

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**

**INTERVENÇÕES CORPORAIS NO PROCESSO PENAL E A IDENTIFICAÇÃO
CRIMINAL ATRAVÉS DO PERFIL GENÉTICO**

**Mestrado em Direito
Ciências Jurídico-Criminais**

Valter Parr Corrêa

**Lisboa
2017**

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

**INTERVENÇÕES CORPORAIS NO PROCESSO PENAL E A IDENTIFICAÇÃO
CRIMINAL ATRAVÉS DO PERFIL GENÉTICO**

**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 todos os Delegados de Polícia Judiciária,
primeiros garantidores dos direitos
fundamentais da pessoa humana, e em especial
ao meu pai, que por muitos anos exerceu tão
valorosa profissão.

AGRADECIMENTOS.

Agradeço em primeiro lugar a todos aos professores que estiveram presentes durante o decorrer do curso de mestrado com muita atenção e dedicação, a Professora Doutora Maria Fernanda Palma, o Professor Doutor Augusto Silva Dias, e em especial ao orientador desta dissertação, o Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes, que em muito auxiliou e instruiu com extrema motivação e conhecimento.

Agradeço também a todos os funcionários da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em especial aos servidores da Biblioteca e do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais (IDPCC), e aos funcionários da Biblioteca da Procuradoria Geral da República, em Lisboa, que em muito contribuíram e auxiliaram na presente pesquisa.

Ainda, agradeço a todos os colegas da Turma de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais 2013/2014, em especial aos amigos Bruno, Diogo, José, Rafael e Ricardo, por todo o companheirismo e apoio durante todo o curso.

Por fim, agradeço especialmente à minha família, Brendha, Gilceia, Mário, Nadyr e Vitor, por toda a atenção, carinho, apoio e compreensão em todas as fases de minha vida.

RESUMO.

Com o avanço das tecnologias, especialmente no âmbito da identificação criminal através do perfil genético, diversos Estados se mobilizaram no intuito de regulamentar tais instrumentos de investigação criminal. O Brasil foi um destes, e aprovou a Lei n.º 12.654/12. Apesar de a novel legislação determinar avanço na regulamentação da identificação do perfil genético, normatizando duas situações de identificação criminal genética: na investigação criminal, através de decisão judicial; e no caso de condenados por crimes hediondos ou com grave violência contra a pessoa, não necessariamente se coadunou com os princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, especialmente em relação à dignidade da pessoa humana e do princípio do *nemo tenetur se detegere*. Desta forma, discorre-se sobre as intervenções corporais no processo penal e a identificação criminal através do perfil genético, especialmente no caso da falta de consentimento do sujeito passivo e a possibilidade da prática do exame de forma coercitiva. Para esse fim, o texto analisa a identificação criminal genética e os preceitos constitucionais supostamente violados, realiza estudo jurisprudencial dos tribunais superiores brasileiros e faz uma comparação com as principais nações onde o tema já está regulamentado, promovendo ao cabo, soluções para a problemática brasileira.

Palavras-Chave: Intervenções corporais; Processo Penal; Identificação criminal genética; Falta de consentimento (coerção); Direitos fundamentais.

ABSTRACT.

With the advancement of technologies, especially in the area of criminal identification through the genetic profile, several States have mobilized to regulate such criminal investigation instruments. Brazil was one of these, and approved the Law n.º 12.654/12. Although the novel legislation determines progress in the regulation of the identification of the genetic profile, normalizing two situations of genetic criminal identification: in criminal investigation, through judicial decision; and in the case of those convicted of heinous crimes or serious violence against the person, did not necessarily conform to the principles and fundamental rights provided in the Federal Constitution, especially in relation to the dignity of the human person and the principle of *nemo tenetur se detegere*. In this way, there is a discussion about corporal interventions in criminal process and criminal identification through the genetic profile, especially in the case of the lack of consent of the taxable person and the possibility of the practice of the examination of coercive form. To this end, the text analyzes the genetic criminal identification and constitutional precepts allegedly violated, carries out a jurisprudential study of the Brazilian superior courts and makes a comparison with the main nations where the subject is already regulated, promoting to the end, solutions to the Brazilian problematic.

Keywords: Body interventions; Criminal Procedure; Genetic criminal identification; Lack of consent (coercion); Fundamental rights.

SUMÁRIO.

INTRODUÇÃO	10
1. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	14
1.1. Participação do indiciado/acusado na Reprodução Simulada dos Fatos (STF RHC n.º 64.354/SP e STF HC n.º 69.026/DF).....	14
1.2. Não obrigação de fornecer padrões vocais para perícia de confronto (STF, HC n.º 83.096-0) e fornecimento de padrões gráficos para fins de perícia grafotécnica (STF, HC n.º 77.135-SP).....	17
1.3. Submissão dos pacientes ao exame de “Raios-X” com o propósito de constatar a ingestão de drogas (STJ HC n.º 149.146/SP).....	18
1.4. Obrigatoriedade de submissão do motorista flagrado em estado de embriaguez ao exame do bafômetro (STJ Recurso Especial nº 1.111.566/DF).....	20
1.5. Obrigatoriedade de fornecimento de material genético. O caso “Glória Trevi”: Reclamação (Questão de Ordem) n.º 2.040-1/DF STF.....	22
1.6. Leading Case: Julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n.º 973837.....	23
2. A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL (GENÉTICA)	26
2.1. Identificação Criminal no Brasil.....	27
2.2. Identificação Criminal através do perfil genético e a Lei n.º 12.654/2012.	29
2.3. Análises de ADN e identificação criminal (ADN codificante e ADN não codificante).....	32
2.4. Análise de vestígios biológicos na prática forense.....	36
2.4.1. Aspectos Gerais.....	37
2.4.2. Procedimento Técnico.....	40
2.5. Banco de Dados de Perfis Genéticos.....	46
3. DA IMPRESSÃO DIGITAL GENÉTICA E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS	50
3.1. A importância do Exame de ADN para a investigação criminal.....	52
3.2. Provas e Intervenções corporais.....	55
3.2.1. Intervenções Corporais Invasivas e não Invasivas.....	58
3.2.2. Intervenções Corporais Consentidas e não Consentidas.....	60
3.2.3. Efeitos Jurídicos da Recusa.....	62

3.3. Da ponderação de interesses nas intervenções corporais e o exame de ADN como meio de prova.....	65
3.3.1. Intervenções Corporais e os Direitos Fundamentais afetados.....	68
3.3.2. Intervenções Corporais e o Princípio do <i>Nemo Tenetur se Detegere</i>	79
4. A OBRIGATORIEDADE DA SUBMISSÃO A INTERVENÇÕES CORPORAIS E A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL GENÉTICA.....	86
4.1. A obrigatoriedade de coleta de material genético.....	87
4.2. A prova de ADN como obrigação do investigado: a necessidade de seu consentimento.....	88
4.3. A possibilidade de inversão do ônus da prova no Direito Processual Penal (prova de ADN).....	90
4.4. Exame feito sem a concordância do acusado, mas utilizando amostra descartada.....	93
4.5. Natureza Jurídica da colheita de amostras biológicas.....	95
4.6. A possibilidade de utilização de força para recolha de material genético.....	97
4.7. A problemática da pesquisa em massa.....	103
5. JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA.....	107
5.1. Aspectos gerais.....	108
5.2. Alemanha.....	110
5.3. Itália.....	114
5.4. Espanha.....	118
5.5. Reino Unido.....	120
6. A LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS PORTUGUESES.....	126
6.1. Jurisprudência dos Tribunais Portugueses.....	127
6.1.1. Acórdão n.º 155/2007 do Tribunal Constitucional (possibilidade de se compelir o arguido a colheita de material biológico e identificação do perfil genético para a comparação com os vestígios biológicos do local do crime).....	128
6.1.2. Acórdão n.º 228/2007 do Tribunal Constitucional Português.....	135
6.1.3. Acórdão n.º 275/2009 do Tribunal Constitucional (da desobediência por se recusar a se submeter à colheita de sangue para a avaliação de influência de álcool durante a condução).....	138
6.1.4. Acórdão do Tribunal de Relação do Porto (Processo n.º 0844093/08).....	140

6.1.5. Acórdão do Tribunal de Relação do Porto (Processo n.º 1728/12.8JAPRT.P1).....	142
6.1.6. Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa (Processo n.º 6553/2007-5, de 24 de Agosto de 2007).....	144
6.2. Legislação Portuguesa (Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro).....	146
7. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH).....	154
7.1. Caso Jalloh v. Alemanha, julgado em 11 de julho de 2006.....	157
7.2. Caso Bogumil v. Portugal, julgado em 06 de abril de 2009.....	161
7.3. Caso Saunders v. Reino Unido, julgado em 17 de dezembro de 1996.....	163
7.4. Caso S. e Marper v. Reino Unido, julgado em 04 de Dezembro de 2008.....	164
8. COMO REALIZAR A IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO EM CASO DE RECUSA DO INVESTIGADO/CONDENADO: A PROBLEMÁTICA BRASILEIRA..	169
8.1. Pressupostos.....	169
8.2. Problemas e possíveis soluções.....	171
CONCLUSÕES.....	182
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	187
ANEXO.....	216

SIGLAS E ABREVIATURAS.

A. – Ano.

Ac. – Acórdão.

ADN – Ácido desoxirribonucleico (DNA, em inglês).

BGH – *Bundesgerichtshof* – Tribunal Supremo Federal alemão.

BverfG – *Bundesverfassungsgerichts* - Tribunal Constitucional Federal.

BverfGE – *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* - Resoluções do Tribunal Constitucional Federal.

CE – Conselho da Europa.

CEDH - Corte Europeia de Direitos Humanos

CFRB – Constituição da República Federativa do Brasil.

CodPP – *Codice Procedura Penale* (Código de Processo Penal italiano).

Com. EDH - Comissão Europeia dos Direitos Humanos.

CPP – Código de Processo Penal.

CRP – Constituição da República Portuguesa.

DIAP do Porto – Departamento de Investigação e Ação Penal do Porto.

DL – Decreto Lei.

DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Ed. – edição.

EPI - Equipamento de proteção individual.

EU – União Europeia.

EUA - Estados Unidos da América.

FBI - *Federal Bureau of Investigation*.

FSS - Serviço de Ciências Forenses.

GG - *Grundgesetz* – Constituição da República Federal da Alemanha.

HC – *Habeas Corpus*.

INML - Instituto Nacional de Medicina Legal.

JAI - Justiça e Assuntos Internos (União Europeia).

JIC - Juizado de Instrução Criminal.

LEP - Lei de Execuções Penais.

LECrim – Legislação Criminal.

