têm estado condicionados a que tal análise se veja limitada ao âmbito não codificante do ADN. Este é considerado neutral desde a perspectiva do direito à personalidade e dos dados que podem obter-se a partir dele. Neste sentido se tem posicionado a jurisprudência do BGH e do BverfG.” (GURIDI, 2000, p. 85 [tradução nossa])

É admitida a intervenção corporal sobre o suspeito/acusado, em face de vítimas e testemunhas, desde que existam suspeitas de que possam conter material biológico importante para o esclarecimento do delito.

“O § 81 c) da StPO prevê a realização de intrusões corporais em ‘pessoas distintas do arguido’, encontrando-se tal círculo de pessoas delimitado segundo dois critérios: que se trate de testemunhas, e, por outro lado, que sejam portadoras de impressões, vestígios ou consequências do crime... sendo exigível, ao invés, que possa reportar alguma informação ao processo, mesmo que nada tenha observado, por exemplo: uma

vítima inconsciente, ou que seja incapaz de produzir qualquer declaração, por exemplo: bebé.”²⁴⁶

As medidas sobre terceiros estão previstas no parágrafo 81c da Ordenação Processual Germânica e autorizam a extração de material para análise sanguínea e outros elementos biológicos para se obter a verdade. Caso a testemunha recuse, sem uma justificação, incidirá o § 70 StPO (aplicação de multa). Caso persista na recusa, mesmo após a sanção pecuniária, pode o Magistrado determinar a realização pela via coativa fisicamente, conforme o § 81c, devendo ser fundamentada tal decisão. Pela via coativa somente poderá realizar a extração de sangue.

Outra questão que merece especial destaque é a realização de teste de ADN em massa, com o § 81 h) da StPO “sobre grupo de pessoas com determinadas características físicas (cor de cabelo ou olhos; idade) ou por pertencerem a um determinado grupo (habitantes de um dado local), mas sobre as quais não incide qualquer suspeita inicial”. (AGOSTINHO, 2014, p. 44)

Continua AGOSTINHO: em caso de recusa, “embora o § 81 h) se refira a uma participação voluntária, ‘o facto é que a recusa na recolha de tais elementos funciona como uma suspeita que fundamenta uma ordem de recolha de ADN obrigatória, o que implica que praticamente ninguém possa livrar-se destas medidas. A recusa de prestar consentimento equivale assim à afirmação de uma suspeita que legitima o recurso ao § 81 g) para colheita de amostras biológicas a fim de serem submetidas a comparação de perfis genéticos”. (AGOSTINHO, 2014, p. 44)

É de se concluir que, no ordenamento jurídico alemão, em caso de recusa na submissão a recolha de material genético, pode ser utilizada a via coativa. Isto, nos casos de consentimento indispensável e com total consciência dos riscos do procedimento que pode gerar risco para a saúde ou para a vida. Tem de haver decisão fundamentada do Magistrado para exigência de tal medida, e, em casos de urgência incontornável, poderá ser determinado pelo membro do Ministério Público.

Deve o magistrado fazer ponderações pelas medidas menos gravosas e estritamente necessárias, utilizando do princípio da proporcionalidade para tanto.

Da mesma forma, não se pode olvidar do dispositivo contido no § 81 h) em que a recusa da medida de recolha dá azo a uma submissão da medida pela via compelida, em

²⁴⁶ Patrícia Naré Agostinho, *Intrusões Corporais em Processo Penal*, 1.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

razão de nascer a suspeita, incidindo o § 81 g) e legitimando-se a recolha pela via coativa.

No sistema processual penal alemão, o acusado não tem o direito de se recusar a colaborar com a investigação, devendo cooperar para isso, sob pena de execução forçada. Relativamente a este ponto, ROXIN (2007, p. 100) afirma que o interesse de investigar a verdade prevalece sobre o interesse do acusado em conservar qualquer informação sobre o seu corpo em segredo e impedir o seu uso como prova. A justificação para o consentimento da intervenção forçada é o entendimento alemão pacificado de que os direitos fundamentais não são absolutos, e de que, em certos casos, podem ser limitados no processo penal, tendo-se por base a ponderação dos bens jurídicos e o princípio da proporcionalidade.²⁴⁷

5.3. As intervenções corporais compelidas e a investigação genética no sistema processual do Brasil

Existe grande discussão doutrinária no campo das intervenções corporais e da sua admissibilidade no sistema processual penal brasileiro, considerando-se o reconhecimento do *nemo tenetur se detegere*.

O critério da liberdade dos meios de prova ou da não taxatividade dos meios probatórios, onde somente são rechaçadas, no processo penal, aquelas que são expressamente vedadas ou que afrontem a dignidade humana.

Discorre PACELLI a propósito das intervenções corporais no sistema jurídico brasileiro:

“No Brasil, as intervenções corporais previstas em lei são pouquíssimas e, não bastasse, nem sequer vêm sendo admitidas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sempre fundamentada no princípio constitucional da não auto-incriminação. Nesse sentido, por exemplo, a Suprema Corte reconheceu o direito de um acusado a não fornecer padrões gráficos para exame pericial, ao entendimento de que o réu não era obrigado a fazer prova contra si. Igual ponto de vista poderia ser aplicado também ao conhecido bafômetro, que vem a ser o teste de alcoolemia, para fins de comprovação da quantidade alcoólica ingerida pela pessoa. Aliás, parece-nos que o bafômetro deve ser

²⁴⁷ Claus Roxin, *Passado, Presente y Futuro Del Derecho Processual Penal*, 1, Ed. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, p. 100.

criticado muito mais por questões técnicas, no plano da qualidade e da idoneidade de sua eficácia probatória, do que por suposta violação do direito ao silêncio. Saliente-se que ambas as formas de ingerência corporal têm previsão expressa na lei (art.º 174.º, CPP, e art.º 277.º, Lei n.º 9503/97), e, a nosso aviso, satisfazem, em tese, as exigências normalmente requeridas para a aplicação de semelhante modalidade probatória. [...] O que deve ser protegido, em qualquer situação, é a integridade, física e mental, do acusado, a sua capacidade de autodeterminação, daí porque são inadmissíveis exames como o do soro da verdade ou de ingestão de qualquer substância química para tal finalidade. E mais: deve ser também protegida a dignidade da pessoa humana, a vedar qualquer tratamento vexaminoso ou ofensivo à honra do acusado, e o reconhecimento do princípio da inocência. Reputamos, por isso, absolutamente inaceitável a diligência policial conhecida como reprodução simulada ou reconstituição dos fa[c]tos (art.º 7.º, CPP). Não vemos, contudo, como a exigência de fornecimento de padrões gráficos possa afetar quaisquer dos valores protegidos pelo princípio da não auto-incriminação ou do direito ao silêncio, parecendo-nos exorbitante do âmbito de proteção da norma constitucional a referida decisão da Suprema Corte.”²⁴⁸

Relativamente às intervenções corporais, quando ocorrem através do consentimento válido, expresso, informado, sem artifícios, a doutrina entende pela sua admissibilidade. Seja através da intervenção não invasiva ou invasiva, desde que não tragam risco para a saúde ou para a vida do periciando, e havendo consentimento, deverá ter o seu valor probatório apreciado.

Da mesma forma, parte da Doutrina defende a aplicação da presunção desfavorável para aquele que apresenta recusa injustificável para medida de intervenção corporal, aduzindo para tanto a impossibilidade de submissão de forma compelida do sujeito passivo, tanto em razão da inexistência de regulação legal como devido à afronta ao princípio da não autoincriminação.

Neste sentido, afirma MARTELETO FILHO:

²⁴⁸ Eugênio Pacelli de Oliveira, *Curso de processo penal*, vol. 11, ed. atual., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, pp. 345-346.

“O posicionamento de João Cláudio Couceiro, de Eugenio Pacelli de Oliveira e Marcelo Schimer Albuquerque também não nos parece o mais adequado, na medida em que a inversão do ônus da prova não se afigura compatível com a presunção de inocência, o que causa uma verdadeira ruptura lógica no sistema, de maior custo do que a própria aceitação das intervenções coercitivas. Além disso, desconsideram, os respeitados autores, as situações em que se faz necessária a realização de intervenção corporal coercitiva em terceiros (vítima ou testemunha), o que não se resolveria pela via da inversão do ônus da prova, desatendendo-se os deveres de proteção e o princípio da proporcionalidade no plano da adequação.”²⁴⁹

O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou sobre as provas em que é necessário fazer a postura passiva do indivíduo, assim como a intervenção corporal com colheita de material genética no corpo da pessoa, sem desprendimento natural ou voluntário. Tais como a extração de sangue, de pelos, de saliva, a colheita de fios de cabelo, e outras mais.

“Com relação à exigência de conduta passiva, como o fornecimento de material genético para a realização de perícia, a Suprema Corte ainda não se defrontou diretamente com o tema na seara do processo penal. Houve apenas uma decisão (RCL. n. 2.040/DF), autorizando-se a coleta de material genético da placenta da gestante, sem sua autorização, para fins de exame de DNA, em investigação de delito de estupro. No rumoroso caso, a gestante encontrava-se recolhida em cela da polícia federal, e imputava o delito a policiais federais. Porém, deve se acentuar que o material a ser examinado já se encontrava fora do corpo da gestante, não se tratando, a rigor, de intervenção corporal em sentido estrito.”²⁵⁰

“Partes desintegradas do corpo humano: não há, nesse caso, nenhum obstáculo para [a] sua apreensão e verificação (ou análise ou exame). São partes do corpo humano (vivo) que já não pertencem a ele. Logo, todas podem ser apreendidas e submetidas a exame normalmente, sem nenhum tipo de consentimento do agente ou da vítima. O caso Roberta Jamile (o delegado se valeu, para o exame do DNA, da saliva dela que se achava nos cigarros fumados e jogados fora por ela) assim como o caso Gloria Trevi (havia suspeita de que essa cantora mexicana, que ficou grávida, tinha sido estuprada

²⁴⁹ Wagner Marteleto Filho, *O Direito a Não Autoincriminação...*, pp. 158-159.

²⁵⁰ *Idem*, p. 226.

[violada] dentro do presídio; aguardou-se o nascimento do filho e o DNA foi feito utilizando-se a placenta desintegrada do corpo dela) são emblemáticos: a prova foi colhida (obtida) em ambos os casos de forma absolutamente lícita (legítima).”²⁵¹

Seguindo o entendimento adotado na seara processual civil, conforme enfatizado por QUEIJO: “No processo civil, tem predominado a orientação de que não cabe condução „debaixo de vara” para forçar o réu a cooperar na produção probatória. A questão tem-se resolvido no plano probatório, segundo as regras do ônus da prova. A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula n. 301, segundo a qual a recusa do suposto pai a submeter-se a exame de DNA, em ação de investigação de paternidade, gera presunção *juris tantum* de paternidade.”²⁵²

Portanto, verifica-se que há poucos julgados no contexto jurisprudencial brasileiro sobre o tema em questão. O que se tem ainda de forma muito discreta e tímida. Da mesma forma, não existe legislação que exija o comportamento de colaboração do sujeito, ainda mais diante da intervenção corporal invasiva, não se podendo exigir de forma compelida tal conduta, pois, aí sim, iria ferir de morte o *nemo tenetur se detegere*.

O princípio de legalidade que dispõe o art.º 5.º, II, da Constituição Federal, representa no Brasil um impedimento que não se pode ultrapassar para realizar as intervenções corporais coercivas. No âmbito penal, o princípio da jurisprudência da Corte foi constantemente no sentido de não permitir a exigência da cooperação ativa, conforme o julgamento de reconstituição de crime,²⁵³ porém, no que diz respeito à submissão da sujeição ao exame compelido de ADN,²⁵⁴ foi avaliado em sede de Juízo Cível, onde foi indeferido o feito pelo Supremo Tribunal Federal.²⁵⁵

Ainda em relação à submissão da sujeição ao exame compelido, o Superior Tribunal de Justiça, sentenciou²⁵⁶ a execução do exame de DNA, expondo que o sistema de suspeita de paternidade foi alterado quando colocado em prejuízo o interesse do menor.²⁵⁷

²⁵¹ (Cf. Castanho Carvalho e, quanto ao último caso, STF, Recl. 2040-DF, relatório do juiz Néri da Silveira, j. 21/02/02). Rogério Sanches Cunha, Luiz Flávio Gomes, “Lei 12.654/12 (identificação genética): Nova inconstitucionalidade?” Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/lei-12-65412-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade/> (acedido em 21/04/2017).

²⁵² Maria Elizabeth Queijo, *O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo: O princípio do nemo tenetur se detegere e sua decorrência no processo penal*, 2.ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012, p. 309.

²⁵³ Cf. RHC 64354 SP, publicado no DJ 14/08/1987 PP-16086 EMENT VOL-01469-01 PP-00082.

²⁵⁴ Cf. HC 76060 SC, publicado no DJ 15/05/1998 EMENT VOL-01910-01 PP-00130.

²⁵⁵ Wagner Marteleto Filho, “O Princípio e a Regra...”, p. 160.

²⁵⁶ Cf. RESP 4987 RJ 1990/0008966-2, publicado em DJ 28/10/1991, p. 15 259.

²⁵⁷ F. B. B. Oliveira, “A Obrigatoriedade da Perícia Genética à Luz da Constituição Federal”, in Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 24.

No Brasil, as intervenções corporais, frente a penúria da regulamentação legal, só são realizadas a partir da permissão do acusado, e esta permissão pressupõe-se a respeito do direito de não colaborar e com a capacidade para permitir, pelo que o sujeito deverá ter a sua maioridade e a sua capacidade mental em perfeito estado.²⁵⁸

No Brasil, só existe o dever de cooperar se for determinado pela lei. Caso contrário, o acusado que não autorizar submeter-se a certas intervenções corporais, sendo elas a passiva ou a ativa, frente à ausência de lei, não pode ser objeto de julgamento negativo.²⁵⁹

²⁵⁸ Maria Elizabeth Queijo, *O Direito de Não Produzir...*, pp. 318-321.

²⁵⁹ Wagner Marteleto Filho, *op. cit.*, p. 163.

CAPÍTULO VI

DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS

6.1. Direito à intimidade

Desde os primórdios da História, pode-se afirmar que o Homem tem grande preocupação com a sua privacidade e com a sua intimidade, tentando constantemente proteger-se; todavia, nem sempre esta preocupação foi o foco. No Império Romano, por exemplo, quase não havia preocupação em proteger a privacidade, pois a vida decorria de forma pública. Com a chegada do Cristianismo, esta situação mudou, fazendo com que o homem deixasse de agir e de pensar de forma coletiva, passando a proceder de modo independente. Com o surgimento do Estado Moderno, o homem conquistou a cidadania e passou a ter direitos, e um deles foi o direito à privacidade.²⁶⁰

O artigo 12.º da Declaração dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas (ONU), reconhece a privacidade como um direito fundamental. Porém, observa-se que a definição de privacidade é muito abstrata e particular a cada indivíduo, pois cada ser tem o direito de se resguardar da forma que achar mais sensata.²⁶¹

De acordo com o art.º 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

“Ninguém deverá ser submetido a interferências arbitrárias na sua vida privada, família, domicílio ou correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques, todas as pessoas têm o direito à proteção da lei.”

Na Constituição Federal brasileira de 1988, o direito à intimidade encontra-se no artigo 5.º. Este direito, derivado do direito anglo-americano, tem como objetivo preservar a vida íntima dos cidadãos. A intimidade caracteriza-se como a esfera secreta

²⁶⁰ J. I. Pilati, “Um Novo Olhar sobre o Direito à Privacidade”, in *Sequência Florianópolis*, n.º 69, Florianópolis, July/Dec., 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552014000200012&lang=pt (acedido em 24/02/2016).

²⁶¹ VV.AA., “Direito à privacidade”, in *PUC – RIO Evolução*, 4.1, pp. 62-64. Disponível em: http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12455/12455_5.PDF (acedido em 24/02/2016).

da vida do indivíduo, relativamente à qual ele possui o legalmente o direito de manter em segredo, sem que possa ser violada por terceiros.²⁶²

Antes da promulgação da já citada Constituição Federal de 1988, ainda não se tinha formalizado e legalizado em esfera federal o direito à intimidade, como se encontra no artigo 5.º da Carta Magna: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurado o direito à inde[m]nização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação.”