LO – Lei Orgânica.

N.º - número.

NUIPC – Número Único de Identificação do Processo Crime.

p. – página.

PIDCP - Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos.

PCR – *Polymerase Chain Reaction*.

RPCC – Revista Portuguesa de Ciências Criminais.

RT – Revista dos Tribunais (São Paulo).

S. – Série.

STC - Tribunal Constitucional Espanhol.

StPO – Código de Processo Penal alemão.

STS - Tribunal Supremo Espanhol.

T. – Tomo.

TC – Tribunal Constitucional português.

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

TRP - Tribunal de Relações do Porto.

Vol. – Volume.

v. - versus.

INTRODUÇÃO.

Confrontados com os avanços operados pela criminalidade organizada, por intermédios de suas estruturas solidamente instaladas, e o crescimento do terrorismo, no âmbito internacional, viram-se os Estados compelidos a recorrerem aos não menos surpreendentes progressos de investigações policiais conquistados através dos avanços da tecnologia, como resposta para os problemas decorrentes na persecução dos fins de índole criminal, dos quais se destaca a figura da ciência genética, e em especial, a Impressão Digital Genética.

Para que o Estado possa punir o autor do delito, é indispensável o conhecimento efetivo e seguro de sua correta identidade. Ainda que não exista qualquer dúvida quanto à autoria do fato delituoso, há situações em que pode existir alguma incerteza quanto à verdadeira identidade do autor do crime, afinal, durante a coleta de dados de identificação, é bastante comum que o autor do delito omita seus dados pessoais, apresentando informações inexatas, usando documentos falsos, ou atribuindo-se falsa identidade.

Sobressai daí a importância da identificação criminal, que desempenha papel fundamental no auxílio da aplicação do direito penal, porquanto, através dela, é feito o registro dos dados identificadores da pessoa que praticou a infração penal sob investigação, possibilitando o conhecimento ou confirmação de sua identidade, a fim de que, ao término da persecução penal, lhe sejam impostas as sanções decorrentes do delito praticado. Por meio dela, o Estado objetiva processar e condenar o verdadeiro autor do fato delituoso, evitando-se o calvário inerente à condenação e prisão de um inocente¹.

A análise genética da diversidade humana tem por objetivo a solução dos problemas judiciais que lhe são apresentados, sendo de destacar, a criminalística biológica, ou seja, a análise de vestígios de interesse criminal.

A novel legislação de identificação criminal brasileira (Lei n.º 12.654/2012) trata de significativo avanço em relação à coleta de dados biológicos para identificação criminal e conseqüente investigação penal para crimes que deixam vestígios, além da possibilidade de confirmação (99,99% de certeza) sobre a individualização do investigado.

¹ LIMA, Renato Brasileiro de – Legislação Criminal Especial Comentada, p. 117.

O cerne da questão reside na obrigatoriedade da identificação criminal, onde a legislação apresenta duas situações possíveis:

a) No caso de investigação policial, onde a autoridade de polícia judiciária, o representante do Ministério Público ou a defesa podem representar ao Poder Judiciário no intuito de obter amostra de ADN para a investigação criminal.

b) E no segundo caso, trata da obrigatoriedade da coleta de material genético para os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos na Lei dos crimes hediondos (Lei n.º 8.072/1990) mediante a extração de ADN através de técnica adequada e indolor para inclusão numa base de dados.

Uma base de dados genéticos tem como objetivo a identificação da pessoa através de perfis genéticos. Trata-se de um conjunto complexo de dados aplicáveis a diversas investigações. Com o apoio nestas informações pode-se chegar à conclusão que os vestígios deixados no local de um crime são idênticos aos perfis genéticos não identificados (porque se trata de perfis genéticos de pessoas desconhecidas) que estão armazenados na base, ou pode-se concluir que aqueles vestígios pertencem a pessoas já “catalogadas” na base. Ou seja, a base permite, de forma rápida e certa, analisar, comparar e eventualmente identificar os perfis genéticos obtidos através dos vestígios do crime e aqueles que já se encontram na base².

A grande questão que se põe é sobre a possibilidade e principalmente, obrigatoriedade, no Brasil, da identificação criminal do perfil genético através de intervenções corporais não consentidas. Em alguns países da Europa a extração compulsória de amostras genéticas para a instrução processual é considerada legítima se observado o princípio da proporcionalidade, bem como a extração por meio de profissional habilitado e sem que haja risco à saúde do investigado, o que se faz inclusive com a aquiescência dos Tribunais Constitucionais.

No Brasil não há polêmica quando a coleta de material genético é feita a pedido do próprio acusado. Dito de outra forma, quando há o intento da própria defesa em produzir a prova em seu favor, de modo a livrar-se da acusação que lhe é imputada, por óbvio, sob pena de flagrante afronta o princípio da ampla defesa, o

² MONIZ, Helena - Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais, p. 238.

pedido deve ser atendido. O problema surge quando o sujeito da investigação ou o réu condenado não consente em se submeter ao procedimento.

Assim, neste ponto reside à questão que será especialmente estudada no presente trabalho: **É possível a extração de material biológico de forma coativa caso o investigado ou condenado a ela se recuse?**

Não existe ainda decisão definitiva na jurisprudência brasileira na esfera do direito criminal tratando diretamente sobre o tema. O Supremo Tribunal Federal, nas questões afetas à investigação de paternidade, tem entendido impossível a condução coercitiva para a extração de material para a análise de ADN, e está analisando o tema do presente estudo em sede de Recurso Extraordinário (RE) n.º 973837, sem previsão para julgamento. Portanto, cumpre investigar se existe a possibilidade de compulsoriamente submeter uma pessoa às intervenções corporais no processo penal brasileiro.

Desta forma, impende reflexão sobre a possibilidade das intervenções corporais diante do princípio da dignidade humana (art. 1.º, III, da CRFB/1988), bem como da vedação da prova ilícita (art. 5.º, LVI, da CFRB/1988), da proteção constitucional da intimidade e da privacidade (art. 5.º, X, XI e XII, da CRFB/1988) e especialmente da proteção contra a auto incriminação - *nemo tenetur se detegere*, que sempre foi reafirmado nas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal, como no caso do teste do etilômetro (bafômetro) para os condutores de veículos automotores, onde o investigado não é obrigado a se submeter ao exame, salvo se por vontade própria.

Esta é a questão principal a ser estudada, iniciando a pesquisa pelas decisões já proferidas pelos Tribunais Superiores brasileiros, em especial o Supremo Tribunal Federal, sobre matérias afetas a obrigatoriedade de participação do investigado na produção de provas, o que já norteia o leitor em relação a como “pensa” a jurisprudência na análise de casos correlatos.

Num segundo momento, se adentrará na parte dogmática do tema analisando-se a identificação criminal, incluindo a genética, e a novel legislação brasileira. Na sequência, a impressão digital genética e ponderação de interesses nas intervenções corporais, dando especial atenção à peculiaridade brasileira em relação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Posteriormente se examinará a obrigatoriedade da submissão a intervenções corporais, especialmente no tema da possibilidade de utilização de força para a recolha de material genético.

Ainda, será estudada a jurisprudência constitucional comparada em países como Alemanha, Itália e Espanha, além da destacada atenção para a legislação e jurisprudência portuguesa. Também de fundamental importância, serão trabalhados os casos relevantes em relação ao tema do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), que servem de importante baliza para a pesquisa.

Por fim, se tentará buscar uma solução de como realizar a identificação do perfil genético em caso de recusa do condenado, analisando-se a problemática brasileira, e buscando responder a questão se é possível recorrer à força física quando o investigado/condenado a ela se recuse.

1. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.

Como ponto inicial do estudo, as decisões dos tribunais superiores do Brasil sobre a obrigatoriedade da submissão do investigado a intervenção corporal, ou qualquer procedimento que permeie o princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou o direito a intimidade, a privacidade ou a proibição de prova ilícita, deve ser analisados para se compreender e nortear o trabalho em desenvolvimento. Tal método de efetivação da pesquisa permite se partir dos casos práticos, para a facilidade da conclusão com os aspectos teóricos.

Cumprem ao Supremo Tribunal Federal as matérias de ordem constitucional buscando sempre pela efetividade dos direitos fundamentais consagrados e impedir a violação dos preceitos constitucionais, seja por ação ou omissão. Já o Superior Tribunal de Justiça, conhecido como “Tribunal da Cidadania”, por ter sido criado pela “Constituição Cidadã” de 1988, possui como sua missão zelar pela uniformidade de interpretações da legislação federal brasileira, com o julgamento de questões que se referem à aplicação de lei federal ou de divergência de interpretação jurisprudencial.

Com a breve deliberação sobre o papel dos principais tribunais superiores brasileiros, destaca-se a seguir os julgados mais relevantes a respeito do tema proposto, sempre se buscando responder se é possível realizar a colheita coativa de material genético sem a permissão do investigado ou acusado.

1.1. Participação do indiciado/acusado na Reprodução Simulada dos Fatos (STF RHC n.º 64.354/SP e STF HC n.º 69.026/DF).

Estabelece o art. 7º, do Código de Processo Penal Brasileiro: “Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública”.

Também denominada de reconstituição do crime, a reprodução simulada dos fatos, como bem coloca Guilherme de Souza Nucci³ “(...) pode tornar-se importante fonte de prova, até mesmo para aclarar ao Juiz e aos jurados, no

³ NUCCI, Guilherme de Souza - Manual de Processo Penal e Execução Penal, p. 162.

Tribunal do Júri, como se deu a prática da infração penal. A simulação é feita utilizando o réu, a vítima e outras pessoas convidadas a participar, apresentando-se em fotos e esquemas, a versão oferecida pelo acusado e a ofertada pelo ofendido ou outras testemunhas”.

É vedada a reconstituição do crime se houver ofensa à moralidade (regras éticas de conduta, tendo em vista o pudor social) e a ordem pública (segurança e paz sociais). Portanto, não se fará a reconstituição do crime sexual, por exemplo, bem como a reconstituição com um criminoso de uma organização criminosa, já que a segurança pública estaria ameaçada.

Ademais a reconstituição do crime fica a cargo da autoridade policial que presidir o inquérito, ou seja, não é obrigatória e poderá ser indeferida pela autoridade se requisitada, nos termos do art. 14, do Código de Processo Penal brasileiro (CPP). É meio de prova que servirá de base para a denúncia, bem como de base para a prolação da sentença, desde que o magistrado não condene o réu somente com base nas provas colhidas pela investigação criminal (art. 155, do CPP).

A grande questão se dá com relação à obrigatoriedade de comparecimento do indiciado à reprodução simulada do crime.