Desta forma, a leitura do documento não deixa dúvidas acerca da obrigatoriedade de se preservar e prezar a inviolabilidade da esfera privada da vida de qualquer cidadão.²⁶³

O direito fundamental à intimidade limita o acesso de terceiros à esfera privada ou íntima dos cidadãos; desta forma, ficam protegidos os dados pessoais, confidências, as recordações pessoais, diários, relações familiares e afetivas, a saúde — tanto física como mental —, as atividades referentes a negócios, etc.²⁶⁵

BASTOS (2000, p. 56) ressalta que cada indivíduo pode impedir a interferência de estranhos na sua vida privada, tal como o acesso às informações sobre a sua privacidade, podendo impedir que estas informações sejam divulgadas.²⁶⁶

A base fundamental do direito à privacidade é a dignidade humana. Partindo deste conceito, esta dignidade é uma qualidade pertinente a cada indivíduo, possuindo como principal característica ser um elemento e medida. Isto posto, verifica-se que a privacidade estará sempre relacionada com os direitos fundamentais, estabelecendo limites ao poder estatal e impedindo, assim, que o Poder Público viole os direitos à privacidade e promova a proteção para que os indivíduos tenham uma vida com dignidade.²⁶⁷

As expressões “direitos fundamentais” e “direitos dos homens” são frequentemente utilizadas como sinónimos. CANOTILHO, entretanto, faz uma

²⁶² Mara Isabel Guimarães Folletto, “O Direito à Intimidade do Empregado Frente ao Poder de Comando do Empregador”, 2005, p. 230. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

²⁶³ Fábio Alceu Mertens, “Análise Histórica e Legislativa do Princípio Constitucional da Inviolabilidade da Vida Privada e à Intimidade”, in *Revista Eletrônica de Direito e Política*, vol. 1, n.º 1, Itajaí, 2006, pp. 1-21.

²⁶⁵ Priscilla de Oliveira Pinto Ávila, “Exercício do Direito a intimidade no ambiente de trabalho limites ao poder diretivo do empregador”, 2011, p. 121. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

²⁶⁶ Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, 2.ª Edição, São Paulo, 2000, p. 56.

²⁶⁷ Cristina Mello Ramos, “O Direito Fundamental à Intimidade e à Vida Privada”, in *Revista de Direito da UNIGRANRIO*, vol.1, n.º 1, 2008, pp. 1-30.

distinção: “Direitos dos homens são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente.”²⁶⁸

O direito à intimidade evidencia-as através da possibilidade de manter a salvo as informações, ideias, pensamentos ou atos da vida pessoal que se queiram manter em sigilo. A Constituição Federal do Brasil, assegura, por via do art.º 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indemnização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação. Da mesma forma, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos assegura o respeito à honra e ao reconhecimento da dignidade humana.

“Por fim, o Acórdão n.º 155/2007 refere que a ‘realização coactiva de um exame destinado à recolha de saliva para posterior análise genética, contra a vontade do arguido e sob ameaça do recurso [à] força física, consubstanciaria uma *intromissão não autorizada na esfera privada do arguido*’.”²⁶⁹

6.2. Dignidade da pessoa humana

Em 1988, através da Constituição Federal Brasileira, distinguiu-se o Estado como Democrático e de Direito, fazendo assim simbolizar a participação de todos. Enaltecem-se a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho visando-se uma sociedade com enfraquecimento das desigualdades. Como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana em que se constitui o Brasil tem um valor supremo, que lhe fundamenta todo o ordenamento jurídico. Conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, temos como fundamentos: a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e o pluralismo político, presentes no artigo 1.º, incisos III, IV e V.²⁷⁰

O princípio de dignidade da pessoa humana como direito fundamental deve promover, ou pelo menos garantir, as possibilidades do livre desenvolvimento de cada pessoa, respeitando e protegendo a sua condição de pessoa humana, cidadã e portadora de direitos. É a partir desta diretriz jurídica que se atribui ao princípio um *statu* que o

²⁶⁸ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, p. 391.

²⁶⁹ Patrícia Naré Agostinho, *Intrusões Corporais em Processo Penal*, 1.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 80.

²⁷⁰ Maria Cristina Cereser Pezzela, Michelle Dias Bublitz, “Pessoa como Sujeito de Direitos na Sociedade da Informação: Um olhar sob a perspectiva do trabalho e do empreendedorismo”, in *Sequência Florianópolis On-line*, n.º 68, jan./jun., 2014.

eleva a poder vetar a existência de leis ou interpretações legislativas que configurem desrespeito ou tratamento inadequado para com a pessoa humana. Isto faz deste princípio norteador e determinante do Estado Democrático de Direito o único direito fundamental absoluto, configurando a única exceção entre os direitos fundamentais.²⁷¹

Este princípio, para as constituições ocidentais, funciona como uma bússola, ou seja, como um norteador. Deste modo, todas as leis, decretos, medidas provisórias e outros dispositivos legislativos estatais devem ser pautados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que se algum dispositivo o desrespeitar, tornar-se-á inválido.²⁷²

O princípio da dignidade da pessoa humana, muitas vezes, como na legislação portuguesa, age como um limitador do processo penal. Isto acontece porque o processo penal tem como finalidade a obtenção de provas que possam ser usadas como evidências para a solução de um crime. No entanto, quando a atividade processual probatória se opuser a direitos fundamentais ou ainda ao princípio da dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana, estes sobressaem sobre a atividade probatória.²⁷³

Este princípio parte do pressuposto de que todos os outros direitos são definidos tanto em termos morais como espirituais, e que são inerentes a todos os seres humanos. Tem como principais finalidades proteger os seres humanos da humilhação, da ofensa, da discriminação ou da perseguição.²⁷⁴

Hoje não se vê a dignidade da pessoa humana como um simples princípio de Direito, tal como era vista quando foi criada. Atualmente, este princípio deve ser pensado, para que possa ser, enfim, realmente aplicado na nossa sociedade. O ser humano é capaz de compreender o outro, e cada um possui a sua individualidade, a sua dignidade, em suma, é hábil para realizar e despertar o interesse nos outros, para que também eles realizem esse princípio.²⁷⁵

²⁷¹ Jorge dos Reis Bravo, “Intervenções Corporais Probatórias e Direitos Fundamentais: Compatibilidade e Limites”, in *Revista da Faculdade de Direito*, vol. 1, n.º 1, Lisboa, 2012, pp. 1-20.

²⁷² Sidney Guerra, Lilian Márcia Balmant Emerique, “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial”, in *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, n.º 9, Campos, 2006, pp. 379-397.

²⁷³ Helena Moniz, “Os Problemas Jurídico-penais da Criação de uma Base de Dados Genéticos para Fins rriminais”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, n.º 2, Coimbra Editora, 2002.

²⁷⁴ Ariane Trevisan Fiori, “Os Direitos Individuais e a Intervenção Corporal: A necessária releitura constitucional como forma de efetivação dos direitos fundamentais”. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/hermeneutica_ariane_trevisan_fiori.pdf (acedido em 31/08/2015).

²⁷⁵ Cfr. Artigo da *Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Raphael L. P. L. da Silva, p. 5. Disponível em:

A falta de dignidade faz com que a identificação do ser humano se torne algo vago, como se fosse uma coisa. Qualquer ação que denigra a dignidade acerca da circunstância humana ocasiona a inabilitação do ser humano e atinge o maior princípio do conceito da dignidade da pessoa humana, que é a igualdade.²⁷⁶

Como nos ensina o Professor JORGE MIRANDA, “a dignidade humana confere unidade de sentido, de valor e concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. Esse princípio funciona como fonte ética, fazendo da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”.²⁷⁷

O princípio da dignidade humana não deve ser afastado simplesmente sob o argumento de que os interesses do Estado estão acima dos direitos individuais, ou que há supremacia do Interesse Público. Portanto, as provas vinculadas às intervenções corporais precisam de passar pelo crivo da real necessidade, priorizar medidas de intervenção corporal mínima, preferencialmente não invasivas, do modo que produzam o menor dos sacrifícios ao examinando.

Como argumenta MARIA BERENICE DIAS, “o princípio da dignidade humana não representa apenas um limite de atuação do Estado, mas constitui também um norte para [a] sua ação positiva”.²⁷⁸

6.3. Direito à integridade física e moral

Em caso de consentimento por parte do acusado/suspeito para medida de intervenção corporal, esta legitimaria o próprio ato em si (exames biológicos), pois assim estariam afastados quaisquer impedimentos à realização da perícia.

Conforme posição de AURY LOPES JR., “havendo o consentimento do suspeito, poderá ser realizada qualquer espécie de intervenção corporal, pois o conteúdo da autodefesa é disponível e, assim, renunciável”.²⁷⁹

Assim como já explicitado anteriormente, os direitos fundamentais são derivados do princípio fundamental e essencial da dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais, entre os quais, na sua categoria, se destaca o direito à vida, atribuem formalidade à busca legal da dignidade e da integridade física e moral do ser humano.

http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/raphaellemospi ntosilva.pdf (acedido em 21/04/2017).

²⁷⁶ Cf. PUC – Rio, “Certificação Digital”, n.º 0613190/CB.

²⁷⁷ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 180-181.

²⁷⁸ Maria Berenice Dias, *Manual de Direito das Famílias*, 5.ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, p. 62.

²⁷⁹ Aury Lopes Júnior, *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2001, pp. 322-323.

Assim, o direito à integridade física e moral apresenta-se como um direito fundamental e encontra-se fortemente ligado ao princípio constitucional essencial da dignidade da pessoa humana.²⁸⁰

A problemática instala-se aquando da recusa, ou seja, do não consentimento por parte do indivíduo à submissão às medidas de intenção corporal, com recolha de material genético para fins comparativos.

HADDAD posiciona-se de forma clara e técnica a respeito destes casos:

“Não se reconhece ofensa à integridade física pela mera submissão à intervenção corporal, pois as lesões no corpo podem ser suportadas sem integrar o sentido material de sua tipicidade, em virtude da facilidade em obter um material orgânico que contenha DNA. Afastando a tipicidade material das ofensas corporais que não traduzam sequelas ou sofrimento físico considerável, que não comprometam anatômica, estética, fisiológica ou mentalmente o acusado é uma exigência das combinações dos critérios de tolerância, dos danos idade social e da proporcionalidade.”²⁸¹

O direito a integridade física se constitui como um direito fundamental protegido pelo artigo n.º 25 da Constituição Portuguesa. Este direito garante uma proteção tão extensa que mesmo em situações como estado de sitio ou estado de emergência ele não pode ser restringido. Ainda em investigações criminais, este direito protege a integridade física e moral do indivíduo.²⁸²

O já citado artigo n.º 25.º da Constituição da República Portuguesa afirma explicitamente que a integridade moral e física das pessoas é inviolável; desta forma, este direito constitucional é amparado e ligado indissociavelmente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Este direito diz respeito, em primeiro lugar, à não-agressão ou ofensa tanto física como moral, em espírito.²⁸³

Este direito deve estar presente claramente também nas investigações criminais, não sendo consideradas lícita nem legal a utilização de qualquer prática que atente

²⁸⁰ José A. Camargo, “O Direito à Integridade Psicofísica nos Direitos Brasileiro e Comparado”, in *Revista da SJRJ*, n.º 26, Rio de Janeiro, 2009, pp. 261-284.

²⁸¹ Carlos Henrique B. Haddad, “A Incorporação ao Ordenamento Jurídico do Exame de DNA Compulsório em Processos Criminais”, in *Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, Ano 23, n.º 87, 2007, pp. 87-108.

²⁸² Helena Moniz, “Os Problemas Jurídico-penais...”

²⁸³ Sónia Fidalgo, “Determinação do Perfil Genético...”, pp. 115-148.

contra a integridade física ou moral de alguém. No que diz respeito à integridade física, são ignoradas lesões insignificantes para a saúde do indivíduo, pois nesses casos a sua integridade permanecerá intacta; já no que diz respeito à integridade moral, esta mostra-se com um maior grau de subjetividade, sendo considerada agressão à integridade moral qualquer forma de denegrir a imagem ou o nome de uma pessoa ou qualquer forma de intromissão na sua intimidade.²⁸⁴

É baseado no princípio de integridade física e moral que o ordenamento jurídico brasileiro prevê que a obtenção de provas que dependam de intervenção corporal só aconteça mediante a autorização do acusado. Essa regulação existe porque a obtenção de tais provas depende da violação da integridade física do indivíduo na condição de acusado.²⁸⁵

Como menciona AGOSTINHO, “em suma, caracterizando-se as intrusões corporais pela ultrapassagem da barreira física da pele, seja através de medidas de intervenção nos orifícios naturais do corpo com vista a extracção de objectos e vestígios do interior do corpo ou de medidas de recolha de amostras corporais é indiscutível que sua execução pressupõe diminuição e lesão substância corporal.”²⁸⁶

Continua AGOSTINHO: “Nesta medida, o TC admite que a integridade física possa ser restringida quando esteja em causa a averiguação de crimes e dos seus autores, uma vez que, sendo o Estado de Direito um Estado de Justiça, o processo, tanto o criminal, como o civil, há-de reger-se sempre por regras que, respeitando a pessoa em si mesma (na sua dignidade ontológica), sejam adequadas ao apuramento da verdade, pois só desse modo se podem fazer triunfar os direitos e interesses para cuja garantia o processo é necessário.”²⁸⁷

O STF, no julgamento do Habeas Corpus n.º 66.869/PR, decidiu ser de absoluta “insignificância a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito, a ponto de impedir fosse instaurada a ação penal, não é coerente levar em consideração pequena ofensa à integridade física resultante da intervenção corporal consistente na extração de sangue ou de outra amostra de material biológico. Se o princípio da insignificância favorece o agente cuja ação, por sua inexpressividade, não chega a

²⁸⁴ Sónia Fidalgo, *Determinação do Perfil...*, pp. 115-148.

²⁸⁵ Érica Ferreira, “Provas Invasivas e Não Invasivas no Processo Penal Brasileiro”, 2009, p. 25. Artigo Científico – Curso de Direito, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

²⁸⁶ Patrícia Naré Agostinho, *Intrusões Corporais...*, p. 77.

²⁸⁷ *Idem, ibidem*. Citação sobre Acórdão TC n.º 128/92.

atentar contra valores tutelados pelo direito penal, não se pode erigir a insignificante lesão à integridade física como óbice às intervenções corporais”.²⁸⁸

Claro que, caso haja qualquer tipo de risco para a saúde ou para a vida, como determinação da extração de sangue de um réu hemofílico, tendo em vista o risco de hemorragia, torna-se intransponível o limite, devendo a opção ser por outro tipo de amostra biológica, tal como a saliva.

6.4. A busca da verdade real em conflito com direitos fundamentais²⁸⁹

Vivendo-se momentos de violência desenfreada na nossa sociedade, os valores mais valiosos são desrespeitados; o Estado, na tentativa de combater a criminalidade, principalmente nos centros urbanos, frequentemente utiliza meios que violam os direitos fundamentais pautados pelos princípios constitucionais, os mesmos princípios pelos quais ele, Estado, devia prezar e garantir, tendo em mente todos e cada um dos cidadãos.²⁹⁰

A investigação criminal, muitas vezes, tem a possibilidade de ultrapassar o limite de múltiplas esferas do corpo humano e da privacidade particular do indivíduo.

No direito brasileiro, o princípio da verdade real pode ser definido sucintamente como a verdade dos factos, uma verdade que existe mesmo antes da investigação, mas que é desconhecida, sendo por isso necessária uma investigação minuciosa. Juridicamente, a verdade final de um processo de qualquer natureza não possui carácter relativo, mas depende de uma investigação que levante uma verdade real.²⁹¹

No entanto, é necessário que no decorrer de um processo se encontre um ponto de equilíbrio para que ocorra a efetiva prestação jurisdicional sem a violação dos preceitos constitucionais, ou seja, é necessário que haja a busca pela verdade real num processo,

²⁸⁸ José Henrique Guaracy Rebelo, *Princípio da Insignificância – Interpretação Jurisprudencial*, Del rey, Belo Horizonte, 2000, p. 37.

²⁸⁹ “Deve ser afastado como óbice a velha máxima latina de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Como foi demonstrado, não existe base normativa para um direito genérico da espécie, resguardando a Constituição e a lei apenas o direito ao silêncio. Não há, como também demonstrado, argumentos jurídicos, históricos, morais e mesmo de Direito Comparado que autorizem a ampliação do direito ao silêncio para um direito genérico de não produzir prova contra si mesmo. A invocação de pretensão de direito da espécie pela doutrina e jurisprudência brasileiras é mais fruto do poder de um *slogan* do que de uma robusta argumentação jurídica”. (Cfr. Sérgio Fernando Moro, “Colheita Compulsória de Material Biológico para Exame Genético em Casos Criminais”, in *Revista dos Tribunais*, Ano 95, vol. 853, nov. 2006, p. 429-441).