É majoritária a jurisprudência brasileira no sentido de que o indiciado não tem o dever de participar da reprodução simulada tendo em vista o princípio da não produção de provas contra si mesmo, *nemo tenetur se detegere*, sob pena, inclusive, de caracterizar injusto constrangimento ao investigado.

A jurisprudência se dividia na obrigatoriedade do investigado comparecer ao procedimento, sem realizar qualquer ato ativo, e na desobrigação do indiciado sequer comparecer ao procedimento, exercendo seu direito ao silêncio por excelência. Prevalece atualmente o último entendimento de forma predominante na jurisprudência dos tribunais superiores.

O indiciado não está obrigado a participar dos atos de reconstituição, já que constituiria constrangimento ilegal o qual não está obrigado a suportar. Pode o indiciado ou réu legitimamente recusar-se a participar, sem que se caracterize nenhuma desobediência ou desrespeito à autoridade. Silenciar durante os atos persecutórios é um direito constitucional de qualquer cidadão conforme o art. 5º, inciso LXIII: "o preso será informado dos seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

O Estado não pode exigir que o cidadão se autoincrimine, fornecendo elementos de prova que podem complicar-lhe a situação numa futura ação penal. Incumbe aos órgãos da persecução penal reunir as provas da autoria e materialidade da infração. O suspeito pode restar completamente inerte, sem que nenhuma presunção possa ser derivada de seu comportamento.

Embora os atos supostamente praticados pelo indivíduo sejam objeto de diligências pelo Estado, aquele não perde suas qualidades de sujeito de direitos, ainda mais aqueles inscritos na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88). Resta-lhe incólume a sua dignidade humana, integridade física e moral, bem como a sua presunção de inocência. Afinal, quando a Carta Magna prescreve "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, inciso II), consubstancia uma das expressões do princípio da legalidade com reflexos importantes na esfera processual penal.

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso em Habeas Corpus (RHC n.º 64.354/SP) decidiu que se a prisão preventiva dos pacientes foi decretada apenas tão somente porque não se teriam disposto a participar da diligência de reprodução simulada ao delito de homicídio (reconstituição do crime), ficou caracterizado constrangimento ilegal reparável com *habeas corpus*.

Trata-se de diligência requerida pelo Ministério Público Estadual, deferida pelo Juiz competente, na fase de inquérito policial, e a cuja realização os indiciados teriam se negado a comparecer. Assim, foi decretada a prisão preventiva dos investigados com base apenas em sua recusa no comparecimento, e o STF demonstrou a não obrigatoriedade dos indiciados na reprodução simulada dos fatos, restando caracterizado o constrangimento ilegal pela prisão.

No Habeas Corpus n.º 69.026/DF, em que também se discutia a negativa do investigado em participar da reprodução simulada do delito, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a reconstituição do crime configura-se ato de caráter essencialmente probatório, pois se destina pela produção simulada dos fatos, a demonstrar o *modus faciendi* de prática delituosa. E que o suposto autor do ilícito penal não pode ser compelido, sob pena de caracterização de injusto constrangimento, a participar de reprodução simulada do fato delituoso, de acordo com o princípio que concede a qualquer indiciado ou réu o privilégio contra a autoincriminação.

1.2. Não obrigação de fornecer padrões vocais para perícia de confronto (STF, HC n.º 83.096-0) e fornecimento de padrões gráficos para fins de perícia grafotécnica (STF, HC n.º 77.135/SP).

Em razão de escuta telefônica realizada pela Polícia Federal do Brasil, o paciente do *Habeas Corpus* n.º 83.096-0 foi denunciado pelo crime de associação para o tráfico de drogas.

No julgamento do HC, os impetrantes sustentaram, em síntese, que o art. 8.º, n.º 2, do Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, dispõe que ninguém é obrigado a depor ou fazer prova contra si mesmo, nem a se autoincriminar. Aduziu que a não autoincriminação tem *status* de garantia fundamental, correlata à autodefesa e, por consequência, à ampla defesa. Desta forma, não poderia o Estado-juiz compelir o réu a fornecer seus padrões vocais para a perícia de confronto, sob pena da violação das garantias fundamentais.

No julgamento do HC, a Ministra relatora lembrou que o Supremo Tribunal Federal já decidira por ocasião do *Writ* n.º 80.849, que o privilégio contra a autoincriminação – *nemo tenetur se detegere* – foi erigido em garantia fundamental pela Constituição do Brasil, de 1988, concluindo, ao final, que o paciente não está obrigado a fornecer padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial. No voto, consta o entendimento de que o acusado não pode ser “fisicamente forçado a fornecer padrões de sua voz para o exame de confronto”.

Com tais argumentos, concedeu-se a ordem para que o paciente tivesse o direito de permanecer em silêncio perante a autoridade designada para a perícia, sendo-lhe assegurada formalmente advertência nesse sentido, o que deveria ser documentado.

Percebe-se que, neste voto, o que estava em causa e foi protegido pelo direito ao silêncio não era o direito de não prestar declarações incriminadoras, e, sim, o direito de permanecer em silêncio, não fornecendo amostras vocais para perícia, o que em muito se equivale às amostras biológicas para confronto de perfil de ADN⁴.

Quanto ao fornecimento de padrões gráficos para fins de perícia grafotécnica (CPP, art. 174, inciso IV), a questão foi analisada no HC n.º 77.135/SP. Inegavelmente, esses precedentes criaram uma linha de orientação jurisprudencial

⁴ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro - Intervenções Corporais no Processo Penal e a nova identificação criminal: Lei n.º 12.654/2012, pp. 67-69.

que, interpretada pelos demais tribunais, levou a uma ampliação ainda maior da extensão da garantia de não se autoincriminar.

Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, não há dúvida que o dispositivo do inciso IV, do art. 174, do Código de Processo Penal brasileiro há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a autoincriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa.

Isto porque, conforme sustentou o voto do relator, a comparação gráfica traduz-se em ato de caráter essencialmente probatório, não sendo possível, em face do privilégio de que o indiciado desfruta contra a autoincriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Desta forma, poderia a autoridade não só fazer a requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, nos quais se encontrem documentos da pessoa à qual é atribuída a letra, como proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão. Na linha da decisão, é possível até intimar a pessoa a escrever o que lhe foi ditado, não sendo possível, entretanto, ordená-la a fazer sob pena de desobediência⁵.

André Nicolitt e Carlos Wehrs⁶ concluem sobre o tema, afirmando que, mesmo diante de diligências mais sutis que as intervenções corporais, como o caso de amostras de padrões vocais, a limitação imposta ao Estado pelo *nemo tenetur se detegere* foi interpretado de forma ampla, alargando a esfera de proteção do indivíduo.

1.3. Submissão dos pacientes ao exame de “Raios-X” com o propósito de constatar a ingestão de drogas (STJ – HC n.º 149.146/SP).

Interessante questão se coloca quanto à possibilidade de submissão de traficantes de cocaína a exames de radiografia. Se a garantia de não se

⁵ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro - Intervenções Corporais no Processo Penal (...), p. 70.

⁶ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro - Intervenções Corporais no Processo Penal (...), p. 70.

autoincriminar for interpretada de modo excessivamente extenso, de modo a abranger o direito de não colaborar, ativa ou passivamente, na realização de procedimentos probatórios, poder-se-ia aventar o direito dos traficantes flagrados de se recusarem a ser submetidos ao referido exame e, sendo ele feito contra a sua vontade, o direito de afastarem a prova por nulidade. O Superior Tribunal de Justiça, analisando o HC n.º 149.146/SP, entendeu que não houve violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere* na submissão dos pacientes ao exame de radiografia com o propósito de constatar a ingestão de cápsulas de cocaína, uma vez que “não ficou comprovada qualquer recusa na sujeição à radiografia abdominal; ao contrário, os pacientes teriam assumido a ingestão da droga, narrando, inclusive, detalhes da ação que culminaria no tráfico internacional do entorpecente”. O STJ aparentemente diferenciou a colaboração ativa da colaboração passiva, admitindo a licitude desta última (tolerância), pois entendeu que “os exames de Raios-X não exigiram qualquer agir ou fazer por parte dos pacientes, tampouco constituíram procedimentos invasivos ou até mesmo degradantes que pudessem violar seus direitos fundamentais”. Entendeu-se que o procedimento “adotado pelos policiais não apenas acelerou a colheita da prova, como também visou à salvaguarda do bem jurídico vida, já que o transporte de droga de tamanha nocividade no organismo pode ocasionar a morte”. A voluntariedade na submissão ao exame foi fator-chave para afastar a tese de nulidade. É que o silêncio (na interpretação literal do dispositivo constitucional) e a não participação em procedimentos probatórios (na interpretação extensiva do dispositivo constitucional) não são uma imposição, mas uma faculdade assegurada ao acusado⁷.

Pelo mesmo motivo, o STJ não admitiu a anulação de perícia grafotécnica (analisada no subitem anterior) realizada a partir do fornecimento de padrões gráficos, pois, muito embora precedente do STF assegure a aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* também neste específico meio de prova, no caso concreto o fornecimento dos padrões havia sido espontâneo, sem qualquer recusa peremptória, que não poderia ser alegada apenas após o fornecimento dos padrões:

⁷ 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, p. 06.

“Não há falar em ilicitude no fornecimento de material gráfico pelo paciente, uma vez que, tendo comparecido voluntariamente ao Instituto de Criminalística da Polícia Civil, nada obstou a possibilidade de recusa peremptória, o que, todavia, não fez. O princípio do *nemo tenetur se detegere* não foi, portanto, violado. (...)” (HC 93.874/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves de Lima, Quinta Turma, julgado em 15.06.2010, DJe 02.08.2010)

1.4. Obrigatoriedade de submissão do motorista flagrado em estado de embriaguez ao exame do bafômetro (STJ - Recurso Especial nº 1.111.566/DF).

O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*). Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal. Em nome de adequar-se a lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando-o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei.

O tipo penal do art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, é formado, entre outros, por um elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de interpretação, qual seja, o índice de 06 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue. O grau de embriaguez é elementar objetiva do tipo, não configurando a conduta típica o exercício da atividade em qualquer outra concentração inferior àquela determinada pela lei, emanada do Congresso Nacional⁸.