²⁹⁰ Ariane Trevisan Fiori, “Os Direitos Individuais e a Intervenção Corporal: A necessária releitura constitucional como forma de efetivação dos direitos fundamentais”. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/hermeneutica_ariane_trevisan_fiori.pdf (acedido em 31/08/2015).

²⁹¹ Regina Lúcia Teixeira Mendes, “Princípio da Verdade Real no Processo Judicial Brasileiro”, in *Revista SJRJ*, vol. 17, n.º 29, Rio de Janeiro, 2010, pp. 321-341.

mas sem fazer com que essa busca viole os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.²⁹²

A busca da verdade real no processo penal não deve ser admitida de forma descontrolada e a todo custo. Devem ser contrabalançadas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade, de modo que não haja sequelas para os direitos fundamentais do réu/indiciado.

Notório é que as intervenções corporais são importantes meios de obtenção de prova e para a descoberta da verdade. Sabendo-se também que esta está em rota de colisão com direitos fundamentais, deve verificar-se até que ponto tais medidas devem ou não ser admitidas e quais serão os seus limites, de modo que não se atente contra a integridade corporal, a intimidade, etc.

²⁹² Ariane Trevisan Fiori, *op. cit.*, pp. 5-15.

CAPÍTULO VII

LIMITAÇÕES À INEXISTÊNCIA DO DEVER DE COLABORAÇÃO DO ARGUIDO. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

7.1. Princípio da proporcionalidade nos exames compulsivos

O direito penal vem passando por mudanças, muitas delas estruturais, que visam sumariamente aplicar a pena determinada respeitando critérios como a previsão e a garantia de princípios constitucionais, como o direito à segurança, à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à igualdade e à individualização da pena.²⁹³

O princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, ou também chamado de proibição do excesso, tange um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador e dele decorrem três principais pressupostos que devem ser defendidos: qualquer limitação em decorrência da lei deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (justa medida).²⁹⁴

Este princípio não é apenas um princípio jurídico, sendo também um postulado normativo aplicativo, ou seja, os seus significados e as suas aplicações não estão pautados apenas por artigos constitucionais, mas por toda uma hermenêutica jurídica, histórica e doutrinária.²⁹⁵

“Trata-se de regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem, quanto os que padecem [d]o poder. Tal princípio tem como seu principal campo de atuação o âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para consecução dos seus fins. Em outras palavras, impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou

²⁹³ Virgínia de Oliveira Rosa Dobrianskyj, “O Princípio da Proporcionalidade como Critério de Aplicação da Pena”, 2009, p. 129. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

²⁹⁴ Paulo Filipe Horta Peres, “Recolha Compulsiva de Material Biológico para Análise de Perfis de DNA em Investigação Criminal: Auto-inculpação *versus* Segurança Comunitária”, 2012, p. 174. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Lusíada de Lisboa, Lisboa, 2012.

²⁹⁵ Humberto Ávila, “A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade”, in *Revista Diálogo Jurídico*, vol. 1, n.º 4, Rio de Janeiro, 2001, pp. 1-36.

excessivas, que causem danos ao cidadão maiores que o indispensável para a proteção dos interesses públicos.”²⁹⁶

O princípio da proporcionalidade, como um instrumento de controlo do excesso de poder do Estado, foi formulado no século XVIII com a ideia de dar mais amplitude à liberdade individual em face dos interesses da Administração.

Denominado na Alemanha de “princípio da proibição do excesso”, nasce após a 2.^a Guerra Mundial e com um enfoque especial nos Julgamentos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Trazendo a questão que mais se adequa à situação, a colheita compelida de material biológico, combinada com o princípio em questão, devemos mensurar se os direitos fundamentais, com a sua restrição através do meio coercitivo, justificariam o seu fim. Se olharmos de um ângulo a partir do qual esse meio de obtenção de prova, através da sua ingerência — diga-se de passagem, algumas são insignificantes no contexto da intimidade, da saúde do suspeito (coleta de saliva, urina, pelo e cabelo) —, possui alto-relevo, diante da elucidação de um delito de elevada reprovação (crimes contra a vida, abusos sexuais), facilmente a resposta será que sim, que esse meio se justificaria para a obtenção daquele fim.

A questão que não se pode olvidar é a de quando o sujeito passivo da intervenção não permite tal intervenção, nem mesmo pela via da compulsão. Estaríamos aqui perante um crime de desobediência? O uso excessivo da força não seria um meio degradante ou vexatório?

A forma compelida está contida nos ordenamentos jurídicos europeu, norte-americano, argentino, etc. Tal forma, no Brasil, em nosso entender, hoje, não se enquadraria.

7.2. Princípios da adequação nos exames compulsivos

Primeiramente há de se fazer uma reflexão entre a não realização dos exames e a sua obrigatoriedade, classificando-se assim os princípios em duas categorias. A primeira categoria inclui a não obrigatoriedade de o acusado realizar os exames; e a segunda categoria são os que apoiam a obrigatoriedade de realizar o exame.

Na primeira categoria estão os princípios da legitimidade, da honra da pessoa, da proteção, da integridade do corpo, do direito à privacidade, do direito à intimidade, do justo processo legal, do contraditório e do princípio *nemo tenetur se detegere*, ao passo que na segunda categoria estão os princípios da honra da pessoa, da proteção, do justo processo legal, do contraditório, os direitos da personalidade, o direito à identidade, o

²⁹⁶ Grazielle Martha Rabelo, “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal”. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990 (acedido em 16/05/2013).

princípio da paternidade responsável, da paternidade real e do melhor interesse da criança.²⁹⁷

A respeito das implicações da recusa em fazer os exames, a forma mais adequada de firmar a questão é como matéria de prova, sendo resolvida por meio de ponderação e julgamento. Os testes de ADN são um dos meios de busca da verdade no processo judicial, e uma prova muito importante, assim como as outras impostas num processo judicial. Esta vem a ser uma grande oportunidade de defesa do acusado, e, caso este se recuse a fazê-lo, corre o risco de ser sentenciado injustamente, pois deixou de se defender.²⁹⁸

Este princípio da adequação está relacionado com a conformidade dos meios, isto é, com a medida estatal, que pretende realizar o interesse público e que deve ser adequada à finalidade que visa alcançar.

Determina-se, assim, que qualquer medida restritiva deva ser idónea para a consecução da finalidade perseguida. Este meio é considerado idóneo, desde que a sua intervenção possa alcançar o êxito pretendido.

Portanto, no caso do exame compelido, este meio deverá alcançar o seu fim, que será o de inserir ou não o suspeito na cena do crime, em caso de colheita de material biológico para comparação do material recolhido no local do crime. Logo, servirá para acolher ou afastar aquela suspeita em relação a um determinado indivíduo (natureza dual).

7.3. Princípio da necessidade nos exames compulsivos

Este princípio diz respeito à também denominada “intervenção mínima”, ou “subsidiariedade”. A ideia aqui é invadir a esfera de liberdade e intimidade do indivíduo o mínimo possível.

O requisito deste princípio é justamente o de que a medida restritiva seja a menos gravosa dentre as medidas eficazes e disponíveis, para obtenção do fim que se quer alcançar. A indispensabilidade da medida no caso dos exames está na situação em que para o apuramento de um determinado crime, é indispensável aquele meio de prova, pois não existe outro meio para se alcançar a autoria, salvo aquele.

“A noção de ‘necessidade’ implica uma ingerência fundada sobre uma necessidade social imperiosa e proporcional ao objetivo legítimo procurado, reconhecendo-se aos Estados uma margem de apreciação sobre a noção de ‘necessidade

²⁹⁷ F. B. B. B. Oliveira, “A Obrigatoriedade da Perícia...”, pp. 16-17.

²⁹⁸ P. M. W. Schonblum, *Exame de DNA: Faculdade ou obrigatoriedade? Indício, presunção prova?*, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, pp. 10-15.

de ingerência numa sociedade democrática’ – Ac. Olssen vs. Suécia (24/03/1998) e W. vs. Reino Unido (08/07/1987).” (Acórdão do TRE -Proc.101/09.0 GBMMN.E1)

A conduta que é expressa no art. 9.º A da LEP, mesmo sendo uma conduta de condição interventiva e restritiva, no contexto dos direitos essenciais do acusado, não contunde na integridade moral e física, contanto que a intervenção corporal não viole o princípio da proporcionalidade. Assim sendo, a elaboração de provas com o colhimento dos materiais genéticos deverá cumprir as demarcações da necessidade, da razoabilidade e dos limites da adequação que são resultantes do princípio da proporcionalidade.²⁹⁹

7.4. Judicialidade e exigência

Por judicialidade compreende-se a exigência que as limitações aos direitos fundamentais somente possam ocorrer por decisão do órgão jurisdicional competente. A denominada cláusula de reserva de jurisdição garante ao Poder Judiciário não apenas a última palavra em matéria de restrição de direitos fundamentais, como também assegurar a sua manifestação no primeiro momento em que a restrição se mostrar necessária.

Quanto à motivação, há de se ter em mente que, em se tratando de decisões das quais resulte, de alguma forma, restrição a direitos fundamentais, será por meio da fundamentação da decisão judicial que se poderá aferir dos motivos de facto e de direito levados em consideração pelo magistrado para a formação do seu convencimento, permitindo ao cidadão impugnar o ato se o entender inconstitucional ou ilegal.

Na decisão do Acórdão do TC português, reconheceu-se a inconstitucionalidade da norma constante no artigo 172.º, n.º 1, do CPP, quando interpretado pela possibilidade de colheita de material biológico coativa, por determinação do Ministério Público. Sendo declarada a sua falta de judicialidade, restou a declaração de inconstitucionalidade.

Alguns direitos constitucionais só conseguem ser limitados por decisão motivada,³⁰¹ mediante uma autorização de um órgão judicial. Após a ingerência, é solicitado que a interferência judicial se cumpra prévia ou imediatamente. A atribuição

²⁹⁹ Adalberto Salvador Noronha Filho, “Identificação Criminal Obrigatória da Lei de Execução Penal e o Princípio da Não Autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), no Âmbito da Dogmática dos Direitos Fundamentais”. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-02-2014/3-Adalberto-Salvador-Noronha-Filho.pdf> (acedido em março de 2016).

³⁰¹ Art.º 165.º da Lei n.º 5869, de 11 de janeiro de 1973.

da motivação caracteriza-se com o propósito do exercício de defesa e não tem apenas como fundamento facilitar o controle dos poderes públicos.³⁰²

³⁰² José Laurindo de Souza Neto, “O Princípio da Proporcionalidade como Fundamento Constitucional das Medidas Substitutivas da Prisão Cautelar”, in, *Tuiuti: Ciência e Cultura*, n.º 27, FCJ 03, Curitiba, fev. 2002, pp. 61-72.

CAPÍTULO VIII

POSICIONAMENTO DO TEDH E PROCESSO EQUITATIVO (art.º 6.º, n.º 1, DA CEDH) *vs.* OBTENÇÃO DE PROVA MEDIANTE TORTURA OU MEIOS AFINS

8.1. Evolução jurisprudencial sobre os limites da prova compelida (colheita de material biológico)

8.1.1. *TEDH – Caso Jalloh vs. Alemanha*³⁰³

O Tribunal Europeu do Direitos do Homem julgou, em 11 de julho de 2006, o caso *Jalloh vs. Alemanha*, no qual se manifestou em relação à obtenção de provas de natureza invasiva por meios ilícitos.

Abu Badak Jalloh é um imigrante da Serra Leoa que foi detido num aeroporto da Alemanha, sob suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes. Devido à chegada e abordagem policial, Badak engoliu o papelote de cocaína que transportava. Conduzido ao hospital, recusou-se a ingerir remédios eméticos, provocadores do vômito, sendo nele introduzida uma sonda nasogástrica, através de quatro agentes policiais, de forma forçada, tendo-se-lhe inserido um tubo, pelo nariz, até ao estômago, com a intenção de ultrapassar a resistência física e mental do arguido, o que lhe causou dor e angústia. Em seguida, ainda lhe foi injetado o emético. Durante todo esse tempo, enquanto aguardava pelo efeitos dos medicamentos, foi vigiado pelos agentes policiais até regurgitar o papelote.

Após vomitado, o papelote foi apreendido pela polícia e serviu de prova para a condenação. A droga apreendida foi a prova fundamental que baseou a sentença condenatória por tráfico de estupefacientes na Alemanha.

Tanto em primeira instância quanto na fase de Recurso, foi rejeitada a alegação de que o meio empregado para a obtenção da prova (que ficou determinado pelo Ministério Público, pois temia a perda desta) tinha sido desproporcional, ainda mais pela

³⁰³ *Jalloh vs. Alemanha*, TEDH n.º 54810/00 (2006). Este caso diz respeito a um tratamento desumano cometido pela justiça alemã: o acusado, que era um traficante de rua, sofreu uma intervenção corporal ilícita e, depois de condenado, a prova obtida através desta intervenção corporal foi desconsiderada no processo, pois não seria adequado e legal o uso de uma prova que é fruto de uma violação de direitos do indivíduo.

quantidade mínima da droga apreendida (saco com 0,2182 gramas de cocaína). O Tribunal manteve a fundamentação para a condenação e reduziu a pena para seis meses de reclusão, sendo a pena suspensa.

Em seguida, o Tribunal Constitucional Alemão apreciou Recurso do Réu, em que se suscitou que foi violado o seu direito à dignidade humana, em razão da prova forçada desproporcional, e, como tal, proibida pelo CPP alemão, além do facto de ter contribuído para a sua própria condenação. Além do art.º 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o Recorrente/Réu argumentou que houve violação do art.º 6.º da CEDH.

O citado Tribunal entendeu que em matéria de intervenções corporais, só se pode configurar afronta ao art.º 3.º se houver um tratamento desumano e de tortura a um nível mínimo de rigor, sendo este nível avaliado na real necessidade da prova, da duração do tratamento, dos efeitos físicos e psicológicos provocados ao examinando, e das características da pessoa submetida — sexo, idade, saúde e o tipo da supervisão médica empregada no procedimento, afastando e rechaçando a tese defendida por Jalloh.

O Tribunal Constitucional Alemão encara a problemática da intervenção corporal da seguinte forma: havendo e demonstrando-se a sua necessidade, será apreciado pelo magistrado; em caso de urgência, o Ministério Público pode autorizar, desde que tal procedimento resguarde os cuidados com a saúde do examinando, sendo comum a condição coercitiva com o devido respaldo médico.

Este é o texto da inteligência do artigo 81.º do Código de Processo Penal alemão:

“[...] a intervenção corporal do acusado é permitida para constatação de factos que para o processo penal são relevantes. Para tanto, são permitidos, sem a aceitação do acusado, a retirada de amostra de sangue e outras agressões corporais que deverão ser feitas por médicos, de acordo com as regras médicas para a intervenção, quando esta não implicar nenhuma desvantagem para a saúde do averiguado.”

Jalloh, inconformado, levou a questão ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, invocando violações ao art.º 3.º, ante o tratamento desumano e degradante ao qual foi submetido, bem como a afronta ao art.º 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no que diz respeito ao seu direito a um processo equitativo.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem entendeu que, muito embora o direito alemão preveja a possibilidade das provas invasivas, a violência e a brutalidade com que a prova foi colhida, apesar de não caracterizarem um método de tortura, reviveram a lógica do sistema inquisitório, segundo o qual a prova da acusação deve provir do próprio acusado.

Para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ocorreu ofensa ao art.º 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que garante um julgamento justo.

Releva notar que o TEDH não enfrentou diretamente a questão à luz do art.º 3.º da CEDH³⁰⁵, tendo optado por examinar se o procedimento, na sua totalidade, incluindo a maneira com que foram obtidas as provas, foi justo. Sendo analisados o respeito pelos direitos de defesa e ao contraditório, ponderou o peso do interesse público em questão na investigação, a pena do delito e o interesse individual.

O TEDH observou que a prova foi obtida com violação do direito ao silêncio e do direito de não se autoincriminar, por não entender possível que se recorra a métodos de ação ou de abalo psicológico que afetem a voluntariedade do arguido.

Na decisão, fixaram-se os pontos principais a ser levados em consideração em qualquer julgamento de factos análogos, a fim de se aferir se há ou não violação do direito de não se autoincriminar: *a)* a natureza e o grau da compulsão utilizada; *b)* o peso do interesse público na investigação e a pena do delito em questão; *c)* a preservação das garantias individuais; e *d)* o uso a que se destina o material obtido.