Não se pode perder de vista que numa democracia é vedado ao judiciário modificar o conteúdo e o sentido emprestados pelo legislador, ao elaborar a norma jurídica. Aliás, não é demais lembrar que não se inclui entre as tarefas do juiz, a de legislar. Falece ao aplicador da norma jurídica o poder de

⁸ Salientando que atualmente a legislação sofreu alteração (Lei n.º 12.760/2012) para permitir outros meios de prova (exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitido observado o direito à contraprova) para a constatação da embriaguez do condutor de veículo automotor, uma inovação legislativa que veio para atenuar a problemática brasileira na constatação de embriaguez ao volante.

fragilizar os alicerces jurídicos da sociedade, em absoluta desconformidade com o garantismo penal, que exerce missão essencial no estado democrático. Não é papel do intérprete-magistrado substituir a função do legislador, buscando, por meio da jurisdição, dar validade à norma que se mostra de pouca aplicação em razão da construção legislativa deficiente. Os tribunais devem exercer o controle da legalidade e da constitucionalidade das leis, deixando ao legislativo à tarefa de legislar e de adequar as normas jurídicas às exigências da sociedade. Interpretações elásticas do preceito legal incriminador, efetivadas pelos juízes, ampliando-lhes o alcance, indubitavelmente, violam o princípio da reserva legal, inscrito no art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

A pessoa não está obrigada a produzir prova contra si mesma, pode então invocar esse princípio para não se submeter ao teste do "bafômetro". Também no direito administrativo vige o princípio que assegura o direito ao silêncio, garantindo ao investigado por consequência, o direito de não se autoincriminar. Assim, nem mesmo no âmbito administrativo deveria ser penalizado aquele que se nega a realizar o exame do etilômetro.

Para ilustrar, no HC n.º 93.916, de 10/06/2008, o Supremo concluiu que o *nemo tenetur se detegere* impossibilita a extração de qualquer conclusão desfavorável ao suspeito ou acusado da prática de crime, que não se submeta a exame de dosagem alcoólica. Naquela oportunidade, assentou que "não se pode presumir que o paciente estaria alcoolizado pela recusa em se submeter ao exame de dosagem alcoólica: a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo".

Em mais de uma oportunidade reafirmou uma dimensão ampla do *nemo tenetur*, ou seja, para além da simples possibilidade de não declarar e alcançando o direito de não participar de perícia⁹.

O STJ, com pensamento semelhante, no Recurso Especial n.º 1.111.566/DF vedou a autoincriminação no caso do exame do etilômetro, afirmando que a determinação de elemento objetivo do tipo penal (exame pericial)

⁹ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro - Intervenções Corporais no Processo Penal (...), p. 69.

só pode ser realizada por meios técnicos adequados, sendo respeitado o princípio da legalidade.

1.5. Obrigatoriedade de fornecimento de material genético. O caso “Glória Trevi”: Reclamação (Questão de Ordem) n.º 2.040-1/DF STF.

Dentre os casos que envolveram aplicação da teoria da ponderação de valores no Supremo Tribunal Federal um dos mais conhecidos é o caso Glória Trevi. Tal julgado é um exemplo paradigmático da problemática da colisão de direitos fundamentais, resolvido com base na teoria da ponderação desenvolvida (com base nas decisões do Tribunal Constitucional Alemão) por Robert Alexy.

A cantora mexicana Gloria de Los Angeles Treviño Ruiz, perseguida em seu país pela suposta prática do crime de corrupção de menores, fugiu para o Brasil, onde foi presa pela Polícia Federal e colocada à disposição do STF, que iniciou processo de extradição a pedido do Estado Mexicano (Extradição n.º 783). Ocorre que, em meio ao processo e encarcerada sob custódia da Polícia Federal brasileira, a cantora acabou por engravidar. Suspeitas de estupro recaíram sobre os policiais encarregados da sua carceragem e também sobre outros detentos. Setores da imprensa à época não se contiveram diante da notícia, e chegaram a divulgar nomes (dentre policiais e detentos) de supostos pais do bebê que a cantora aguardava.

Diante da repercussão negativa do fato, inclusive em âmbito internacional, e das dificuldades criadas pela extraditanda para esclarecê-lo, o Juiz Federal da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal determinou a coleta de material genético da placenta da cantora, no intuito de realizar exame de ADN para confronto com o ADN dos homens envolvidos no suposto estupro. Vale destacar que, naquele momento, a maioria desses homens, indignados com as acusações levianas da mídia, já havia fornecido espontaneamente material genético para a realização dos testes de ADN.

A cantora, então, peticionou junto ao Supremo Tribunal Federal invocando os incisos X, e XLIX, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, requerendo a não realização do exame de ADN, que, a partir do material genético colhido por ordem judicial, determinaria a origem genética do seu filho e esclareceria a identidade do pai (e possível autor de um ilícito penal). Trevi argumentou que, como mãe e como pessoa humana, gozava com

exclusividade do direito de esclarecer a identidade genética do filho, e que por isso o exame não poderia ocorrer à sua revelia. Alegou que a realização do exame de ADN traria graves prejuízos à sua intimidade e privacidade, direitos fundamentais assegurados inclusive aos estrangeiros pela Constituição.

Instalou-se, assim, um conflito ou colisão entre direitos: de um lado, a cantora alegava sua intimidade (desejando a não realização do exame) e, de outro, a Polícia Federal e os policiais envolvidos invocavam sua honra e imagem, afetadas pelas divulgações levianas da mídia (desejando, assim, a realização do exame para esclarecimento cabal do fato). Caberia, portanto, ao Supremo decidir: qual interesse seria privilegiado e qual seria preterido? O exame de comprovação genética deveria ou não se realizar? Como resolver essa colisão de direitos?

O Supremo Tribunal Federal então autorizou a coleta do material biológico da placenta, com o propósito de realizar o exame de ADN e averiguar a verdadeira paternidade do nascituro. Os bens jurídicos constitucionais como a moralidade administrativa, a persecução penal pública e a segurança pública, juntamente ao direito fundamental à honra, bem como à imagem de policiais federais imputados como autores de estupro da cantora mexicana, e da própria instituição, sopesaram os direitos em confronto como o alegado direito à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho.

Salientando que a coleta do material genético foi extraída da placenta após o parto da extraditanda mexicana, e que não existiu qualquer intervenção corporal nesta, pois o material recolhido já se encontrava fora do corpo, ou seja, era material descartado após o parto do filho realizado na capital federal brasileira.

1.6. Leading Case: Julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n.º 973837.

Tal *leading case* vai solucionar, em tese, a problemática discutida no presente trabalho, pois o Supremo Tribunal Federal (STF) vai decidir se é constitucional a coleta de ADN de condenados por crimes violentos ou hediondos com o objetivo de manter banco de dados estatal com material genético. A matéria, objeto do Recurso Extraordinário (RE) n.º 973837, teve repercussão geral reconhecida, por unanimidade, pelo Plenário Virtual da Corte.

A norma questionada (Lei n.º 12.654/2012) introduziu o artigo 9º-A a Lei de Execução Penal e instituiu a criação de banco de dados com perfil genético a partir da extração obrigatória de ADN de criminosos condenados por crimes

praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos. No recurso contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a defesa de um condenado alega que a medida questão viola o princípio constitucional da não autoincriminação e o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Em sua manifestação, o relator do caso, ministro Gilmar Mendes, frisou que os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, traçar seu perfil genético, armazená-los em bancos de dados e fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Ele citou casos julgados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos segundo os quais as informações genéticas encontram proteção jurídica na inviolabilidade da vida privada.

No caso brasileiro, explicou o ministro, a Lei n.º 12.654/2012 introduziu a coleta de material biológico em duas situações: na identificação criminal e na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos. Na primeira, a medida deve ser determinada pelo juiz, que avaliará se é essencial para as investigações, e os dados podem ser eliminados no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito cometido. Já os dados dos condenados devem ser coletados como consequência da condenação, sem previsão para a eliminação do perfil. Em ambos os casos, os perfis são armazenados em bancos de dados e podem ser usados para instruir investigações criminais e para identificação de pessoas desaparecidas.

Por considerar que a questão constitucional tem relevância jurídica e social, o relator se manifestou no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral na matéria, e neste caso, a decisão do Plenário Virtual do STF foi unânime.

Tal decisão afetará diretamente o presente estudo, tendo sido suscitada a questão constitucional no dia 24/06/2016. Com o reconhecimento da repercussão geral, a decisão a ser tomada pelo STF quanto ao mérito do recurso deverá ser aplicada aos casos análogos que, até o trâmite final do RE, ficarão sobrestados nas demais instâncias do Judiciário brasileiro.

Inclusive, foi convocada audiência pública nos termos dos artigos 21, XVII e 154, III do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal para

depoimentos de pessoas conhecedoras de genética e sua aplicação à investigação forense, além de estudiosos do tema e juristas para realizar-se em 25 de maio de 2017, das 9h às 13h, tendo em vista a questão constitucional em análise ter conexão com aspectos técnicos.

O Ministério Público Federal deu parecer no dia 14 de Fevereiro de 2017, manifestando-se pelo desprovimento do recurso, no sentido de ser legal a recolha do material genético do condenado, afirmando:

O legislador, ao estabelecer que o condenado forneça o material biológico, adotou as cautelas necessárias para proteger o direito fundamental a não autoincriminação e ao princípio da presunção de inocência, não tendo transbordado a competência que lhe foi conferida. Além de estabelecer que a coleta do material somente ocorrerá após a condenação, determinou o completo sigilo dos dados obtidos, permitindo o seu acesso somente após a autorização judicial¹⁰.

Cabe desta forma ao Supremo analisar se é constitucional a extração de material biológico para a realização de exame de ADN nas duas situações normatizadas pela Lei, seja para investigação policial em casos específicos ou a coleta de todos os condenados por determinados tipos de crime. Mas não se trata somente de analisar a legislação, e sim por um ponto a questão, analisando se é possível a coleta de material biológico de forma obrigatória, conforme descreve a Lei n.º 12.654/2012.

¹⁰ Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4991018&numeroProcesso=973837&classeProcesso=RE&numeroTema=905>>.

2. A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL (GENÉTICA).

Identificação é o processo de se estabelecer a identidade de um indivíduo, sendo esta o conjunto de caracteres que o individualizam. O primeiro sistema científico de identificação foi estabelecido por Alphonse Bertillon, no final do século XIX. Na mesma época, Juan Vucetich reconheceu a superioridade do estudo das impressões digitais relativamente ao sistema de Bertillon, tendo a Academia de Ciências de Londres, no início do século XX, proclamado a Dactiloscopia como um sistema internacional de identificação. A identificação humana através destes vestígios tem desempenhado um papel relevante na investigação criminal; no entanto, o seu estudo apresenta algumas limitações, à semelhança da maioria dos métodos científicos¹¹.

Como conceito, a identificação é, pois, o procedimento técnico-científico por meio do qual se identifica alguém, reencontrando-lhe a identidade, ou a descobrindo, por necessidade jurídica¹².