Ao obrigar o suspeito/arguido a regurgitar o material estupefaciente, o Estado demandado interferiu de forma significativa na integridade física e mental, não vislumbrando o Tribunal razoabilidade em tal procedimento. A investigação deu-se sobre um pequeno traficante, e o interesse público não poderia justificar o recurso a uma interferência corporal tão grave.

³⁰⁵ Art.º 3.º da CEDH: “Ninguém poderá ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.” Diz IRENEU CABRAL BARRETO (2010, pp. 85-86): “Preocupado com a dignidade da pessoa humana e a integridade física e mental da pessoa, este artigo contém não só uma proibição universal como uma garantia absoluta: a tortura e os tratamentos desumanos e degradantes não encontram justificação na Convenção, quaisquer que sejam as circunstâncias que os provocaram, mesmo na reação a um perigo público ameaçando a vida da nação, como terrorismo ou crime organizado – Acórdãos *Trere*, 25 de abril de 1979, A 26, pp. 15-17, §§ 30 e segs., *Aksoy*, de 18 de dezembro de 1996, R96-VI, p. 2278, § 62, *Selmouni*, de 28 de julho de 1999, R99-V, p. 235, § 94, *Labita*, de 6 de abril de 2000, R00-IV, p. 57, § 119, *Dikme*, de 11 de julho 2000, R00-VII, p. 212, § 89, *Kudl/a*, de 26 de outubro 2000, R00-XI, p. 273, § 90, *Egmez*, de 21 de dezembro de 2000, R00-XII, p. 372, § 77, *Denizci* e outros, de 23 de maio de 2001, R01-V, p. 418, § 383, *Van Der Ven*, de 4 de fevereiro de 2003, R03-II, p. 58, § 46 *Mathew*, de 29 de setembro de 2005, R05-IX, p. 148, § 175 *Frérot*, de 12 de junho de 2007, § 35, e *A. e outros/Reino Unido*, de 19 de Fevereiro de 2009, § 126, e Decisão de 5 de dezembro de 1996, Queixa n.º 31.193/96. Déc. Rap. 87-A, p. 151.”

Sobre a preservação das garantias individuais, o Tribunal observou que o demandante não dominava a língua do país demandado, expressando-se num inglês precário, estando desassistido no seu direito de defesa. O TEDH decidiu que a prova foi obtida com violação dos direitos fundamentais e que, pese a permissão legal das provas invasivas na Alemanha, o procedimento adotado foi inadmissível.

Por outro lado, o TEDH salientou que o tráfico de drogas é um crime de gravidade e reconhece as dificuldades dos Estados no seu combate. Entende ainda que era vital para os investigadores determinar a quantidade e o tipo de droga que havia ingerido o Arguido, mas não se convenceu de que fosse de facto necessário o uso forçado de eméticos para a obtenção da prova, pois os agentes poderiam ter aguardado que a droga fosse expulsa do organismo de forma natural, tendo em vista que até ao julgamento deste Acórdão, já havia causado a morte a duas pessoas o uso dos citados eméticos³⁰⁶.

Por fim, por 11 (onze) votos contra 6 (seis), foi provido no sentido de ter havido violação ao art.º 6.º, n.º 1, da CEDH.³⁰⁷ Este Acórdão é de grande valia, no sentido de indicar o TEDH sobre a questão da violação da garantia da não autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) num caso concreto.

³⁰⁶ “Os eméticos são fármacos usados para a geração de êmese, especialmente em situações de intoxicação, objetivando impossibilitar ou diminuir a absorção do agente tóxico ingerido e que ainda encontra-se presente no estômago. A êmese (mais conhecida como vômito) espontânea atua como um mecanismo de defesa do organismo para remover material deglutido ou refluído das primeiras porções do intestino. Este processo vem acompanhado de diversas alterações orgânicas, iniciando-se pela fase da parada da motilidade gástrica, fase conhecida como náusea, seguida pela obstrução pilórica, abertura do cárdia, contração simultânea do diafragma e musculatura abdominal, possibilitando a expulsão do conteúdo gástrico para a boca. O vômito é, ainda, antecedido ou simultaneamente acompanhado de sialorréia, elevação da secreção do trato respiratório, tosse, diminuição da pressão arterial, sudorese, taquicardia e respiração irregular. A êmese pode ser gerada por estimulação local da mucosa gástrica (por meio do uso de substâncias irritantes), por distúrbio do aparelho vestibular (cinetose) e pode ter origem central (infecções virais, febre ou toxemia). Em todos os casos, há o controle por parte do sistema nervoso central (SNC) através do centro do vômito.” Cfr. www.tratamentomedico.com/emeticos/.

³⁰⁷ Art.º 6.º, n.º 1, da CEDH: “1 – Qualquer pessoa tem direito a que [a] sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.” Diz IRENEU CABRAL BARRETO (2010, pp. 142-143): “O artigo 6.º assume-se como disposição fundamental no âmbito da Convenção, frequentemente invocada perante os seus órgãos, mesmo quando as garantias de processo oferecidas a nível interno são mais extensas. A garantia de um processo equitativo tornou-se num princípio fundamental da preeminência do Direito, por isso, numa sociedade democrática, no sentido de Convenção, o Direito a um processo equitativo ocupa um lugar tão essencial que uma interpretação restritiva do artigo 6.º não corresponderia ao fim e ao objeto desta disposição.”

8.1.2. TEDH – Caso Bogumil vs. Portugal³⁰⁸

Este caso diz respeito a Bogumil, um cidadão polaco que alega que, através de uma intervenção corporal realizada pelo Estado português, a sua integridade física teria sido atentada.

Bogumil, no ano de 2002, chegava ao Aeroporto de Lisboa quando, após uma revista corporal, foi verificado que era portador de cocaína. Quando mantido sob controlo da polícia portuguesa, revelou que havia ingerido outra embalagem com mais estupefacientes. Posteriormente a isso, foi encaminhado a um hospital, onde, após seu consentimento verbal, foi submetido a uma cirurgia para a remoção da embalagem.

Em 12 de novembro de 2002 (voo Rio de Janeiro/Lisboa), Bogumil (da nacionalidade polaca), desembarcou no Aeroporto de Lisboa, sendo abordado pelos agentes aduaneiros encarregados da fiscalização dos passageiros. Foi evistado e foram-lhe apreendidos 360 gramas de cocaína, que trazia escondida nos sapatos. Bogumil viria a confessar também que era portador de um outro “panfleto” e que o havia ingerido. Através do seu consentimento verbal, foi realizado exame radiológico no Hospital de S. José, que efetivamente confirmou o que havia sido dito pelo suspeito, indicando a presença de um “panfleto”.

O exame radiológico revelou que tal substância não progredia no tubo digestivo do suspeito, apesar dos esforços de expulsão da mesma por meios naturais e farmacológicos, constatando-se endoscopicamente (para o que deu consentimento escrito) que não tinha passado pelo píloro. Foi contraindicada a sua extração por via endoscópica — pelo elevado risco que comportava para a vida do portador o possível rompimento do plástico (sendo praticamente fatal a assimilação do seu conteúdo pelo organismo) — decidiu-se proceder à sua intervenção cirúrgica, dado o progressivo aumento do risco para a vida do suspeito, três dias após a sua descoberta.

O suspeito forneceu consentimento verbal, apenas, para a mencionada intervenção cirúrgica, considerada de urgência pelos médicos, dado o iminente e sério risco para a vida de Bogumil. No dia 15 de novembro, pelas 00h10, Bogumil teve a cirurgia realizada, sendo-lhe extraído um pequeno saco contendo um produto que, após exame laboratorial, se revelou ser também cocaína, recolhendo o paciente nesse mesmo dia ao Hospital Prisional de S. João de Deus.

³⁰⁸ Caso Bogumil vs. Portugal – TEDH, julgado em 06/04/2009.

B. foi processado, acusado e condenado, numa Vara Criminal de Lisboa, pela autoria do crime de tráfico de estupefacientes (conhecido como “mula”). O Tribunal, valorizando a droga e o conteúdo do saco extraído do estômago, bem como os depoimentos dos agentes que efetuaram a detenção, aplicou-lhe uma pena de prisão de 4 (quatro) anos e dez meses, além da pena acessória de expulsão e interdição de entrada em território nacionalportuguês.

O arguido cumpriu parte da pena no território português, e foi transferido para cumprimento do restante da pena no seu país natal (Polónia), onde a execução terminou em 5 de dezembro de 2005.

Na tramitação de todo o processo, o arguido foi sempre assistido por advogados nomeados oficiosamente, tendo o que o defendeu na audiência de julgamento (por se tratar de substituto) a possibilidade de consultar e estudar o processo entre as 10h00 e as 15h00 do próprio dia do julgamento (18 de setembro de 2003), sem pedir adiamento para tanto, devido ao tempo estreito que tivera.

Bogumil veio então a apresentar queixa no TEDH contra o Estado Português, trazendo à baila o art.º 3.º da CEDH — a circunstância de não ter tido a possibilidade de contestar a legalidade ou a proporcionalidade da intervenção cirúrgica em causa, de não ter dado qualquer consentimento escrito para a intervenção cirúrgica a que foi submetido, de não ter sido esclarecido devidamente sobre os riscos que corria e sobre os métodos alternativos existentes, contestando também a necessidade terapêutica da intervenção, cujas consequências, por ter sido transferido no próprio dia para o Hospital Prisão, que ainda tinha influência na sua saúde de forma negativa.

O Estado Português contestou, dizendo que o arguido deu o consentimento verbal para tal operação, que não visou a recolha de provas, mas, essencialmente, salvar a vida do mesmo, que se encontrava em elevado grau de risco.

O TEDH pronunciou-se quanto à violação do art.º 3.º da CEDH: “Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.”

Havendo desacordo entre as Partes, o TEDH questionou que não houvesse sido colhida uma autorização escrita ao arguido para a intervenção cirúrgica, como o fora para a endoscopia realizada anteriormente, em princípio menos invasiva.

Trata-se do AC do TEDH de 07/10/2008 (Proc. 35.228/03; Bogumil vs. Portugal):

“[...] tendo em conta o conjunto das circunstâncias no caso concreto, que apresentam diferenças consideráveis em relação às do caso JALLOH

supracitado — que incidia também sobre remoção de uma embalagem de estupefacientes no estômago do interessado, o Tribunal considera que a intervenção litigiosa não foi de molde a constituir um tratamento desumano ou degradante contrário ao artigo 3.º da Convenção.”

Com base nisto, posição do requerente não foi acolhida, uma vez que não foi demonstrado que o mesmo tenha sido forçado a submeter-se à operação.

Relativamente à intervenção cirúrgica — que deve observar todos os cuidados relativamente a pessoas detidas ou não —, não se colocava nenhuma violação do art.º 3.º da CEDH, demonstrado-se que a mesma foi executada por médicos com experiência, que houve acompanhamento pós-operatório, não se podendo defender que a mesma, justificada por necessidade terapêutica, tivesse sido “desumana” ou “degradante” da condição humana. Por outro lado, acolheu a argumentação do Estado Português no sentido da existência de uma finalidade eminentemente terapêutica, e que a recolha da embalagem da droga não fora indispensável para estabelecer a sua responsabilidade criminal, que derivou de outros elementos probatórios, como o que foi encontrado nos sapatos do Queixoso.

Quanto à violação do art.º 8.º da CEDH:

“1 – Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2 – Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

O TEDH equacionou a legalidade da intervenção, exprimindo dúvidas sobre a base legal conferida pelo disposto nos artigos 156.º do CPP e do 58.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, apesar de considerar suficiente a base legal conferida pelo art.º 127.º do DL n.º 265/79, de 1 de agosto (Regime de Execução das

Medidas Privativas de Liberdade): o requerente encontrava-se detido e carecia de cuidados que o Estado estava em condições de proporcionar.

Quanto à necessidade da ingerência, considerou-se que a finalidade da ingerência foi a de proteger a saúde e a vida do Requerente. Também quanto à proporcionalidade da medida, o TEDH considerou haver justo equilíbrio entre o interesse público em proteger a saúde (de terceiros, bem jurídico pressuposto no crime de tráfico de estupefacientes) e o direito do Requerente à sua integridade física e moral.

O TEDH acabou por absolver o Estado Português das alegadas violações dos artigos 3.º e 8.º da CEDH — condenando-o apenas por irregularidade na forma de representação processual do requerente, que entendeu não ser a mais conforme ao art.º 6.º, §§ 1 e 3, al. *c*), da CEDH.

É de se ressaltar que o TEDH já se pronunciou, em caso análogo, em relação ao valor probatório da recolha de substância existente no estômago do Requerente, no caso *Komba vs. Portugal*.

Assim, no processo que originou outra queixa contra o Estado Português pelo Sr. Komba, no qual este foi condenado como autor do crime de tráfico de estupefacientes — numa situação em tudo semelhante à de Bogumil —, as três saquetas contendo cocaína que lhe foram extraídas do estômago não foram, porém, tomadas em consideração na decisão condenatória interna (de 5 anos e 6 meses de prisão, além da expulsão do território nacional), dado ter-se demonstrado, nesse processo, que o mesmo não autorizara por qualquer forma ser submetido a intervenção cirúrgica para extração das saquetas contendo os estupefacientes. No referido processo *Komba vs. Portugal*, n.º 18.553/03, houve decisão de não apreciar o mérito, por desinteresse do requerente.

O TEDH descartou, assim, qualquer afronta aos direitos humanos no tocante à intervenção cirúrgica a que foi submetido Bogumil, cuja alegada violação foi arguida pelo Queixoso.

A questão que se levanta é: presumido inocente, o agente relativamente ao qual as autoridades suspeitam na posse (engolidas) de saquetas com substância presumivelmente proibida, pode recusar, em princípio, uma ingerência corporal tendente a determinar (ou a confirmar) a natureza da substância. Mas é por se presumir que a substância é proibida que o Estado tem interesse em confirmar tal natureza, e em investigar as circunstâncias da sua detenção e em punir, conseqüentemente, o seu portador.

Porém, achando-se este detido por tal suspeita, o Estado tem o dever de, por todos os meios, preservar a vida da pessoa (mesmo contra a sua vontade), por se encontrar sob a sua custódia.

Se, para a salvar ou para prevenir o risco para a vida da pessoa (suspeita e detida), o Estado tiver de a sujeitar a uma intervenção cirúrgica para extração da substância, tem o direito soberano sobre essa substância (recolhida) desde o início da suspeita? Do mesmo modo, na relação clínica e cirúrgica que dessa forma se estabelece, o dever de segredo médico é totalmente afastado, passando o cirurgião a agir como mero interveniente, podendo auxiliar na busca de uma prova que prejudica o paciente suspeito.

Diz artigo 61.º, n.º 3, al. *d*) do CPP português: “Recaem em especial sobre o arguido os deveres de: *d*) Sujeitar-se a diligências de prova [...] especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente.”

Em tais situações, havendo um dever de ingerência do Estado — tendente à preservação da vida do suspeito detido —, o resultado de uma tal ingerência não pode ser ignorado, relevando em sede probatória, desde que garantida a necessidade e proporcionalidade, igualmente terapêutica, da intervenção, e considerando que a mesma observou as *leges artis*, com o que se assegura a preservação da dignidade pessoal.

No caso particular do tráfico de estupefacientes, a norma do art.º 53.º do DL n.º 15/93, de 22 de janeiro, prevê a possibilidade de ser ordenada revista e, se necessário, proceder-se a perícia, caso haja “indícios de que alguém oculta ou transporta no seu corpo estupefacientes”. Daí estamos a falar de métodos de imagiologia e radiologia.

Portanto, neste caso, não se podia exigir outra hipótese, pelo elevado risco para a saúde de Bogumil, além do facto de que, independentemente da recolha da embalagem via método cirúrgico, já havia prova suficiente para condenação; ou seja, havendo ou não material de prova negativa contra o arguido no seu corpo, esta seria despicienda para o desfecho do processo no sentido da condenação. Além do facto de que, quando o Estado tem a custódia de um suspeito, precisa de zelar pela sua integridade física e moral, devendo agir e usar de todos os meios para lhe salvaguardar a vida, havendo justo equilíbrio na medida

Porém, neste caso, diante das circunstâncias em torno da prova obtida, deveria ter sido levantada e enfrentada a questão da admissibilidade ou não do valor probante da cocaína encontrada no estômago de Bogumil, sendo apenas mencionado que “resultou

de uma necessidade terapêutica e não da vontade de recolher elementos de prova”, pois não foi objeto da queixa tal questão.