A identificação humana é uma consequência lógica do processo penal. Desde a fase investigativa até a jurisdicional, a necessidade de precisar a identidade do sujeito que participa do procedimento criminal é um requisito básico da própria investigação, além de um elemento essencial a denúncia, queixa crime (art. 41, do CPP) ou sentença penal (art. 381, I, CPP) ¹³.

A identificação criminal sempre se mostrou centro de preocupação da doutrina, com reflexos nas jurisprudências dos tribunais superiores. No século passado, em especial, iniciaram-se grandes debates sobre a natureza jurídica e a eficácia das normas a elas pertinentes.

Existem como espécies de identificação, a civil e a criminal. A identificação civil é realizada através de um dos documentos de identificação previstos no art. 2º, da Lei n.º 12.037/2009, como por exemplo, o passaporte, a carteira de identidade, ou a Carteira Nacional de Habilitação, entre outros. O cidadão apresentando qualquer um destes documentos está devidamente identificado para qualquer autoridade, em relação aos seus dados civis.

¹¹ PINHEIRO, Maria de Fátima - Identificação genética: passado, presente e futuro, pp. 157-158.

¹² PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes - A identificação processual penal e a Constituição de 1988, p. 173.

¹³ SILVA, Emílio de Oliveira e - Identificação Genética para Fins Criminais: Análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n.º 12.654/2012, p. 49.

Já os modos de identificação apresentam requisitos que devem ser respeitados, por exemplo, na coleta do registro primário. Tratam-se dos requisitos de unicidade, imutabilidade, praticabilidade e classificabilidade. Em suma, os elementos sinaléticos devem indicar que cada indivíduo é diferente dos demais, permanecendo tais elementos imunes à ação do tempo e sempre tem que respeitar critérios de classificação que lhes permitam garantir o uso prático.

Portanto, a identificação criminal precisa ser de aplicação fácil e funcional, na medida em que a certeza quanto à identidade possa ser obtida sem longos processos de pesquisa. Em outro ponto relevante ostenta-se a permanência e constância do teor dos registros. Vale lembrar-se das fotografias da face e perfis que, embora úteis, preservam caracteres que o tempo transforma, ou mesmo o homem altera se desejar.

Os mencionados requisitos – unicidade, imutabilidade, praticabilidade e classificabilidade – servem como norte para aquele que venha a estudar as maneiras de realizar a identificação, assim como, sob o aspecto institucional, contribuem para avaliar os órgãos públicos voltados à identificação criminal¹⁴.

2.1. Identificação Criminal no Brasil.

Antes da Constituição Federal de 1988, a identificação criminal era a regra, restava pacífico o entendimento, inclusive com súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal, de que não constituía constrangimento ilegal a submissão do indiciado à identificação criminal, mesmo quando este estivesse civilmente identificado¹⁵. Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), a identificação criminal tornou-se a exceção, evoluindo o país na busca das garantias fundamentais do cidadão, e o art. 5º, inciso LVIII, diz: “O civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

A primeira legislação nacional a abordar a identificação criminal e a excepcionar norma geral contida na Carta Magna foi a Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que previa em seu art. 109 que: “o adolescente civilmente identificado não será submetido à identificação compulsória pelos

¹⁴ PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes – Identificação criminal e banco de dados genéticos, pp. 08-09.

¹⁵ Súmula n.º 568, do STF: “A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente”.

órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada”.

Posteriormente, o art. 5º, da (revogada) Lei n.º 9.034/95, a Lei das Organizações Criminosas, estabeleceu que os indivíduos envolvidos com ações praticadas por organizações criminosas seriam submetidos à identificação criminal, independentemente de identificação civil. Tinha-se, pois, hipótese de identificação criminal compulsória de pessoas envolvidas com o crime organizado, independentemente da existência de identificação civil. Em sentido diverso, a nova Lei de Organizações Criminosas (Lei n.º 12.850/2013) não mais prevê a obrigatoriedade de identificação criminal para o civilmente identificado¹⁶.

Somente no ano 2000 houve a criação de uma norma específica para regulamentar o art. 5º, LVIII, da Constituição Federal brasileira, a Lei n.º 10.054/00, trazendo um rol taxativo de situações que permitiam a identificação criminal do investigado. Posteriormente, tal legislação foi revogada pela Lei n.º 12.037/09, que deixou de apresentar um rol taxativo de crimes como critério para a determinação da identificação criminal. Considerando-se que o art. 1º, da Lei n.º 12.037/09 preceitua que a identificação só poderá ocorrer nos casos previstos nesta lei, e tendo em conta que a Lei n.º 10.054/00 foi expressamente revogada pelo art. 9º, da Lei n.º 12.037/09, há que se concluir pela revogação tácita do art. 5º, da Lei n.º 9.034/95, que já se tinha como revogado desde o advento da Lei n.º 10.054/00. Raciocínio semelhante deve ser aplicado também ao art. 109, do estatuto da Criança e do Adolescente. Portanto, doravante a identificação criminal somente será possível nas hipóteses estabelecidas no art. 3º, da Lei n.º 12.037/09¹⁷.

¹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de – Legislação Criminal Especial Comentada, p. 119.

¹⁷ Art. 3º, da Lei n.º 12.037, de 1º de outubro de 2009: Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

IV – 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;

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.

A Lei n.º 12.037/09 previa somente dois procedimentos de identificação criminal, o datiloscópico e o fotográfico, com o advento da Lei n.º 12.654/12 restou normatizada também, a identificação criminal por meio de análise do material genético (ADN), legislação que será estudada a seguir.

Assim, existem três espécies de identificação criminal no Brasil: a) Identificação fotográfica; b) Identificação dactiloscópica (digitais); e c) Identificação genética (ADN).

2.2. Identificação Criminal através do perfil genético e a Lei n.º 12.654/2012.

Por conta da forma de execução, crimes violentos têm grande probabilidade de deixar vestígios biológicos no local do crime. Por isso, a depender do grau de preservação do local onde ocorreu um crime, os instrumentos deste, o corpo da vítima, as peças de roupas por ela usadas à época, ou outros objetos que tiveram contato físico com o autor do delito, podem fornecer informações decisivas e fundamentais para inocentar um possível suspeito ou identificar o verdadeiro autor da infração penal.

Daí a importância da nova forma de identificação criminal introduzida pela Lei n.º 12.654/12: a identificação genética. Afinal, o exame de ADN possibilita que pequenas quantidades de vestígios biológicos, possivelmente invisíveis a olho nu, sejam suficientes para a obtenção de resultados satisfatórios. Como todo o ser vivo possui informação genética, existindo variabilidade dessas informações entre seres de uma mesma espécie, a análise do material biológico pode apontar a fonte de onde ele partiu, identificando a sua origem¹⁸.

Aliás, mesmo quando um perfil genético não pode ser comparado com uma amostra cujo doador seja conhecido, podem ser extraídas do ADN informações úteis para as investigações criminais, como por exemplo, o sexo da pessoa. Por isso, se a identificação genética for essencial para as investigações policiais, a autoridade judiciária competente poderá determinar a coleta de material biológico para fins de obtenção do perfil genético¹⁹.

Assim, a Lei n.º 12.654, de 28 de maio de 2012, promoveu alterações na Lei n.º 12.037, que trata da identificação criminal do civilmente identificado, e na

¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de – Legislação Criminal Especial Comentada, p. 130.

¹⁹ Art. 5º, parágrafo único, da Lei n.º 12.037/09, com redação dada pela Lei n.º 12.654/12.

Lei nº. 7.210, Lei de Execução Penal, prevendo a coleta de perfil genético como mais uma forma de identificação criminal.

A nova Lei permitiu desta forma, a coleta de material biológico da pessoa para a obtenção do perfil genético em duas hipóteses: a) durante as investigações para apurar a autoria de crime; e b) quando o réu já tiver sido condenado pela prática de determinados crimes.

A primeira hipótese foi prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei n.º 12.037/2009 (inserido pela Lei n.º 12.654/2012), sendo que a coleta somente pode ocorrer durante as investigações (antes de ser ajuizada a ação penal), não importando por qual crime a pessoa esteja sendo investigada.

Esse tipo de identificação somente poderá ocorrer se esse elemento de informação for essencial às investigações policiais, tendo como objetivo elucidar o crime específico que está sendo investigado. Tal coleta deve ser determinada por decisão judicial fundamentada, proferida de ofício, ou mediante representação da autoridade policial, da defesa do investigado ou pelo representante do Ministério Público.

Na segunda hipótese, prevista no art. 9º-A²⁰, da LEP, a coleta somente pode ocorrer após a condenação do réu, e se este for sentenciado por crime doloso praticado com violência de natureza grave contra pessoa; ou por qualquer crime hediondo (Lei n.º 8.072/90). Importante observação é que o dispositivo se refere somente aos crimes hediondos, assim, não se pode admitir a obrigatoriedade de identificação genética para os condenados por crimes equiparados a hediondos (como o tráfico de drogas, por exemplo), salvo se tal delito for cometido dolosamente com violência de natureza grave contra pessoa, como o crime de tortura. Diversamente da hipótese prevista no art. 3º, IV, da Lei n.º 12.037/09, em que a identificação do perfil genético é feita para ser utilizada como prova em relação a um crime já ocorrido, ou seja, pode ser qualquer tipo de crime (crime doloso, culposo, infração de menor potencial ofensivo, etc.), já que o dispositivo não faz qualquer restrição quanto à espécie de infração penal.

Este tipo de identificação criminal é obrigatório por força de lei. O objetivo é o de armazenar a identificação do perfil genético do condenado em um

²⁰ Art. 9º-A, dispõe que: Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º, da Lei n.º 8.072/90 (Lei dos crimes hediondos) serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

banco de dados sigiloso. Tal identificação não necessita de autorização judicial, a coleta é feita como providência automática decorrente da condenação criminal do acusado²¹. A identificação, neste caso, será destinada para um banco de dados de modo a ser usada como prova em relação a fatos futuros cuja autoria seja desconhecida.

Novamente sobre a necessidade de autorização judicial, quando o dispositivo em comento exige tal determinação para a coleta de material biológico, refere-se à hipótese em que há uma pessoa certa e determinada (uma fonte conhecida) sobre o qual recaem suspeitas da prática de determinada infração penal. Por consequência, quando a fonte do material biológico foi desconhecida, não existe necessidade de prévia autorização judicial. É o que ocorre quando o vestígio como sangue, saliva, esperma, tecidos orgânicos e outras amostras contendo material genético são encontrados no local do crime. Nessa hipótese, como o material a ser analisado está destacado do corpo humano, o que possibilita a realização do exame de ADN sem qualquer tipo de intervenção corporal, a própria autoridade policial deverá determinar a realização da perícia, nos termos do art. 6º, VII, do CPP brasileiro, independente de prévia autorização judicial²².