O que se busca no estudo deste caso é conhecer os limites impostos pelo artigo 3.º da CEDH (e a interpretação do TEDH), de modo que não os ultrapasse e alcançando-se assim a seara dos meios degradantes ou desumanos, seja qual for a intenção no sentido de alcançar a prova, sem que queiramos ousar sair do foco do tema proposto, pois poderia ser uma situação de recolha de saliva, ou fio de cabelo para fins comparativos de código genético encontrados e deixados na cena de crime.

8.1.3. Tribunal Constitucional Português – Ac. 155/2007³¹⁰

O Acórdão em questão trata da investigação de factos vinculados à prática de dois crimes de homicídio qualificado.

Haviam sido colhidos no local do crime “vestígios biológicos, alguns deles referentes aos autores dos crimes”.

Foram identificados suspeitos, que foram “convidados” a prestar consentimento para a recolha com zaragatoas bucais, com vista à identificação do seu perfil genético, para comparação com o dos vestígios biológicos acima referidos. Importante salientar que os arguidos negaram tal consentimento.

O Ministério Público proferiu despacho em 12 de maio de 2005, determinando que o Arguido e então Recorrente comparecesse nas instalações do Instituto Nacional de Medicina Legal do Porto, para que se procedesse ao exame de colheita de material biológico.

Em 20 de setembro de 2005, procedeu-se ao dito exame, sendo que consta dos autos que o mesmo foi efetuado sem o consentimento do arguido, pois este entendia que o exame era intrusivo e ofensivo da sua integridade pessoal, pois a colheita seria realizada contra a sua vontade. E foi advertido de que “a diligência iria ter lugar, mesmo que, para tal, fosse necessário recurso à força”. Mesmo insistindo na recusa, cedeu a recolha de saliva.

No dia seguinte, o arguido requereu ao Juiz de Instrução Criminal que fosse declarada ilegal a prova obtida através da sujeição coativa à colheita de saliva realizada.

³¹⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 155/2007. Processo n.º 695/06. Relator – Gil Galvão, 3.ª Seção, DJ 02/03/07.

O Juiz julga improcedente a “invocada nulidade e consequente proibição de valoração como prova do resultado da análise da saliva colhida através de zaragatoa bucal efetuada ao Arguido”.

Inconformado, o Arguido recorre para o Tribunal da Relação do Porto, afirmando que, no “Direito Português, só o consentimento livre e esclarecido do arguido pode legitimar tal exame”; ressaltando que a colheita do material biológico foi coativa, tornando-se ilegal e criminalmente ilícita. Argui ainda que, uma vez recusado o dito exame, a interpretação do art.º 172.º, n.º 1, do CPP não possibilita ao Ministério Público ordenar a colheita coativa de vestígios biológicos, pois esta estaria eivada de inconstitucionalidade.

O Recorrente anexou um Parecer da autoria do Professor COSTA ANDRADE, abraçando a tese de que “no direito positivo vigente em Portugal não é juridicamente admissível impor a recolha coativa de substâncias biológicas nem a sua ulterior e não consentida análise genética com vista à determinação do perfil genético para fins de processo criminal”, em razão de “não existir uma lei específica que as autorize e prescreva o respetivo regime”. Menciona ainda que “o direito vigente em Portugal prescreve uma intransponível proibição de produção de prova contra recolha coerciva das substâncias biológicas e contra a sua análise genética não consentida”.

O Tribunal da Relação do Porto julga o recurso improcedente, fundamentando que a recolha de saliva, ao qual o Recorrente ficou sujeito, não seria suficientemente uma forma de ofender a sua integridade corporal, podendo afetar de forma ínfima o seu direito à autodeterminação corporal. Finaliza o Acórdão dizendo que, “[...] tendo presente que o exame ordenado tem em vista a procura da verdade material para administração da justiça penal, o que constitui uma exigência da ordem pública e do bem-estar geral, bem como um dos pilares do Estado de Direito, há que concluir que a realização compulsiva daqueles se mostra justificada e legitimada a significar que a decisão impugnada, proferida ao abrigo da norma do art.º 172.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, que atribui à autoridade judiciária o poder de compelir as pessoas à submissão de exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, não viola os arts. 25.º, n.º 1, e 32.º, n.º 8, da Constituição da República, na parte em que ordena o exame e perícia mediante extração de saliva por via de zaragatoa bucal, dado que a mesma apenas é suscetível de ofender o direito à autodeterminação corporal do Recorrente em medida irrelevante”.

A não conformação do Arguido com esta decisão faz com que recorra para o Tribunal Constitucional, para que este se pronuncie sobre a inconstitucionalidade da norma do art.º 172.º, n.º 1, do CPP, pois restringiram de forma grave direitos, liberdades e garantias, previstos na CRP, nomeadamente o art.º 25.º e o art.º 26.º, n.ºs 1 e 3, do mesmo diploma.

Após, a contra-alegação do Ministério Público/Recorrido, o Recorrente realizou nova anexação de Parecer do Professor GOMES CANOTILHO, que, com grande consciência, menciona que o ADN é o “caminho do futuro”, tendo em vista a sua grande confiabilidade, devendo ser discutidas as informações obtidas através deste, bem como, em razão do respeito a dignidade da pessoa humana, o legislador estaria obrigado a disciplinar tais análises genéticas, com muita precisão e rigor, em razão da natureza dos bens expostos e suscetíveis de lesão.

E continua o Ilustre Professor CANOTILHO sustentando que “o quadro normativo existente não é suficiente, por si só, para legitimar a recolha compulsiva de material biológico para efeito de recolha de ADN, sem prejuízo de a CRP não suscitar objeções de fundo à utilização desse método de investigação, desde que disciplinado em termos constitucionalmente adequados, salvaguardando sempre as dimensões essenciais dos direitos constitucionalmente tutelados. O recurso à extração de material biológico sem fundamento legal específico configura uma intervenção restritiva dos direitos, liberdades e garantias destituída de qualquer arrimo constitucional e legal, devendo ser julgada inconstitucional qualquer norma existente”.

O Tribunal considerou que “a recolha de saliva através da técnica da zaragatoa bucal, sem efetivo recurso a força física, mas realizada contra a vontade expressa do arguido e sob a ameaça do recurso à mesma, conflitua com o âmbito constitucionalmente protegido do seu direito à integridade pessoal”.

Continua o TC: “[É] uma entrada no interior do corpo do arguido e, portanto, não pode deixar de ser compreendida como uma invasão da sua integridade física, abrangida pelo âmbito constitucionalmente protegido do artigo 25.º da Constituição.”

O mesmo Tribunal, menciona o direito à reserva da vida privada, no que concerne às informações e ao seu acesso, através de meios coercitivos de possível uso de força física, podendo tal facto caracterizar “uma intromissão não autorizada na esfera da vida privada do arguido”.

O TC, no que diz respeito ao privilégio contra a não autoincriminação, rechaçou tal alegação, fundamentando para tanto que tal privilégio diz respeito à vontade do Arguido em não prestar declarações.

Aponta assim a decisão do Tribunal Constitucional espanhol, na qual, numa situação de submissão a testes de alcoolemia, se afirma que “a realização dos mesmos não constitui, em si, uma declaração ou incriminação, para efeitos deste privilégio, uma vez que não se obriga o examinando a emitir uma declaração que exteriorize um conteúdo, admitindo a sua culpa, apenas a tolerar que sobre ele recaia uma especial modalidade de perícia”.³¹²

O Tribunal Constitucional português julgou pela inconstitucionalidade, por violar o disposto nos arts. 25.º, n.º 1³¹³, 26.º e 32.º, n.º 4, da CRP, a norma constante do art.º 172.º, n.º 1³¹⁴, do CPP, quando interpretada no sentido de possibilitar, sem autorização do Juiz, a colheita coativa de vestígios biológicos de um Arguido para delimitação do seu perfil genético, quando este manifesta a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal recolha. Em seguida, concedeu provimento e ordenou a reforma da decisão recorrida.

Este Acórdão é anterior à revisão de 2007 do CPP, o qual passou a exigir a autorização judicial para realização de exames.

Esta Decisão, diante da sua complexidade, no que concerne ao princípio da proporcionalidade e à ponderação dos bens tutelados envolvidos, foi considerada um marco importante na Jurisprudência interna.

Em suma, o que mais salta aos olhos nesta decisão são a questão do afastamento do privilégio a não autoincriminação e as referências às decisões do TC espanhol e do TEDH.

8.1.4. Tribunal Constitucional português – Acórdão 228/2007

O presente Acórdão diz respeito à questão da admissibilidade da colheita coercitiva de material biológico de alguns arguidos, a fim de se fixar e determinar os seus perfis de ADN, e posteriormente realizar a comparação com os vestígios presentes

³¹² STC 103/1985.

³¹³ Art.º 25.º n.º 1 da Constituição da República de Portugal “A integridade moral e física das pessoas é inviolável.”

³¹⁴ “Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente.”

no local do crime. Os Acórdãos do TC 155/2007 e 228/2007 têm origem no mesmo Inquérito.

No curso do Inquérito, o MP manifesta-se pela possibilidade da recolha de material biológico, mesmo diante da recusa do arguido, e pela ausência de violação à lei ou a princípios fundamentais. Diante destes factos, os Arguidos B e C aderiram ao requerimento do Arguido A, no sentido da sua recusa relativamente à realização do exame e da forma coativa como lhe foi imposta, que constituía ato ilegal. No dia posterior, o Arguido foi submetido ao exame. O Juízo não acolhe as alegações dos requerentes no sentido da violação da legalidade e da proibição de valoração da prova obtida.

Os Arguidos B e C interpuseram recurso para o TRP, alegando que, na falta de lei expressa, apenas o consentimento livre poderia legitimar a submissão ao exame determinado pelo MP. O Tribunal do Porto negou provimento ao Recurso, e o arguido interpôs Recurso de Constitucionalidade para o Tribunal Constitucional, pelas seguintes razões:

- Ver apreciada a inconstitucionalidade e a ilegalidade das normas constantes nos arts. 53.º, 61.º, n.º 1, alínea *f*), e n.º 3; 154, n.º 1; 172.º, n.º 1; e 126.º, n.º 1, als. *a*) e *c*), todos do CPP, no sentido de possibilitar ao Ministério Público ordenar a colheita compelida de vestígio biológico de um arguido, com intuito de tipificação e comparação do perfil genético, sendo que estes se manifestaram contrários à citada colheita;
- Ausência de suporte legal, em relação à matéria, no que concerne aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, por força dos princípios da legalidade e de reserva de lei, violando normas dos arts. 26.º, n.ºs 1 e 3; 18.º, n.ºs 1, 2 e 3; 25.º, n.º 1; 27.º, n.ºs 2 e 3; 32.º, n.º 8; 115.º, 167.º; 168.º, n.º 1, al. *b*), e 283.º, n.º 3, todos do CPP.

O Ministério Público, na sua argumentação, alegou que não são inconstitucionais as normas trazidas à baila pelo Recorrente.

O TC concedeu provimento ao Recurso, nos moldes do juízo de inconstitucionalidade citado no Acórdão 155/2007, no sentido de que somente com autorização judicial se poderia proceder à recolha de material biológico, ainda mais quando o arguido expressa a sua recusa em colaborar ou em permitir tal exame.

E declarou também inconstitucional a utilização posterior e a valoração da prova, em termos de colheita de material biológico, sem autorização judicial.³¹⁶

8.1.5. Tribunal da Relação do Porto – Processo n.º 1728/12.8 JAPRT.P1³¹⁷

Neste caso, mais recente, o Tribunal português, proferiu que fossem recolhidas amostras de saliva de acusados de diversos crimes considerados de periculosidade.

Trata-se de um Acórdão sobre intervenções corporais como meio de obtenção de prova; no caso, da recolha de saliva através de zaragatoa bucal, pela via compulsiva, a fim de se determinar o perfil de ADN e proceder a posterior comparação com os vestígios recolhidos no local do crime.

Factos:

Em fase de Inquérito, foi proferida decisão, em fevereiro de 2013, por se entender que estariam em causa crimes de associação criminosa, detenção de arma proibida, na modalidade de detenção de explosivo improvisado, dano qualificado e furto qualificado.

Determinou o Juízo, com base no art.º 172.º, n.º 2, do CPP, a colheita de saliva de alguns Arguidos, através de zaragatoa bucal, para determinação de perfil de ADN, e exame comparativo com os vestígios biológicos (hemáticos) recolhidos. Caso houvesse oposição dos arguidos, seria utilizada a via compelida.

O Arguido interpôs Recurso, requerendo a revogação daquela decisão, pelos seguintes motivos:

- Que a decisão recorrida não merece prosperar, em razão de não mencionar quais os indícios existentes nos autos, e nem qual o material de prova que fora recolhido;
- Que o Despacho a autorizar a via compelida ofende o art.º 172.º do CPP;
- Que o art.º 172.º, n. 1, do CPP, viola o art.º 18.º, n.º 2, e o art.º 32º, n.º 1, da CRP, de forma a autorizar a via compulsiva, sem que estejam preenchidos os pressupostos, e justifiquem as razões para tanto, bem como descrever a efetiva necessidade/interesse nos Autos para realização de tal exame.

³¹⁶ Para IRENEU CABRAL BARRETO, “a presunção de inocência confere ao acusado do direito ao silêncio, sem lhe retirar o direito a contraprova, e protege-o da obrigação de fornecer a prova da sua inocência.” (cf. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Anotada*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 201/202).

³¹⁷ PORTUGAL. Tribunal da Relação Do Porto – Proc. n.º 1728/12.8JAPRT.P1 – Julgado em 10/07/2013. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/50331a8bd88a08bc80257bad004a4597?OpenDocument> (acedido em março de 2016).

O Ministério Público respondeu e pediu a rejeição do Recurso.

O TRP, na sua fundamentação, menciona as fontes primaciais da Constituição, no que tange à integridade física e moral invioláveis das pessoas (art.º 25.º, n.º 1), que ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos cruéis, degradantes e desumanos (art.º 25.º, n.º 2), e o direito à reserva da intimidade da vida privada (art.º 26.º, n.º 1).

Faz menção de diversos julgamentos para apoiar a sua fundamentação, bem como ao caso *Jalloh vs. Alemanha* (TEDH, Ac. TC 155/2007, Ac. TC 228/2007).

Destaca, ainda, que, segundo a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, qualquer interferência na integridade física de uma pessoa, mesmo que de forma mínima “pode ser considerada como violação do artigo 8.º da CEDH³¹⁹, podendo, no entanto, essa ingerência considerar-se como legítima se a mesma estiver prevista na lei e seja considerada necessária numa sociedade democrática”.

Portanto, diante da jurisprudência do TEDH e do TC, finda por “aceitar a interferência na integridade física, podendo esta ir mesmo para além de acuações inofensivas, se, mediante um critério de proporcionalidade, essa ingerência for minimamente suportável e não ponha em risco a saúde do visado”. E que os exames são meios de obtenção de prova, recaindo sobre as pessoas, como em lugares e coisas, com a finalidade de inspeção de vestígios relativos ao local do crime, e também sobre as ‘pessoas que o cometeram sendo ou relativamente às quais o mesmo foi cometido (171.º, n.º 1)’”.

E continua dizendo que a obrigatoriedade de sujeição ao exame alcança o arguido, segundo o art.º 61.º, n.º 3, al. *d*), do CPP, recaindo sobre o mesmo o dever especial de se sujeitar a diligências de prova. Da mesma forma, afirma que tal imposição legal restou ratificada na Lei 45/2004, ao estatuir que “ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-pericial quando este se mostrar necessário ao inquérito ou à instrução e desde que seja ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei”.

Decidiu o TRP que:

³¹⁹ “Direito ao respeito pela vida privada e familiar 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

“As intervenções corporais como modo de obtenção de prova, como seja a recolha de saliva através de zaragatoa bucal, podem ser obtidas por via compulsiva, para determinação do perfil de ADN e posterior comparação com vestígios recolhidos no local do crime, mostrando-se aceitáveis e legitimadas se:

- Estiverem legalmente previstas (i),
- Perseguirem uma finalidade legítima (ii),
- Mostrarem-se proporcionais entre a restrição dos direitos fundamentais em causa (integridade pessoal; intimidade, autodeterminação informativa) e os fins perseguidos (iii),

Revelando-se:

- Idóneas (a),
- Necessárias (b) e
- na justa medida (c).

Para o efeito, essas intervenções corporais devem ser judicialmente determinadas (iv) e estar devidamente motivadas (v),

Não sendo admissíveis quando corresponderem, na sua execução, a tratamentos desumanos ou degradantes (vi),

Optando-se, nestes casos e em sua substituição, por qualquer outra mostra de fluido orgânico que possa ser devidamente recolhida para determinação do ADN (vii).”

Negou provimento ao Recurso do Arguido B, por entender os presentes fundamentos legais específicos, tanto pelo Código de Processo Penal, quanto de outra legislação, para a recolha de saliva, via zaragatoa bucal, ainda que por via compulsiva, para determinação de perfil de ADN e posterior exame comparativo com os vestígios biológicos encontrados e recolhidos no local. Acrescentando que a decisão se encontra fundamentada, mesmo que mediante a remissão para promoção do Ministério Público, estando em causa crimes de natureza gravíssima, e o manifesto interesse e necessidade da realização do citado exame para determinação da autoria, havendo suspeitas de que o Arguido fosse um dos seus autores.

Este Acórdão demonstra a maturidade a que chegou a Jurisprudência. A evolução jurisprudencial, o amadurecimento legislativo, onde preencheu os vazios, possibilitando

o exame de forma compelida, sem ferir de morte garantias constitucionais, e o entendimento do TEDH e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Para tanto, o julgamento no caso alemão citado, as decisões do TC 155/2007 e 228/2007 merecem todo o nosso respeito, pois serviram como um farol, à luz de todos os navegantes perdidos, fazendo alcançar com segurança um destino, ou seja, um julgamento equitativo e ponderado.

Merece destaque o seguinte trecho deste Acórdão, no qual, com imenso tato e cuidado, o TRP alerta para o modo como com este meio de obtenção de prova³²⁰ não se deve incorrer em tratamento degradante, desumano, nos moldes do art.º 3.º da CEDH. Diz:

“[...] por isso, em caso de recusa obstinada em ceder fluídos bocais, é muitas vezes aconselhável, designadamente quando o uso da força coativa possa redundar num tratamento desumano ou degradante, que no período de detenção para a recolha de saliva bucal, se espere que o visado ‘liberte’ qualquer outra amostra de fluído orgânico que possa ser devidamente recolhido para determinação do ADN.”

³²⁰ “2.4. A integridade física e moral, a livre disposição do seu corpo e a vida sexual estão cobertas pela protecção da vida privada – Acórdãos *Stubblings* e outros, de 22 de outubro de 1996, R 96-IV, p. 1505, § 61, e *Von Hannover*, de 24 de junho de 2004; R 04- VI, p. 27, § 50.” (p. 235). 11 “ A recolha de urina de um detido, no âmbito da prevenção da toxicod dependência, está também por aqui justificada – Decisão de 22 de fevereiro de 1995, Queixa n.º 20.872/92, Dec. Rap. 80-A, p. 66” (Cf. Ireneu Cabral Barreto, *op. cit.*, p. 261).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não resta a menor dúvida de que a prova pericial com base em exame genético pode ser de grande valia no campo da investigação criminal, pois pode indicar a autoria de um crime, ou, pela sua natureza dual, excluir a responsabilidade do suspeito, inocentando-o devido à falta de compatibilidade com o material biológico encontrado na cena do crime.

No cenário respeitante ao meio de prova obtido através das intervenções corporais, merecem especial destaque os crimes sexuais e contra a vida, tanto diante das dificuldades muitas vezes de provas para se alcançar autoria, bem como pelos vestígios biológicos comuns encontrados na cena desses delitos.

A identificação criminal através do material genético do indivíduo tem a sua pertinência aflorada devido à facilidade da busca do material genético para realização de perícias, podendo ser extraído de vestígios de sangue, sémen, saliva, cabelos, pelos, etc. A técnica utilizada habitualmente é do ADN não codificante, pois é o suficiente para o mundo forense criminal.

A Lei 12.654/2012 trouxe uma inovação na modalidade de identificação criminal, prevendo a colheita de perfil como forma de identificação criminal. No processo penal, tal identificação impede erros de troca de identidades. Tal identificação, assim como as impressões digitais, ocorre antes do crime. A investigação policial pode realizar a comparação com o material biológico deixado na cena do crime, assim como ocorre junto das impressões digitais, de modo que se possa identificar a autoria delitiva. A grande diferença é que as impressões digitais podem ser alteradas ou camufladas, seja através de luvas ou até inutilizando as próprias digitais ou até sofrendo alterações com o passar do tempo.

É bem cristalina a compreensão de que a identificação genética, estando em conformidade com princípios bioéticos, pode facilitar no deslinde de um delito.

No campo das intervenções corporais, com objetivo de se alcançar autoria delitiva ou excluir um investigado ou acusado teremos de passar pelo campo das amostras genéticas. Estas ditas amostras podem ser recolhidas na cena do crime, sendo pertencentes à própria cena do crime em si, e examinadas por peritos forenses, não

havendo porque falar em oposição de suspeitos ou réus, onde será realizado um laudo local do crime.

As provas obtidas a partir de fluídos biológicos separados do corpo, como saliva em chiclete “mascado”, cusparadas, saliva em “bigas” de cigarro (nas pontas de cigarros), roupa com sangue, ou até mesmo placenta, conforme os casos iniciais expostos neste trabalho, são tidos como materiais genéticos de descarte, não havendo óbice para fins comparativos de material biológico recolhidos na cena do crime, ou seja, independentemente de consentimento. Porém, deve o Estado (investigação policial) agir com lealdade, sem utilizar de astúcia ou de meios enganosos para obter tais amostras biológicas.

Essas medidas não dependem da colaboração ativa do indivíduo e não afrontam o direito à não autoincriminação, conforme os dois casos indicados no **Capítulo I**, onde as provas obtidas foram colhidas de forma lícita. No caso Gloria Trevi, havia suspeita de que a gestação seria fruto de estupro ocorrido em uma das celas da Polícia Federal, e após o nascimento do filho foi utilizada a placenta já fora do corpo para fins comparativos. Já no caso Roberta Jamile, o corpo policial valeu-se de uma ponta de cigarro descartada, contendo saliva.

Restaram destacadas algumas formas na obtenção do material biológico, material de descarte, como explicado no parágrafo anterior, material recolhido na cena do crime, diretamente do corpo do investigado/acusado, do corpo da vítima ou de terceiros, em razão da cadeia hereditária da pessoa. A nossa análise circunscreve-se às intervenções corporais para se alcançar tais amostras para fins periciais.

Na realidade brasileira vige o princípio da liberdade das provas, sendo admitidos todos os meios de prova, para fornecer elementos para autoria e materialidade. Porém, com limites, pois tal liberdade não é absoluta. Não se pode permitir a busca da verdade real a todo custo, devendo ser observados direitos e garantias fundamentais do indiciado/acusado.

Foi apreciada a máxima do princípio da não autoincriminação, e o alcance deste, restando demonstrado que não se trata de um direito absoluto, pois se elevar ao extremo e blindar de forma impenetrável o réu ou o investigado, a persecução criminal estará totalmente tolhida e entregue ao fracasso.

Como ensina PACELLI:

“Ao referido texto faríamos apenas uns breves acréscimos, com o objetivo — único — de oferecer informações sobre o *nemo tenetur se detegere*: nenhum texto de tratado internacional abriga as pretensões de extensão da não auto-incriminação para além de suas forças, isto é, como o direito (esse sim!) de não depor contra si e nem declarar-se culpado, e como garantia individual de proteção contra intervenções corporais ilegítimas. Nos EUA, na Alemanha, na Espanha, na Itália, na Inglaterra, na França, em Portugal etc., etc., colhem-se impressões datiloscópicas, material para exame de DNA, fotografias (frente e verso), desde que autorizado na forma constitucional (em geral, pelo Judiciário). Nada há que sustente um suposto direito à fuga, ou um suposto direito a não prestar socorro, bem se vê. Ora, se o réu tivesse direito subjetivo à fuga, seriam varridas do mapa as prisões em flagrante e por mandado judicial (o que até, talvez, não seja má idéia, mas jamais sob tal frágil fundamentação!)”³²¹

No que diz respeito às espécies de intervenções corporais, deve-se dar prioridade às intervenções corporais não invasivas, como a recolha de saliva através de zaragatoa bucal, ou de fios de cabelos, por exemplo. Restou claro, da mesma forma, que até a extração de sangue não seria nada que pudesse ferir a dignidade humana, pois trata-se de método rotineiro e de baixíssima invasividade, ou até mesmo insignificante.

PACELLI aprecia as intervenções corporais sobre dois aspetos:

1. Previsão legal (art.º 5.º da Constituição Federal. Ninguém pode ser obrigado a fazer ou [a] deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei);
2. Recusa legalmente valorada ou que possa ser justificada;
3. Intervenção corporal que não importe em risco para a saúde (física e mental) e para a vida;
4. Ponderação constitucional da medida, ponderando-se acerca da necessidade para a prova e do grau de violação do bem tutelado.³²²

³²¹ Fonte: <http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/breves-notas-sobre-a-nao-autoincriminacao> (acedido em 27/03/2017).

³²² Eugênio Pacelli Oliveira, *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*, Editora Del Rey, cidade, 2004, pp. 219-220.

Continua PACELLI dizendo que, a propósito do art.º 369.º do Novo Código de Processo Civil, existe uma norma processual admitindo todos os meios de prova que não contrariem o direito e sejam moralmente legítimos. Muito embora não haja previsão legal expressa — o art.ºs 231.^{o323} e 232.^{o324} do Código Civil (previsão legal da perícia médica, e permite ao Juiz valorar a recusa)³²⁵ podem servir de anteparo normativo para regular a situação.

Como dispõe o art.º 231.º do Código Civil, aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se da recusa. Já o art.º 232.º estabelece que a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

Assim, havendo previsão legal, sendo a intervenção mínima ou insignificante, diante da sua necessidade, ponderado o princípio da proporcionalidade e a natureza não invasiva da prova, estaria admitida no direito brasileiro, como de facto está, as intervenções corporais de carácter não invasivo, não coativo e não enganoso. Havendo recusa, seriam vistas em desfavor do sujeito passivo alvo da perícia.

Assim como prevê no ordenamento processual alemão no § 81g, em caso de recusa na recolha de amostras biológicas, equivaleria a uma afirmação de uma suspeita, tornando o que era voluntário em obrigatório.

Pode-se extrair do **Capítulos I, V e VIII** (em sede de direito comparado) que, nos ordenamentos jurídicos português, alemão, italiano e espanhol são legitimadas as intervenções corporais, com uso coativo/compulsivo para a colheita de material biológico como meio de obtenção da prova para determinação do perfil de ADN/DNA e em seguida para a realização de análise comparativa com os vestígios recolhidos no local do crime, desde que cumpram os seguintes requisitos; 1 – Previsão Legal (art.º 172.º do CPP português); 2 – Perseguirem uma finalidade legítima; 3 – Haver proporcionalidade entre as restrições dos direitos fundamentais em causa (integridade pessoal; intimidade) e os fins que se quer alcançar; 4 – Para que se revelem necessárias, idóneas, e na justa medida, para fins de intervenção corporal, devem ser judicialmente

³²³ “Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.”

³²⁴ “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.”

³²⁵ Art. 369.º do CPC: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fa[c]tos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”

determinadas e devidamente motivadas; 5 – Não se admitem intervenções corporais quando a sua execução implicar tratamento desumano e degradante.

Dito isto, é de considerar que a intervenção corporal para fins de exame de recolha e de material biológico está condicionada diretamente à autorização judicial, via de regra, devidamente fundamentada, avaliada a proporcionalidade entre a medida de ingerência e a gravidade do crime, e a sua reprovabilidade. Sendo que as intervenções não devem colocar em risco a saúde do examinando, e assegurado o defensor técnico. O art.º 172.º, n.º 3, do CPP português demonstra ainda total respeito à dignidade humana, quando se preocupa com o pudor no momento da realização do exame.

A pergunta que fica é: E quando o visado negar veementemente ceder material biológico, seja saliva, seja cabelo ou outros mais? Parece que a resposta a esta questão ficou muito bem sinalizada pelo TRP (v. item **8.1.5.**), entendendo ser aconselhável, quando o uso da força coativa possa ultrapassar a fronteira e desencadear tratamento desumano ou degradante (art.º 3.º da CEDH), devem os profissionais envolvidos na recolha, no período da detenção buscar meios alternativos e esperar que o visado “liberte” qualquer outra amostra de fluído orgânico que possa ser devidamente recolhido para determinação do ADN/DNA, como um fio de cabelo no chão, por exemplo.

Em termos práticos, em caso de recusa, no Brasil, cumprindo todos os requisitos da obtenção da prova, deve ser visto em desfavor do suspeito/acusado, mas para condenação efetiva apenas deve ocorrer somada a outros indícios de prova.

A recusa não deve ser criminalizada, como muitos doutrinadores defendem, incorrendo em crime de desobediência, pois, em casos de crimes graves, a simples recusa será um “escárnio” a persecução criminal e um grande benefício para a quem dissente.

Da mesma forma, somente com consentimento poderão a vítima, ou terceiros informados, sofrer intervenções corporais não invasivas.

No que concerne à via coativa em Portugal, Espanha, Itália e Alemanha, deve ser a última intervenção que pode sofrer o acusado ou suspeito, e, em caso de recusa veemente, terá de ser encontrado outro meio para se buscar as amostras genéticas, sejam através de buscas em domicílio, etc. O que não se pode ultrapassar é o limite, ao modo que se alcance o meio vexatório, degradante, ou tortura (em todos os aspetos).

Nem ousa dizer que o tema esteja exaurido, diante da sua complexidade e leques de problemas jurídicos que se abriu no percurso, mas o que merece especial destaque é

que, ante da espontaneidade, livre e consciente, em se submeter a uma intervenção corporal para fins comparativos de material genético recolhido na cena do crime, estaríamos perante uma nova modalidade de Confissão, a confissão genética ou biológica, devendo haver reflexos positivos (atenuantes) em favor do Réu ou Indiciado.

BIBLIOGRAFIA

- ACORDI, Charles Fabiano, “Garantia de Proteção Contra a Auto-incriminação Compulsória no Ordenamento Jurídico Brasileiro”, 2011, p. 125. Dissertação. (Mestrado em Direito) Universidade Estácio de Sá, Florianópolis, 2011. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/4111683/charles%20acordi.pdf> (acedido em 01/09/2015).
- AGOSTINHO, Patrícia Naré, *Intrusões Corporais em Processo Penal*, 1.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- ALBARI CORDERIO, L., “A Datiloscopia Através do Tempo”, 2003, p. 48, Monografia (Bacharel em Direito), Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2003.
- ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer, *A Garantia de Não Autoincriminação – Extensão e limites*, del Rey, Belo Horizonte, 2008.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a Edição atualizada, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011.
- ALFRADIQUE, Eliane, “Aspectos Processuais e Médico-legais do Exame de Corpo de Delito e das Perícias em Geral”. Disponível em: <http://www.bu.ufsc.br/aspectos.PDF> (acedido em 03/09/2015).
- ALMEIDA, Felipe Lima de, “Reflexões Acerca do Direito de Execução Penal”, in *Revista Liberdades – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n.º 17, pp. 24-49, 2014. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/210-Artigos (acedido em 02/09/2015).
- AMBOS, Kai, *Processo Penal Europeu. Preservação das Garantias e Direitos Individuais (Princípios Processuais e Análise da Convenção Europeia dos Direitos do Homem)*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.
- AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri, *O Processo Acusatório e a Vedação Probatória Perante as Realidades Alemã e Brasileira*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009.
- ARAÚJO, Rochester Oliveira, “O Direito Fundamental Contra a Autoincriminação: A Análise a Partir de uma Teoria do Processo Penal Constitucional”, 2013, p. 278. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2013.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 1.^a Edição, Reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- ARBAGE, Lucas, “As Intervenções Corporais e o Princípio da Não Autoincriminação (*nemo tenetur de detegere*)”, in *Jusbrasil*, 2015.
- Artigo EMERJ = Raphael L.P.L. da Silva, p. 5.
- ÁVILA, Humberto, “A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade”, in *Revista Diálogo Jurídico*, vol. 1, n.º 4, 2001, pp. 1-36.
- AVILA, Priscilla de Oliveira Pinto, *Exercício do Direito a Intimidade no Ambiente de Trabalho – Limites ao Poder Diretivo do Empregador*, 2011, p. 121. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