Nesse contexto, ao dispor sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual, compreendida como qualquer forma de atividade sexual não consentida, os §§ 2º, 3º, da Lei n.º 12.845/13 dispõem expressamente que, no tratamento das lesões caberá ao médico preservar materiais que possam ser coletados no exame médico legal, cabendo ao órgão de medicina legal o exame de ADN para identificação do agressor²³. Como se trata de exame pericial em material biológico coletado no corpo da vítima, desde que esta concorde com a realização do exame, não existe necessidade de prévia autorização judicial.

A previsão legal desse regime jurídico é tão importante que, ao autorizar o uso de dados genéticos para o processo penal, o artigo 12 da Declaração Internacional dos Dados Genéticos Humanos afirma que a “colheita de amostras biológicas *in vivo ou post mortem* só deverá ter lugar nas condições

²¹ A autorização do juízo competente somente se faz necessária para ulterior acesso ao banco de dados de perfis genéticos por parte do Delegado de Polícia (LEP, art. 9º-A, §2º).

²² LIMA, Renato Brasileiro de – Legislação Criminal Especial Comentada, p. 130.

²³ Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>.

previstas no direito interno, em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos²⁴”.

A Lei n.º 12.654/12, entretanto, promoveu alterações que foram insuficientes para definir o regime jurídico dos dados genéticos no processo penal. Afinal, foram modificações pontuais na Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84) e na Lei de Identificação Criminal (Lei n.º 12.037/09) que não dispuseram sobre o emprego das informações do genoma humano, notadamente no campo probatório. Tampouco houve previsão para os tipos de pesquisas realizadas com os bancos de dados de perfil genético. Também inexistiu qualquer tratamento legal sobre as consequências da não realização do exame de ADN em razão da negativa do investigado em submeter-se à intervenção corporal, bem como o procedimento a ser realizado em caso de recusa, o que certamente causa insegurança jurídica²⁵.

2.3. Análises de ADN e identificação criminal (ADN codificante e ADN não codificante).

As características únicas do ADN o afirmam como um meio de prova cada vez mais usado na investigação criminal, contudo, não se pode esquecer que se trata de um vestígio biológico, e detém toda a informação genética de um indivíduo na sociedade. Assim, é importante destacar a distinção entre o ADN codificante e não codificante.

A diferença do ADN codificante ou expressivo, do ADN não codificante ou não essencial desponta grande interesse para a identificação criminal genética. O ADN codificante é formado por diferentes ácidos, que determinam os distintos genes. Estes, juntamente com a interação das condições do meio ambiente, determinam as características de uma pessoa, sendo o encarregado de estabelecer, entre outros caracteres fenotípicos, a cor do cabelo, dos olhos, etc. Mas em geral, desinteressam a técnica de identificação pessoal, tendo em vista que o ADN não tem muita variabilidade entre as pessoas, ou seja, é pouco polimórfico²⁶.

Em termos genéricos é o responsável por determinar o aspecto, tanto interior como exterior da pessoa, possibilita precisar as realidades proteicas em sua estrutura e consequência, incluídas nestas suas modificações e deficiências

²⁴ Disponível em:

<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf>.

²⁵ SILVA, Emílio de Oliveira e - Identificação Genética para Fins Criminais (...), p.116.

²⁶ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de - A aplicação da perícia de análise do ADN no processo penal para fins de identificação criminal – Principais aspectos, p. 86.

peçoais, conhecer certas enfermidades hereditárias e predisposições patológicas de enfermidades. Apesar de ainda não ser possível determinar para cada fragmento de ADN uma determinada função, tratam-se de fragmentos já estudados e que por comporem de traços mais comuns entre pessoas podem apresentar maiores similitudes, além de que trazem informações pessoais sensíveis.

Por seu turno, o ADN não codificante possui um inegável paradoxo em torno de seu conceito e função. Por um lado, este ADN não fornece informações importantes para a vida celular, daí a nomenclatura, não essencial, ou como por alguns é chamado “DNA inútil”, porque até onde se sabe, não tem o poder de condensar mensagens genéticas e produzir proteínas que determinam a expressão fenotípica. Este tipo de ADN, no entanto, está disposto e ramificado por todo o genoma, a representar, do ponto de vista quantitativo, a maior parte do genoma humano. Além disso, seus caracteres peculiares lhes conferem uma grande variação entre as pessoas. E é exatamente esse seu polimorfismo, que o destaca como instrumento para individualização de seres humanos. Por força dessa diversidade do ADN não codificante, cada um tem uma sequência distinta de nucleotídeos, com uma localização específica, mas frise-se, que é idêntica em todas as moléculas de ADN que se tem em cada uma das células²⁷.

O ADN não codificante se reporta a segmentos de ADN para os quais não existe ainda uma função atribuída ou conhecida (daqui resulta que poderão vir a tornarem-se segmentos de ADN codificante quando forem descobertas funções que desempenhem), assim não está sujeito às restrições do ADN codificante, por não ter função atribuída, e como contém as características comuns do ADN, de individualização de um sujeito numa universalidade de sujeitos, é o tipo de ADN usado na investigação criminal. Além do mais, não se pode esquecer que, ao não ter ainda função atribuída apresenta uma maior variabilidade/diferenciação de sujeito para sujeito, permitindo uma identificação mais precisa dos indivíduos. Desta feita, apresenta todas as características do ADN, com a vantagem de, ao contrário do codificante não permitir extrair informação mais sensível, a nível genético, da pessoa a quem é extraído, sendo analisados apenas os marcadores necessários para o processo comparativo²⁸.

²⁷ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de - A aplicação da perícia de (...), p. 87.

²⁸ ROCHA, Tiago Alexandre da Luz - A Recolha de Amostras Biológicas para Comparação de Perfis de ADN em Processo Penal: Enquadramento jurídico dos casos de não consentimento pelo arguido e conseqüente ponderação constitucional dos direitos lesados, p. 09.

A investigação do âmbito não codificante do ADN tem por objetivo exclusivamente a estrutura formal das sequências de bases e não revelam informações sobre as qualidades hereditárias do indivíduo. Assim, uma determinada amostra genética é distinta para cada pessoa, como uma impressão digital genética, e desta sorte, se existir coincidência entre duas amostras de um mesmo tipo pode-se concluir que o respectivo material de ADN utilizado na investigação corresponde à mesma pessoa. Pois é impossível que duas pessoas tenham exatamente o mesmo código genético²⁹.

Daí a doutrina afirmar que os testes genéticos propiciam a segurança não conferida por qualquer outra técnica de identificação. Há, de fato, um maior índice de probabilidade através do vestígio genético do que o utilizado no vestígio datiloscópico, mesmo porque quaisquer células do corpo humano tem o condão de servir de base para a análise do genoma e para a elaboração da impressão genética. Enfim, o mister da investigação criminal deve recorrer à genética forense, precisamente à análise da impressão genética, como método preferencial de identificação do autor de um crime, e não mais insistir em técnicas arcaicas e ainda frequentes, como a identificação datiloscópica³⁰, apesar de que em alguns casos criminais são as únicas formas de identificação possível de ser realizada, sendo útil e necessário, dependendo do caso em concreto.

No entanto, por um lado, é errada a ideia de que o polimorfismo de ADN permite com toda a segurança e em todos os casos determinar a autoria de um crime. Os resultados dos testes de ADN atuam no campo das probabilidades – altas, mas probabilidades. Se não existir coincidência entre o ADN da amostra de material biológico colhida no local (ou na vítima) do crime e o da amostra cedida pelo investigado, há a certeza de que a amostra colhida não pertence ao mesmo. Se houver coincidência, há probabilidade de a amostra colhida no local do crime ser do investigado. O grau de probabilidade dependerá da maior ou menor raridade das características da amostra em causa, tendo em conta a população de referência (população onde se insere o indivíduo), lembrando que o tamanho da amostra e o seu estado de conservação são importantes, pois podem limitar o número de marcadores a analisar³¹.

²⁹ Salvo no caso de gêmeos monozigóticos.

³⁰ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de - A aplicação da perícia de (...), p. 87.

³¹ FIDALGO, Sónia - Determinação do Perfil Genético como Meio de Prova em Processo Penal, p. pp.118-119.

Por outro lado, são conhecidas algumas fragilidades dos testes de ADN, como falha no procedimento de obtenção de amostras (o êxito do trabalho laboratorial no estudo dos vestígios depende da forma como foram recolhidos, acondicionados e enviados); dúvidas quanto à fiabilidade da técnica usada (desenvolvem-se métodos cada vez mais confiáveis e que permitem realizar os testes com reduzidíssimas quantidades de material biológico e ainda que esteja degradado); a falta de estandarização das técnicas utilizadas; e a interpretação dos resultados obtidos por parte do juiz, pois a análise de ADN deve ser visto apenas como uma das provas do processo³².

Além disso, o ADN não codificante não dá hoje qualquer informação para além da impressão digital genética. No entanto, não se pode excluir com toda a certeza que, no futuro, venha a descobrir-se que este ADN afinal não é completamente “cego” quanto às características fenotípicas do indivíduo. A única segurança que temos é a de que se revelado no futuro que um marcador genético permite obter informação para além da simples identificação do indivíduo, deixará de ser utilizado. Esta ideia é afirmada pela comunidade científica e é referida no ponto II.2 da Resolução do Conselho da União Europeia, de 25 de junho de 2001, relativa ao intercâmbio de resultados de análise de ADN³³.

Se bem que nem sempre o resultado do exame possibilita uma separação absoluta entre o âmbito codificante e não codificante do genoma, e quando for imprescindível a análise de ADN codificante, deve se assegurar de algum modo, que a investigação genética não se estenderá aqueles aspectos relativos às características hereditárias, enfermidades ou predisposições genéticas a doenças que pertencem, sem dúvida, a mais estrita intimidade, digna de toda a proteção possível dentro do ordenamento jurídico³⁴.

Concluindo o assunto, ainda que seja tomado por *não essencial*, é este tipo de ADN que revela para as investigações e prevenções criminais não haver duas pessoas que possuam exatamente o mesmo código genético. Assim, torna-se compreensível que os testes e intervenções corporais que incidam sobre as características singulares de cada indivíduo, se denominem por *impressão digital genética*.

³² FIDALGO, Sónia - Determinação do Perfil Genético como (...), p. 119.

³³ FIDALGO, Sónia - Determinação do Perfil Genético como (...), p. 119.

³⁴ MARÍN, María Ángeles Perez - El ADN como método de identificación em el Proceso Penal, p. 139.

Desta forma, o ADN não codificante é o principal objeto de investigação genética para fins de investigação e processo criminal. Trata-se de um critério convencional adotado para individualizar a pessoa por meio do posicionamento de seus marcadores genéticos. Tal como a datiloscopia, o exame genético é um método biométrico que singulariza características físicas, porém, em dimensões moleculares. Sua finalidade, como exposto, é a obtenção do perfil genético do sujeito, o qual será representado por codificações alfanuméricas que possibilitam assim individualizar com altíssimos níveis de certeza a pessoa.

2.4. Análise de vestígios biológicos na prática forense.

A ciência forense tem demonstrado sua crescente utilidade para as forças policiais e a justiça. Desde a metade do século passado tem sido cada vez mais frequentemente acionada, tendo em vista uma gama crescente de tarefas, incluindo identificação de ofendidos, ligando incidentes a infrações de série, e para corroborar com depoimentos das vítimas e outras provas apresentadas. Nos últimos anos o uso da ciência forense nas investigações dos principais crimes tem se tornado um dos principais mecanismos nas investigações policiais, e pode se tornar uma peça decisiva nas provas coletadas, por exemplo, através do crescente uso da tecnologia do ADN, ou aplicações de outras formas de conhecimento científico³⁵.

Em relação à Criminalística, esta pode ser definida como a ciência que estuda os indícios deixados no local do crime, graças aos quais se pode estabelecer, dependendo do caso concreto, a identidade do infrator e as circunstâncias que concorreram para o delito. Assim, o exame da cena do crime reveste-se do maior interesse, devendo nele participar peritos especializados em varias áreas, uma vez que poderão ser encontrados vestígios de natureza diversa.

A criminalística biológica ocupa-se do estudo de vestígios biológicos e da comparação das características genéticas destes com as da vítima e do suspeito, pois, muitas vezes, são transferidos fluidos orgânicos e secreções entre o criminoso e a vítima. Os vestígios analisados com maior frequência, com interesse médico-legal, são as manchas de sangue e o sêmen. Acresce ainda a sua importância na

³⁵ COOPER, Amanda; MASON, Lucy – Forensic resources and criminal investigation, p. 285.

identificação individual a partir de restos cadavéricos, como ossos, músculos ou tecidos mumificados³⁶.

Aqui se destaca o princípio da troca, o Princípio de Locard³⁷, fixado no início do século passado e até hoje atual, que traduz que haverá sempre uma troca entre o local de um crime e o respectivo autor. Deixa-se ali qualquer coisa, leva-se dali alguma coisa. E esse princípio da troca ganhou especial incremento na medida em que a ciência foi conseguindo saber um pouco mais a partir de cada vez menos. Ou seja, esta troca é hoje muito mais detectável em função da capacidade que existe para, através de elementos reduzidos, conseguir extrair dados mais conclusivos.

2.4.1. Aspectos Gerais.

O exame de corpo de delito³⁸ é conceito de extrema importância no processo penal, na medida em que busca o conjunto de vestígios materiais deixados durante o cometimento da infração penal. Para o exame de corpo de delito direto são necessários os vestígios materiais, entre os quais estão em alguns casos os vestígios biológicos, ou seja, aqueles cuja substância celular é extraída do corpo humano ou encontrada em locais onde houve contato com o mesmo. Para designar o exame de corpo de delito, corriqueiramente utiliza-se simplesmente a palavra perícia, normalmente realizada por peritos oficiais ou técnicos compromissados³⁹.

A análise das amostras recolhidas (indícios) é realizada em laboratório. A extração de indícios no corpo das pessoas exige a prática de um ato médico, entendido como toda a atividade lícita desenvolvida por um profissional legitimamente habilitado e conducente à cura de uma enfermidade ou à promoção da saúde.

A realização de identificação por perfis genéticos baseada no ADN inclui um conjunto de operações, realizadas em laboratório especialmente equipado, e que pressupõe o acesso a material biológico.

³⁶ PINHEIRO, Maria de Fátima - Contribuição do Estudo do DNA na Resolução de Casos Criminais, p. 145.

³⁷ O Princípio de Locard deve-se ao criminalista francês Edmond Locard que, em 1913 publicou o *Traité de criminalistique*, em sete volumes.

³⁸ Está previsto no Código de Processo Penal brasileiro em seu artigo 158, que: “quando a infração deixar vestígios será indispensável o exame do corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

³⁹ MEDEIROS, Roberto José - A Genética na Prova Penal, pp. 73-74.

Na fase de extração, como seu nome indica, é extraído de uma célula nucleada o ADN que se encontra num determinado objeto (peça de vestuário, madeira, metal etc.) ou em determinada substância (sangue, sêmen, saliva) ⁴⁰.

Os métodos de análise de ADN permitem a inclusão ou exclusão de uma pessoa. Na verdade, não identificam uma pessoa, mas fornecem uma probabilidade estatística de inclusão ou exclusão de até 99,99% (como em casos de suspeita de um crime ou reconhecimento de paternidade) ⁴¹.

O sucesso do exame de ADN depende basicamente da qualidade e da quantidade da amostra, ou seja, do ADN extraído. São utilizadas amostras mínimas de tecidos e fluídos como células da mucosa bucal encontradas em gomas de mascar, pontas de cigarros, selos e envelopes, copos, restos de comida etc. Também é possível extrair ADN de dentes, urina, fezes, secreções nasais, fios de cabelo com bulbo capilar e ossos. No tocante aos ossos, o exame esbarra na dificuldade de conseguir quantidade suficiente de amostra e na presença de inibidores de reação. A amostra de saliva tem algumas vantagens, como a inexistência das hemácias, não sendo preciso separá-las como no sangue, e a facilidade na coleta, principalmente nos casos de recém-nascidos, com vistas à realização do teste de paternidade⁴².

Surgem questões éticas exatamente pelo fato de que a recolha de indício biológico para análise de ADN não se destina a cura de enfermidade ou a promoção da saúde. Todavia, as questões de índole ética, mesmo em relação à ausência de consentimento, são superáveis se analisarmos esta situação do entendimento do homem como um ser da sociedade que, por isso, está submetido a uma ordem moral, entendida como uma moral social pode ver-se como ética uma atuação que de forma proporcional e sob a capa da legalidade ajude a estabelecer um dos valores superiores do ordenamento do Estado: a Justiça em confronto com a liberdade individual. As garantias da proporcionalidade e da legalidade, e o estabelecimento dos limites do respeito pelos direitos das pessoas, são da

⁴⁰ COSTA, Susana – A Justiça em Laboratório - A Identificação por Perfis Genéticos de ADN: entre a harmonização transnacional e a apropriação local, p. 30.

⁴¹ Para a identificação dos resultados do exame é usado o Teorema de Bayes, que compara as hipóteses de que o suposto pai é o verdadeiro e de que um homem qualquer (ao acaso) da população é o pai. É aceita internacionalmente a equivalência de probabilidade: paternidade provável (90%); paternidade bastante provável (90,5 a 99,5%); e paternidade praticamente comprovada (acima de 99,5%). Tais probabilidades também se aplicam no caso de identificação de investigado por um crime, através da comparação de material genético.

⁴² CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de – Prova Científica: Exame Pericial do DNA, pp.28-29.

responsabilidade do juiz de direito, o qual valorará as circunstâncias do caso e os elementos que indiquem a necessidade de levar a cabo a recolha de amostras.

Por outro lado, a investigação pessoal não deverá ser realizada mediante o emprego da força física, que será desta forma degradante e incompatível com os direitos individuais. Graças à tecnologia do ADN, as amostras necessárias podem ser obtidas sem o uso de qualquer meio coativo. Não obstante, se o suspeito nega a sua colaboração, exige-se uma intervenção do magistrado que, através de um juízo de ponderação dos direitos em conflito, possa determinar a extração de indícios para estudar o ADN por meio da PCR⁴³ a partir de mínimos componentes orgânicos⁴⁴.

No espaço da União Europeia, a Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa R(92) 1, de 10/02/21992, sobre o “uso de análises do ácido desoxirribonucleico (ADN) no quadro de um sistema de justiça penal” equivale a uma declaração de princípios gerais sobre como deverão legislar os diferentes países membros a este respeito. Nela se considera que a “luta contra o crime, exige o recurso a métodos mais modernos e eficazes” e que “as técnicas de análises de ADN podem ter interesse para o sistema de justiça penal”, devendo ser postas em prática sem prejuízo do respeito por “princípios fundamentais, como a dignidade intrínseca do indivíduo, o respeito do corpo humano, os direitos de defesa e o princípio da proporcionalidade na administração da justiça penal”.

O tratado de Prüm (Schengen III), assinado em 27 de maio de 2005, institui um intercâmbio bilateral sobre impressões digitais e dados relativos ao ADN. Portugal em 2008 publicou a n.º Lei 5/2008, de 12 de fevereiro, que aprovou a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal. Já o Brasil, somente em 2012, com a Lei n.º 12.654, foi disciplinado a utilização de identificação criminal através da análise de ADN.

⁴³ Polymerase Chain Reaction: a reação em cadeia da *polimerasa*, que é uma técnica usada pela biologia molecular, cujo objetivo é garantir um grande número de cópias (apesar dos indícios serem mínimos) a partir de uma cópia do fragmento original. A técnica pode ser descrita do seguinte modo: após a extração, se faz necessário isolar uma região polimórfica do ADN, permitindo a ampliação e desnaturação de uma molécula através de uma enzima termo resistente – o *tag polymerase*. Trata-se de uma replicação *in vitro* do ADN natural, já que, conhecendo-se uma sequência da região (locus), é possível criar, artificialmente, outro fragmento ou alelo, ou seja, uma das várias possibilidades de formas de um gene, encontrado no mesmo local do cromossomo, que pode apresentar diferenças hereditárias visíveis que o vem complementar. Esta técnica permite amplificar e multiplicar milhões de vezes o ADN extraído, realizando-se em três ciclos distintos, desnaturação, anelamento e extensão.

⁴⁴ LORENTE, José António – Um detective Ilamado ADN, pp. 180-181.

2.4.2. Procedimento Técnico.

Em relação ao procedimento técnico para o estudo do ADN no processo criminal, o sucesso das análises biológicas de materiais coletados em locais de crime depende visceralmente do isolamento e preservação do mesmo. Amostras biológicas podem ser localizadas em vários suportes, entre eles: ferramentas, impressões digitais, pelos e fibras, manchas de sangue, saliva, esperma, objetos ou suportes tocados por suspeitos, armas, etc. Toda e qualquer amostra biológica coletada em local de crime poderá ser submetida às técnicas de identificação baseadas nas regiões polimórficas do ADN, processo seguro, com alto poder de discriminação e alta confiabilidade, sendo aceitos como prova legal em casos judiciais⁴⁵.