- ÁVILA, Thiago André Pierobom, *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007.
- BADARÓ, G. H. R. I., *Direito Processual Penal*, Editora Elsevier, Rio de Janeiro, 2008, p. 287.
- BADARÓ, Gustavo, *Processo Penal*, 2.^a Edição, Editora Elsevier, Rio de Janeiro, 2014.
- BARBOSA, Bia, “Quem É O Pai? Erros Em Exames de DNA Colocam Em Xequê Credibilidade De Muitos Laboratórios”, in *Revista Veja*, 19 de julho de 2000, pp. 108-109.
- BARRETO, Irineu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Anotada*, 4.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- BARROS, Marco Antônio de; PISCINO, Marcos Rafael Pereira, “DNA e Sua Utilização Como Prova No Processo Penal”, Universidade Presbiteriana Mackenzie – Faculdade de Direito. Disponível em: http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2015_05_11_14_08_46_Artigo.DNA.Prova.Marco.Antonio.Barros.pdf (acedido em 11/09/2015).
- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília Jurídica, Brasília, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*, 2.^a Edição, Saraiva, São Paulo, 2009.
- BECK, Francis Rafael; RITTER, Ruiz, “A Coleta de Perfil Genético no Âmbito da Lei n.º 12.654/12 e o Direito a Não Autoincriminação: Uma necessária análise”, in *Revista da AJURIS*, vol. 42, n.º 137, 2015, pp. 321-341.
- BELING, Ernst; AMBOS, Kai; GUERRERO, Óscar Julian, *Las Prohibiciones Probatorias*, Editora Temis S.A, Bogotá, 2009.
- BICHO, Galdino Guttmann; VALLE, Benjamin, “ISO/IEC 17025: A nova norma para laboratórios de ensino e calibração”, in *Revista Metrologia Instrumentação – Laboratórios e Controle de Processos*, n.º 5, 2001. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/divulga/artigos/metrologia.htm> (acedido em 09/09/2015).
- BONACCORSO, N. S., “Aplicação do Exame de DNA na Elucidação de Crimes”, 2005, p. 191. Dissertação (Mestrado em Medicina Forense) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- BRAMLEY, Bob, *DNA Databases*, Handbook of Forensic Science, Willian Publishing, London and New York, 2009.
- BRANCO, Castello H.; BULHÕES, Octavio; SILVA, Carlos Medeiros, *Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966*, Código Tributário Nacional, Art. 121, Brasília, 1966.
- BRANDÃO, Cláudio, “Teorias da Conduta no Direito Penal”, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 148, 2000, pp. 89-95.
- BRAS, José, *Ciência e Tecnologia e Investigação Criminal*, 3.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2013.
- _____, *Investigação Criminal – A organização, o método e a prova – Os desafios da nova criminalidade*, 1.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2015.
- BRASIL, “Lei n.º 9296, de 24 de julho de 1996. Arts. 1.º e 2.º”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm (acedido em 03/03/2016).
- BRASIL. “A Lenda do Teste Infalível”, in *Revista Cálculo*, 2013. Disponível em: <http://www.revistacalculo.com.br/a-lenda-do-teste-infalivel/> (acedido em 08/09/2015).

- BRAVO, Jorge dos Reis, “Intervenções Corporais Probatórias e Direitos Fundamentais: Compatibilidade e Limites”, in *Revista Faculdade de Direito*, vol. 1, n.º 1, Porto, pp. 1-20.
- _____, “Perfis de ADN de Arguidos/Condenados (O art. 8.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 5/2008, de 12-02)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 20, n.º 1, Coimbra, 2010.
- CALADO, Antônio Marco Ferreira, *Legalidade e Oportunidade na Investigação Criminal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- CALÇADO, Débora Helena Ferreira, “O Princípio *nemo tenetur se detegere* e Suas Decorrências como Meio de Prova no Processo Penal”, 2014, p. 69. Monografia (Bacharel em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/24055/24055.PDF> (acedido em 02/09/2015).
- CÂMARA, Alexandre Freitas, “A Valoração da Perícia Genética: Está o juiz vinculado ao resultado do ‘exame de ADN?’”. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_pro_civil/valoracao_pericia_genetica.pdf (acedido em 08/09/2015).
- CAMARGO, José A, “O Direito à Integridade Psicofísica nos Direitos Brasileiro e Comparado”, in *Revista da SJRJ*, n.º 26, Rio de Janeiro, 2009, pp. 261-284.
- CANOTILHO, Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2001.
- CAPEZ, Fernando, *Curso de Processo Penal*, 16.ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2009, pp. 321-323.
- _____, *Curso de Direito Penal – Parte especial 3*, 10.ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2012.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho, *Processo Penal e (em face) da Constituição: Princípios Constitucionais do Processo*, 3.ª Edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.
- CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de, *Prova Científica: Exame Pericial do DNA*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007.
- CHEMELLO, E., “Ciência Forense: Impressões digitais”, 2006, p. 11. Química Virtual. 2006. Disponível em: http://www.quimica.net/emiliano/artigos/2006dez_forense1.pdf (acedido em 26/02/2016).
- CÓDIGO DA ESTRADA – Decreto-Lei n.º 44/2005, de 23 de fevereiro. Disponível em: http://www.acp.pt/ResourcesUser/files/DefesaAutomobilista/Codigo_da_Estrada.pdf (acedido em 01/03/2016).
- CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio, *Compendio de Procedura Penale*, Seconda Edizione, Editora Cedam, 2014.
- Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica. Artigo 8.º, n.º 2, letra g. Disponível em: http://www.amb.com.br/fonavid/Legislacao_Pacto_San_Jose_da_Costa_Rica_-_1969%5B1%5D.pdf (acedido em 29/02/2016).
- COOPER, Amanda; MASON, Lucy, *Forensic Resources and Criminal Investigations*, Handbook of Forensic Science, Willian Publishing, London and New York, 2009.

- CORASANITI, Maria, “La Banca Dati del DNA: Primi aspetti problematici dell’attuazione del tratado di prum”, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, n.º 3, Milano, 2009, pp. 437-463.
- CORREIA, João Conde, *Contributo para Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- COSTA, Bruno Alves da, *Constitucionalidade da Produção de Provas na Lei Seca*, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.
- _____, “Constitucionalidade da Produção de Provas na Lei Seca”, 2012, p. 20. Artigo Científico – Curso de Direito, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.
- DEU, Teresa Armenta, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, Madrid, 2003.
- DIAS, Augusto Silva, *O Direito à Não Auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no Processo Penal e contra-ordenacional Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- DIAS, Maria Berenice Dias, *Manual de Direito das Famílias*, 5.ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.
- DIREITO à privacidade. *PUC – RIO. Evolução*. 4.1, pp. 62-64. Disponível em: http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12455/12455_5.PDF (acedido em 24/02/2016).
- DOBRIANSKYJ, Virgínia de Oliveira Rosa, “O Princípio da Proporcionalidade como Critério de Aplicação da Pena”, 2009, p. 129. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.
- DUTRA, Ludmila Corrêa, “Limites e Implicações do Princípio *nemo tenetur se detegere* nas Intervenções Corporais Probatórias”, in *Revista Pensar Direito*, vol. 6, n.º 2, 2015.
- EVETT, Ian W., *et al.*, “DNA Profiling: a discussion of issues relating to the reporting of very small match probabilities”, in *The Criminal Law Review*, maio de 2000, pp. 341-355.
- FALAVIGNO, Chiavelli Facenda; CAZABONNET, Brunna Laporte, “Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo: Manifestações no Direito Brasileiro e o Advento da Lei n.º 12.654/12”, Artigo Ibraspp, São Paulo, s/d.
- FAVA, Antônio Roberto, “Na Pista dos Testes de DNA”, in *Jornal da Unicamp*, n.º 194, Campinas, outubro de 2002.
- FERREIRA, Érica, “Provas Invasivas e Não Invasivas no Processo Penal Brasileiro”, 2009, p. 25. Dissertação. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/EricaFerreira.pdf (acedido em 29/02/2016).
- _____, “Provas Invasivas e Não Invasivas no Processo Penal Brasileiro”, 2009, p. 25. Artigo Científico – Curso de Direito, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.
- FIDALGO, Sónia, “Determinação do Perfil Genético como meio de Prova em Processo Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, n.º 1, Coimbra, 2006, pp.116-148.
- FIGUEIREDO, Tarcísio dos Santos, “A Lei 12.654/2012, Implicações Constitucionais”, *Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, 2014. Disponível em:

- http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/TarcisiodosSantosFigueiredo.pdf (acedido em 08/09/2015).
- FILHO, Adalberto Salvador Noronha, “Identificação Criminal Obrigatória da Lei de Execução Penal e o Princípio da Não Autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), no Âmbito da Dogmática dos Direitos Fundamentais”. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-02-2014/3-Adalberto-Salvador-Noronha-Filho.pdf> (acedido em março de 2016).
- FILHO, Wagner Marteleto, “O Princípio e a Regra da Não Autoincriminação: Os limites do *nemo tenetur se detegere*”, 2011, p. 263. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011.
- _____, *O Direito à Não Autoincriminação no Processo Penal Contemporâneo*, Editora del Rey, Belo Horizonte, 2012.
- FIORI, Ariane Trevisan, “Os Direitos Individuais e a Intervenção Corporal: A necessária releitura constitucional como forma de efetivação dos direitos fundamentais”. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/hermeneutica_arian_e_trevisan_fiori.pdf (acedido em 31/08/2015).
- FIQUEIREDO, André Luís dos Santos; PARADELA, Eduardo Ribeiro, “Tipagens por DNA: Os testes são 99,99% confiáveis?”, in *Âmbito Jurídico*, vol. 9, n.º 32, Rio de Janeiro, 2006.
- FOLLETO, Mara Isabel Guimarães, “O Direito à Intimidade do Empregado Frente ao Poder de Comando do Empregador”, 2005, p. 230. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.
- FONSECA, Claudia, “Mediações, Tipos e Figurações: Reflexões em torno do uso da tecnologia DNA para identificação criminal”, in *Anuário Antropológico/2012*, I, 2013, pp. 09-33.
- FONSECA, Letícia de Assis, “Provas Ilícitas”, Instituto Brasiliense de Direito Público. Escola de Direito do IDP, pp. 1-21. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/view/File/704/482> (acedido em 02/09/2015).
- FRAGA, Renata Jardim, “A Necessidade do Consentimento na Produção de Provas que Implicam Intervenção Corporal no Acusado”. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/renata_fraga.pdf (acedido em março de 2016).
- FRANCA, Genival Veloso de, “O Perfil do DNA e o Vínculo Genético da Filiação: Sua Aplicação nos Tribunais”. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17891/material/O%20perfil%20do%20DNA%20e%20o%20v%C3%ADnculo%20gen%C3%A9tico%20da%20filia%C3%A7%C3%A3o.pdf> (acedido em 09/09/2015).
- FREITAS, David, *DNA e a Investigação Criminal*, Diário de Bordo, Lisboa, 2014.
- GARCEZ NOVAES, Luiz Carlos, A Identificação Humana por DNA pode Substituir a Identificação Humana por Impressão Digital?”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 12, n.º 51, 2004, pp. 237-251.**
- GAVA, G. G., “A Garantia da Não Auto-incriminação Frente à Bioética e à Garantia da Não Auto-incriminação”, 2013. Dissertação (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013.
- GENE, Núcleo de Genética Médica, “Parecer judicial sobre a perícia de DNA”. Disponível em: <http://www.laboratoriogene.com.br/exames/parecer-judicial-sobre-pericia-de-dna/> (acedido em 09/09/2015).

- GIL HERNÁNDEZ, Ángel, *Intervenciones Corporales y Derechos Fundamentales*, Colex, Madrid, 1995.
- GODINHO, Neide Maria de Oliveira, “Banco de Dados de DNA: Uma ferramenta a serviço da justiça”, in *Revista Brasileira de Estudos de Segurança Pública*, vol. 7, n.º 2, Goiânia, 2014, pp. 20-30.
- GOMES, L. F.; CERVINI, R., *Interceptação telefônica*, RT, São Paulo, 1997, p. 54.
- GOMES, Raimundo de Albuquerque; ALVES, Rozinara Barreto, “Lei n.º 12.654/2012 e a Identificação Criminal por DNA”, in *Revista Âmbito Jurídico*, vol. 16, n.º 118, 2013. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13863&revista_caderno=3 (acedido em 08/09/2015).
- GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João, *A Prova do Crime – Meios legais para a sua obtenção*, Editora Almedina, Coimbra, 2009.
- GRAÇA, António Pires Henriques, *Código de Processo Penal Comentado*, Editora Almedina, Coimbra, 2014.
- GRANT, Carolina, Limites e Possibilidades Constitucionais à Criação do Banco de Perfis Genéticos para Fins de Investigação Criminal no Brasil”, in *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, 2011, vol. 3, n.º 5, jul.-dez., pp. 329-359.
- GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A.S.; GOMES FILHO, A. M., “As Nulidades do Processo Penal”, in *Revista dos Tribunais*, 8.ª Edição, rev. e atual., São Paulo, 2004.
- GUERRA, Renata, “Crime Sem Corpo”, in *Revista Ciência Criminal*, n.º 8, 2007, pp. 22-24.
- GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant, “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial”, in *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, n.º 9, Rio de Janeiro, 2006, pp. 379-397.
- HADDAD, Carlos Henrique Borlido, *Conteúdos e Contornos do Princípio contra a Autoincriminação*, 2003, p. 352. Tese (Doutoramento). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.
- _____, “A Incorporação ao Ordenamento Jurídico do Exame de DNA Compulsório em Processos Criminais”, in *Direito Federal: Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil*, Ano 23, n.º 87, 2007, pp. 87-108.
- HENRIQUES, F.; SEQUEIROS, J., “Regime Jurídico da Base de Dados de Perfis de A.D.N.”. *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*, 2007, p. 5. Disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1285444328_Relatorio_base_dados_perfis_ADN.pdf (acedido em 29/02/2016).
- HERNÁNDEZ, Ángel Gil, *Intervenciones Corporales y Derechos Fundamentales*, Colex, Madrid, 1995, p. 37.
- JESUS, Francisco Marcolino de, *Os Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal*, Editora Almedina, Coimbra, 2011.
- JÚNIOR, Amaro Bandeira de Araújo, “Provas Ilícitas no Processo Penal”, 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23631/provas-ilicitas-no-processo-penal/1> (acedido em 02/09/2015).
- JÚNIOR, Aury Lopes, *Direito Processual Penal*, 11.ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2014.

- _____, *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001.
- KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra, *La Prueba de ADN en el Proceso Penal*, Editorial Comares, Granada, 2008.
- LANE, Renata, “O Entendimento do STF em Alguns Casos de Colisão de Direitos Fundamentais”, 2004, p. 34. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2004.
- LANGARO, Alexandre, *Prova Pericial: A (in)certeza do Exame Laboratorial do DNA*, Academia Brasileira de Direito Processual Civil, pp. 1-11. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Alexandre%20Langaro-%20formatado.pdf> (acedido em 09/09/2015).
- LEMONS JÚNIOR, Arthur Pinto de, “A Aplicação da Perícia de Análise do ADN no Processo Penal para Fins de Identificação Criminal”, in *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 3, Coimbra, 2005, pp. 83-103.
- LIMA, Marcellus Polastri, *Curso de Processo Penal*, vol. 2, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, p. 91.
- _____, *Manual de Processo Penal*, 6.ª Edição, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2012.
- _____, *Curso de Processo Penal*, vol. 2, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 91.
- LIMA, Renato Brasileiro de, *Curso de Processo Penal*, Editora Impetus, Niterói, RJ, 2013.
- _____, “Manual de Processo Penal”, Niterói, Editora Impetus, 2011. Disponível em: <http://www.bidvb.com:2300/se%C3%A7%C3%A3o%20braille%20digital%20de%20s%C3%A3o%20paulo/Direito/manual%20de%20processo%20penal%20%20renato%20brasileiro%202011.pdf> (acedido em 31/08/2015).
- LONGO, Piero; GHEDINI, Niccoló, *Commentario Costituzionale al Codice di Procedura Penale*, Terza Edizione, 2003.
- LOPES JÚNIOR, Aury, *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001.
- LOURENÇO, V. J., “Colisão de Direitos Fundamentais – Análise de alguns casos concretos sob a ótica do STF”. Disponível em Jus Navigandi: <http://jus.com.br/revista/texto/20328/colisao-de-direitos-fundamentais> (acedido em 10/07/2013).
- MACHADO, Helena, *Bases de dados Genéticos Forenses Tecnologias de Controlo e Ordem Social*, 1.ª Edição, Editora Coimbra, 2014.
- MACHADO, Helena; COSTA, Susana, “Biolegalidade, Imaginário Forense e Investigação Criminal”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 97, junho de 2012, pp. 61-84.
- _____, “Tecnologia de DNA e os Suspeitos e ‘Criminosos’ Genéticos”, in *Simpósio Nacional de Tecnologia e Sociedade*, 2011, *Anais*. Curitiba, pp. 1-14. Disponível em: <http://www.esocite.org.br/eventos/tecsoc2011/cd-anais/arquivos/pdfs/artigos/gt004-tecnologiade.pdf> (acedido em 04/09/2015).
- MARÍN, M.ª Ángeles Pérez, “El ADN como Método de Identificación en el Proceso Penal”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 33, I32, Lisboa, 2012.
- MARTELETO FILHO, Wagner, “O Princípio e a Regra da Não Autoincriminação: Os Princípios da *nemo tenetur se detegere*”, 2011, p. 249. Dissertação (Mestrado

- em Direito Público), Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia-MG, 2011.
- MARTINS, Filipe, “Lei 12.654/2012: A identificação criminal por perfil genético no Brasil”, in *JusBrasil*, 2014. Disponível em: <http://lipezmartins.jusbrasil.com.br/artigos/121943801/lei-12654-12-a-identificacao-criminal-por-perfil-genetico-no-brasil> (acedido em 08/09/2015).
- MATA-MOUROS, Maria de Fátima, *Juiz das Liberdades. Desconstrução de um Mito do Processo Penal*, Editora Almedina, 2012.
- MATOS, Fábio Correia, “Provas Invasivas e a Análise pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Debates com Professores”. Disponível em: <http://www.debatecomprofessores.com/2011/09/provas-invasivas-e-analise-pelo.html> (acedido em 01/03/2016).
- MAZZUTTI, Vanessa de Biassio, *Vitimologia e Direitos Humanos. O Processo Penal sob a Perspectiva da Vítima*, Juruá Editora, 2012.
- MEDEIROS, Orione Dantas de, “Direito Constitucional Comparado: Breves aspectos epistemológicos”, in *Revista de Informação Legislativa*, vol. 4, n.º 188, cidade, 2010.
- MELLADO, José Maria Assencio, *Prueba Prohibida y Prueba Preconstituída*, Trivium, Madrid, 1989.
- MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, Editora Almedina, 2013.
- MENDES, Regina Lúcia Teixeira, “Princípio da Verdade Real no Processo Judicial Brasileiro”, in *Revista SJRJ*, vol. 17, n.º 29, Rio de Janeiro, 2010, pp. 321-341.
- MÉNDEZ, Francisco Ramos, *Enjuiciamiento Criminal*, Editora Teller, 2011.
- MERTENS, Fábio Alceu, “Análise Histórica e Legislativa do Princípio Constitucional da Inviolabilidade da Vida Privada e da Intimidade”, in *Revista Eletrônica de Direito e Política*, vol. 1, n.º 1, Itajaí, 2006, pp. 1-21.
- MESQUITA, Paulo da, *A Prova do Crime e o que se Disse Antes do Julgamento*, 1.ª Edição, Editora Coimbra, Coimbra, 2011.
- MIRANDA, Jorge, *Direito Constitucional e Democracia*, Juruá Editora, 2013.
- MIRANDA, Sirlene Lopes de, “A Construção de Sentidos no Método de Execução Penal APAC”, in *Psicologia & Sociedade*, vol. 27, n.º 3, 2015.
- MONIZ, Helena, “Os problemas Jurídico-penais da Criação de uma Base de Dados Genéticos para Fins Criminais”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, n.º 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- _____, “A Base de Dados de Perfis de ADN para Fins de Identificação Civil e Criminal e a Cooperação Transfronteiras em Matéria de Transferência de Perfis de ADN”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 120, 2009, pp. 145-156.
- MONTELEONI, Paul M., “DNA Databases, Universality, and the Fourth Amendment”, in *New York University Law Review*, vol. 82, n.º 209, 2007, pp. 247-280.
- MORAES, Mariana Thomé, “O Direito à Não Autoincriminação: A problemática do teste do bafômetro”, in *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, vol. 2, n.º 21, Rio de Janeiro, jan./jun. 2012.
- MOTA, Luig Almeida, “Interceptação Ambiental”, in *Revista Jus Navigandi*, Teresina, Ano 18, n.º 3618, 2013.
- NAGIMA, Irving Marc Shikasho, “Da Acareação no Processo Penal”, in *Direito Net*, 2012. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7267/Da-acareacao-no-Processo-Penal#> (acedido em: 29/02/2016).

- NASCIMENTO, Flávia Lourenço da Silva do, “As Polêmicas Inovações Advindas da Lei 12.654/2012. 2013”, p. 76. Monografia (Especialização) – Curso de Direito, Universidade Católica de Brasília, Taguatinga, 2013.
- NETO, Hamilton de Oliveira Martins, “A Falibilidade do Exame de DNA: Necessidade de revisão da postura dos julgadores nas ações de investigação de paternidade”, in *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, n.º 4, Rio de Janeiro, 2004, pp. 583-608.
- NICOLLIT, André Luiz, *Intervenções Corporais no Processo Penal e a Nova Identificação Criminal*, 1.ª Edição, Elsevier Editora, Rio de Janeiro, 2014.
- NOGUEIRA, Pablo, “DNA Verde e Amarelo”, 2010. Disponível em: <http://www.unesp.br/aci/revista/ed14/detetives-de-dna> (acedido em 03/09/2015).
- NORONHA FILHO, Adalberto Salvador, “A Identificação Criminal Obrigatória da Lei de Execução Penal e o Princípio da Não Autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), no Âmbito da Dogmática dos Direitos Fundamentais”, 2014. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-02-2014/3-Adalberto-Salvador-Noronha-Filho.pdf> (acedido em fevereiro de 2016).
- NOVAES, Luiz Carlos Garcez, “A Identificação Humana por DNA pode Substituir a Impressão Digital?”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 51, São Paulo, 2004, pp. 238-251.
- NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizados pela Constituição*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- NUNES, Carlos A. Casimiro, *A Condução de Veículo Automóvel com Álcool no Sangue*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, vol. 2., 6.ª Edição, ver. atual. e ref., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
- _____, *Provas no Processo Penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, p. 15.
- OLIVEIRA, Alan Teixeira de, “A Relação entre o Tipo Penal e a Prova Pericial Contábil: Evidências nos laudos contábeis da perícia criminal federal sobre o crime de apropriação indébita previdenciária”, 2012, p. 226. Tese (Doutoramento em Ciências), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *Curso de Processo Penal*, 15.ª Edição, rev. e atual., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- _____, *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*, Editora del Rey, Belo Horizonte, 2004.
- OLIVEIRA, F. B. B., “A Obrigatoriedade da Perícia Genética à Luz da Constituição Federal”, 2009, p. 24. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.
- OVÍDIO Francisco, “Aspectos do Direito Comparado”, in *Revistas USP*, São Paulo, 1984.
- PALMA, Maria Fernanda, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Editora Almedina, Lisboa, 2004.
- PARADELA, Eduardo Ribeiro, “Exames de DNA: Quando a justiça deve solicitar nova análise?”, 2010. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6080/Exames-de-DNA-Quando-a-Justica-deve-solicitar-nova-analise> (acedido em 08/09/2015).
- _____, FIGUEIREDO, André Luís dos Santos, “O Seis SIGMA como Estratégia para a Melhoria da Qualidade e da Lucratividade em Laboratórios de Genética

- Forense – A Importância do Índice de Paternidade/Razão de Verossimilhança para a Credibilidade do Teste de DNA”, *INPA – Instituto de Pesquisas Aplicadas*. Disponível em: <http://www.unieducar.org.br/artigos/O%20SEIS%20SIGMA%20COMO%20E%20STRATEGIA%20PARA%20A%20MELHORIA%20DA%20QUALIDADE.pdf> (acedido em 10/09/2015).
- PEREIRA, Gustavo Lázaro, “A Identificação Criminal em Face da Nova Lei 12.654/12: Breves apontamentos”, in *Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito*, Ano I, n.º 2, julho de 2012.
- PEREIRA, A. T., “Interceptação Telefônica com Base nas Investigações Criminais: Repercussão diante dos direitos individuais”, 2008, p. 59. Monografia. Universidade Cândido Mendes, Instituto A Vez do Mestre, Rio de Janeiro, 2008.
- PERES, Paulo Filipe Horta, “Recolha Compulsiva de Material Biológico para Análise de Perfis de DNA em Investigação Criminal: Autoinculpação *versus* segurança comunitária”, 2012, p. 174. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Lusíada de Lisboa, Lisboa, 2012.
- PEREZ, Carlos Granados, *Acuerdos del Pleno de la Sala del Tribunal Supremo para Unificación de la Jurisprudência*, Editora Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- PEZZELA, Maria Cristina Cereser; BUBLITZ, Michelle Dias, “Pessoa como Sujeito de Direitos na Sociedade da Informação: Um olhar sob a perspectiva do trabalho e do empreendedorismo”, in *Sequência Florianópolis On-line*, n.º 68, jan./jun. 2014.
- PILATI J. I., “Um Novo Olhar sobre o Direito à Privacidade”, in *Sequência Florianópolis*, n.º 69, Florianópolis jul./dec. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552014000200012&lang=pt (acedido em 24/02/2016).
- PINHEIRO, M. Fátima, “Contribuição do Estudo do DNA na Resolução de Casos Criminais”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 74, cidade, 1998, pp. 145-153.
- PINTO, António Augusto Tolda, *A Tramitação Processual Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- PINTO FERREIRA, Luís, *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, Saraiva, São Paulo, 1983.
- PRADO, Geraldo, *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 4.ª Edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.
- QUEIJO, Maria Elizabeth, *O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo*, Saraiva, São Paulo, 2003.
- _____, *O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo: O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 55.
- RABELO, Grazielle Martha, “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal”. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990 (acedido em 16/05/2013).
- RAPOSO, Vera Lúcia, *A Vida num Código de Barras*, Coimbra, 2010.

- REVISTA, *Vexatória e Exceção*. “Pastoral Carcerária”. Notícias, 06/12/2013. Disponível em: <http://carceraria.org.br/revista-vexatoria-e-excecao.html> (acesso em 02/09/2015).
- REVISTA BW, “Direito Processual Penal: Acareação”, in *Revista Brasileira de Web*. Disponível em: <http://www.revistabw.com.br/concursos/direito-processual-penal-acareacao/> (acedido em 29/02/2016).
- RODRIGUES, Cláudio Vilela; SILVA, Márcia Terra da; TRUZZI, Osvaldo Mário Serra, “Perícia Criminal: Uma abordagem de serviços”, in *Revista Gestão & Produção – UFSCAR*, vol. 17, n.º 4, São Carlos, 2010, pp. 843-857.
- ROMANO, Rogério Tadeu, “Da prova pericial”, pp. 1-18. Disponível em: https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/doutrina245_DaProvaPericial.pdf (acedido em 03/09/2015).
- ROXIN, Claus, *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal*, Colécción Autores de Derecho Penal, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires. “Autoincriminación involuntaria y Derecho al ambito privado de la personalidad em las actuaciones penales”, in *DONNA*, Edgardo Alberto (org.), 2004.
- SABOIA, B. S., “Intervenção Corporal, Identificação Criminal via DNA e o Princípio do *nemo tenetur se detegere*”, Tese (Bacharel em Direito), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_2/brenda_saboia.pdf (acedido em 29/02/2016).
- SAGUINÉ, Livia de Maman, “O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo no Processo Penal: *Nemo tenetur se detegere*”, 2010, p. 29. Dissertação, Pontifícia Universidade Católica, Rio Grande do Sul, 2010.
- SANTOS, Gil Moreira dos, *Princípios e Prática Processual Penal*, 1.ª Edição, Editora Coimbra, Coimbra, 2014.
- SANTOS, Marcus Renan Palácio de M. C. dos., “Princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* e os Limites a um Suposto Direito de Mentir”. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/3Prncipiopionemotenetur.pdf>. (acedido em março de 2016).
- SCHINCARIOL, Luciana Pasqualini, “Identificação de Marcadores SNP pelas Técnicas de PCR-RFLP e TETRA-PRIMER ARMS-PCR e suas Associações com Qualidade de Bebida em Café”, 2011, p. 54. Dissertação (Mestrado em Agricultura Tropical e Subtropical), IAC – Instituto Agrônomo, Campinas, 2011.
- SENDRA, Vicente Gimeno, *Derecho Processual Penal*, 1.ª Edición, Editorial Colex, Madrid, 2004.
- SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990.
- SILVA R. V., “Princípio da Legalidade, Direitos Fundamentais e Máxima da Proporcionalidade: Análise da obrigatoriedade de submissão ao exame de DNA no ordenamento jurídico-penal brasileiro”, 2013. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Administração da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.
- SILVA, Eduardo Araújo, *Crime Organizado: Procedimento probatório*, Atlas, São Paulo, 2003, pp. 103-104.

- SILVA, Elias, “Provas Judiciais: Formas e Aplicabilidade das Provas Judiciais no Processo”, in *DireitoNet*, n.º 1014, 2003. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1014/Provas-Judiciais> (acedido em 11/09/2015).
- SILVA, Germano Marques da, *Crimes Rodoviários. Pena acessória e medidas de segurança*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996.
- SILVA, Marco Antonio Marques da, FREITAS, Jayme Walner de, *Código de Processo Penal Comentado*, Editora Saraiva, cidade, 2012.
- SILVA, Rodrigo Vaz, “Da Utilização do Exame de DNA no Direito Penal Brasileiro”, in *Âmbito Jurídico*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8468 (acesso em 26/02/2016).
- SOARES, Bárbara Alves, “Provas Ilícitas e o Exame de DNA como Prova no Processo Penal”, 2013, p. 88. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de, QUADROS, Fausto de, OTERO, Paulo, PINTO, Eduardo Vera-Cruz, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Volume II. Direito Constitucional e Justiça Constitucional*, Coimbra Editora, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012.
- SOUZA, José Barcelos de, “Bafômetro”, *Intervenções Corporais e Direitos Fundamentais, O Tempo. Contagem*, 22 de março de 2005.
- SOUZA, Lúria Alves de, “Como Funciona o Bafômetro”, in *Brasil Escola*. Disponível em <http://brasilecola.uol.com.br/quimica/como-funciona-bafometro.htm> (acedido em 29/02/2016).
- SOUZA, Priscila Cavalcante de, “Aplicação do DNA na Identificação Humana em Investigações Criminais”, 2011, p. 45. Monografia (Bacharel em Direito), Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2011.
- SOUZA, Simone de, “Perícia Contábil Criminal”, 1999, p. 43. Monografia (Bacharel em Ciências Contábeis), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, “Superior Tribunal Federal”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/constituicao.PDF> (acedido em 04/03/2016).
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RECLAMAÇÃO N.º 2.040-1/DF*. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/RCL-QO_2040_DF%20_21.02.2002.pdf. (acedido em 10/03/2015).
- TERRA, Ana Beatriz Bizzarro, “O Exame de DNA na Jurisprudência do STF: Um estudo empírico”, 2006, p. 57. Monografia (Especialização) – Curso de Direito, Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2006.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa – Interferência e ingerência mútuas*, Editora Almedina, Coimbra, 2009.
- WALCHER, Guilherme Gehlen, “A Garantia contra a Autoincriminação no Direito Brasileiro: Breve análise da conformação do princípio *nemo tenetur se detegere* à luz da jurisprudência nacional e estrangeira”, in *Revista de Doutrina da 4.ª Região*, n.º 67, 2013. Disponível em: http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Guilherme_Walcher.html (acedido em 2/09/2015).

- ZAGANELLI, Margareth Vetis; ANTAR, Natália Bastos Bechepeche, “O Impacto do Exame Pericial de DNA sobre a Coisa Julgada nas Ações de Investigação de Paternidade”, in *Revista Âmbito Jurídico*, vol. 14, n.º 91, 2011.
- ZIMMERMANN, Cirlene Luiza, “O Papel dos Municípios para a Melhoria do Meio Ambiente do Trabalho”, in *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n.º 51, Curitiba, pp. 209-235, 2010.

JURISPRUDÊNCIA

- BRASIL – Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus: 115.767 PARANÁ*,
Relatora: Ministra Rosa Weber, DJ 16/11/2012.
- BRASIL – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, *Apelação Criminal n.º 560.354-1*, 3.ª Câmara Criminal, Relator: Desembargador Leonardo Lustosa. Julgado em 19/07/2009.
- Caso Bogumil vs. Portugal – TEDH n.º 35228/03 (2009).
- Caso Jalloh vs. Alemanha – TEDH n.º 54810/00 (2006).
- Caso X e Y vs. Argentina – CIDH – Caso 10.506 (1996).
- PORTUGAL – Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 155/2007. Processo n.º 695/06, Relator: Gil Galvão, 3.ª Seção, DJ 02/03/07.
- PORTUGAL – Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 228/2007. Processo n.º 980/2006, Relator: Maria Fernanda Palma, 2.ª Seção, DJ 28/03/07.