O isolamento da cena do crime deve ser realizado de forma efetiva para que o menor número de pessoas tenha acesso ao local, evitando-se que evidências sejam modificadas de suas posições e até destruídas antes mesmo de seu reconhecimento. A preservação dos vestígios por meio de um eficiente isolamento pode ser feita utilizando-se fitas plásticas, cordas, cones para locais abertos, enquanto nos locais fechados, as vias de acesso devem ser controladas. Além disso, se faz necessário uma série de cuidados, entre os quais: usar um par de luvas para cada vestígio, mesmo que este vestígio seja da mesma estirpe (a fim de evitar a contaminação e conseqüentemente a inutilização posterior da prova); fazer acondicionamento individual e adequado em recipientes especialmente destinadas para cada tipo de substância ou objeto; reduzir o contato direto com as evidências, só o fazendo após os cuidados necessários a sua preservação; não utilizar-se de formol, fixador, reagentes químicos e reveladores nocivos aquele tipo de substância ou objeto⁴⁶.

Salienta-se que de nada adianta a evolução dos exames das evidências físicas, dos vestígios materiais e biológicos e de outros elementos de prova se não forem preservados e cuidadosamente preparados os locais de crime. Quanto maior a complexidade, a diversidade e as etapas da cena do crime tanto maior deverão ser os cuidados e as medidas de pré-execução, execução e conclusão das coletas.

⁴⁵ SANTOS, Sandra Maria dos - Identificação Humana como Ferramenta de Investigações Criminais: Estudo de Frequências Alélicas de Marcadores de Interesse Forense no Estado de Pernambuco, pp. 71-72.

⁴⁶ MEDEIROS, Roberto José - A Genética na Prova Penal, p. 76.

O procedimento para a análise do ADN é composto por diversas etapas, sendo estas: 1) coleta do material a ser examinado; 2) extração e quantificação do ADN; 3) ampliação do ADN pela reação em cadeia da polimerase; 4) análise comparativa dos perfis genéticos obtidos; 5) cálculos estatísticos, se necessários; 6) elaboração do laudo ou relatório das análises realizadas⁴⁷.

O primeiro passo para a realização do exame de ADN envolve a coleta de vestígios biológicos. Nesta etapa, como dito, a preservação do local do crime torna-se essencial para a qualidade, exatidão e confiabilidade das análises laboratoriais.

Os objetos de interesse na primeira fase do processo apontam para algo que aconteceu, mas ainda não é possível determinar com precisão e segurança a relação entre os indícios e os acontecimentos e atores envolvidos no presumível crime. É função da polícia assegurar que todos os objetos que possam constituir indícios sejam identificados e preservados (sob a forma de fotografias, diagramas, fragmentos de tecido humano, peças de vestuário, instrumentos de crime, peças de mobiliário, objetos pessoais encontrados nos atores ou no local, testemunhos etc.), mesmo depois de retiradas as restrições de acesso ao local. A abordagem que a polícia faz no local do crime, a forma como interpretam e conduzem as operações são de elevada importância, não esquecendo que cabe também às entidades policiais e judiciais zelar pela preservação dos vestígios encontrados e, muitas vezes proceder, à sua recolha num contexto de múltiplas incertezas⁴⁸.

Logo, verificada a ocorrência de um crime, o isolamento do local da infração deve ser feito até a chegada dos peritos criminais⁴⁹. É o perito que registrará as alterações do local do crime, consignando suas consequências na interpretação da dinâmica dos fatos. Além disso, cabe ao perito verificar a existência de material biológico apto ao exame genético, selecionando o tipo de vestígio que deve ser recolhido para a análise laboratorial.

O procedimento de recolha das mostras devem respeitar determinados parâmetros de qualidade porque normalmente se encontram em superfícies que, por suas próprias características, não reúnem os requisitos necessários de qualidade e assepsia para garantir a sua perfeita conservação.

⁴⁷ BONACCORSO, Norma Sueli - Aplicação do exame de DNA na elucidação de crimes, p.51.

⁴⁸ COSTA, Susana - A Justiça em Laboratório - A (...), p. 66.

⁴⁹ Conforme art. 169, do CPP brasileiro.

Em qualquer que seja a situação deve-se atentar e valorizar ao máximo o momento da coleta de uma amostra biológica destinada à análise de ADN. O uso adequado de EPI (equipamento de proteção individual), bem como a utilização de material descartável para acondicionar e transportar as amostras coletadas são indispensáveis para garantia da integridade da amostra e da cadeia de custódia.

Um dos fatores que o juiz deve ter em conta na apreciação da prova é, indubitavelmente a cadeia de custódia (*chain of custody*), isto é, os sucessivos da cadeia de preservação e salvaguarda da prova ao longo das sucessivas deslocções dos elementos de prova entre a cena do crime, o laboratório e o tribunal⁵⁰.

Para não refutar sua admissão como prova no processo penal, toda a cadeia de custódia do exame de ADN deve ser resguardada de interferência internas e externas. Isso implica o registro e a documentação, em ordem cronológica, de toda etapa da cadeia de custódia, garantindo-se a idoneidade e a autenticidade da análise laboratorial contra futuros questionamentos. Nesse sentido, devem ser registradas as circunstâncias nas quais o vestígio biológico foi encontrado, o procedimento empregado na coleta, o tempo gasto em cada etapa, a identificação dos peritos, o tipo de segurança empregado no armazenamento do material biológico, bem como a forma pela qual este foi transferido aos responsáveis subsequentes na cadeia de custódia⁵¹.

Pequenos fragmentos de pele, pelos, cabelos, saliva, muitas vezes confundem a identificação. Existem casos em que no local são necessários muitos exames laboratoriais e posteriores comparações para se chegar a uma conclusão, nem sempre totalmente segura. Casos internacionais como o de O. J. Simpson, jogador de futebol americano e ator, e de Jerry Miller, jovem cozinheiro de Chicago, o primeiro absolvido por coleta de provas feita de forma inadequada e o segundo libertado do corredor da morte pela prova do exame do ADN, demonstram como são importantes os vestígios biológicos, sejam para condenar, para absolver ou para provar a maternidade, ou paternidade⁵².

O trabalho deve ser realizado por uma pessoa especializada e deve restringir o número de pessoas que possam ter acesso ao lugar que está sendo inspecionado, uma vez que este espaço é facilmente contaminável, não só pela

⁵⁰ SILVA, Inês Torgal Mendes Pedroso da – A (I)legitimidade da Colheita Coercitiva de ADN para Efeitos de Constituição da Base de Dados Genéticos com Finalidades de Investigação Criminal, p. 174.

⁵¹ SILVA, Emílio de Oliveira e - Identificação Genética para Fins Criminais (...), pp.45-46.

⁵² MEDEIROS, Roberto José - A Genética na Prova Penal, pp. 77-78.

intervenção de pessoas inexperientes, como também pelo decurso do tempo que pode disfarçar a existência de material biológico passando, assim, despercebido para um profissional que não tenha a formação adequada.

Deste modo a professora Maria Ángeles Pérez Marín⁵³ traça algumas diretrizes para esta fase da investigação:

1. O número de pessoas que participam neste momento da investigação deve ser o mais reduzido possível, pois ao contrário, poderia provocar uma alteração involuntária nas condições do lugar, inclusive, a destruição de indícios;
2. Deve se realizar um estudo preliminar do lugar aonde se cometeu o delito para organizar a busca, atribuir trabalho ou decidir o padrão de pesquisa, sendo aconselhável descrever o lugar em que vai se realizar a inspeção, proceder a sua documentação e ou realizar fotografias que poderão ser utilizadas em fases mais avançadas do procedimento penal;
3. Devem-se identificar os indícios encontrados e determinar a forma de conservação mais adequada, em função da natureza de cada um destes, para evitar que a degradação impeça a sua utilização no processo;
4. Quando se encontra um indício, por segurança deve se mostrar a outro investigador para que os dois investigadores possam certificar o processo sobre o mesmo, em seguida, e antes de recolhido, deverá fotografar-se o referido elemento no lugar de sua descoberta, deixando um registro escrito de tudo atestado no laudo;
5. Por último, deve proceder-se para seus companheiros o vestígio, isto é, se identificar a origem da amostra, sem alterar ou modificar suas condições, encerrando com no mínimo, as iniciais do investigador que o encontrou, a data e o número das diligências criminais a que corresponde.

Após coletado o vestígio biológico deve ser encaminhado ao laboratório genético onde será realizada a extração, a quantificação e a amplificação do ADN. A aplicabilidade do exame de ADN na investigação criminal foi impulsionada pela técnica da reação em cadeia da polimerase (PCR – Polymerase Chain Reaction), uma vez que a PCR permite que pequenas quantidades de vestígio biológico sirvam de objeto para a análise laboratorial, aumentando as chances de realizar a identificação do perfil genético com o mínimo de material disponível.

Em relação ao PCR, em 1986, Kary Mullis desenvolveu uma técnica designada de reação em cadeia de polimerase, que revolucionou a ciência de ADN forense e toda a biologia molecular. A PCR é uma técnica que permite multiplicar uma região específica do ADN, (*locus*), para posterior análise das variantes dessa região (alelos). Através dessa técnica é possível produzir milhões de cópias de ADN a partir de uma única molécula. Uma cadeia de ADN origina duas, que por sua vez originam quatro, as quais se multiplicam em oito e assim sucessivamente.

A amplificação por PCR apresenta a título de vantagens a análise de pequenas quantidades de ADN, de regiões de ADN degradado com comprimentos de apenas algumas centenas de pares de bases e de um grande número de

⁵³ MARÍN, Maria Ángeles Perez - El ADN como método de (...), pp.133-134.

sequências específicas de ADN em simultâneo através de reações em *multiplex*⁵⁴. O fato do ADN contaminante (como por exemplo, fungos e bactérias), não amplificar, devido à especificidade dos *primers*⁵⁵ usados para ADN humano, constitui outra grande vantagem da técnica de PCR.

No entanto, o insucesso da amplificação do ADN, devido à presença de inibidores da PCR no extrato de ADN ou de mutações nos locais que flanqueiam a região do ADN a amplificar, constitui uma das limitações da PCR. Outra restrição desta técnica é que é suscetível de contaminações por outras fontes de ADN humano durante o manuseamento das amostras⁵⁶.

Atualmente, os *loci* de interesse forense são os STRs⁵⁷, que são curtas sequências de pares de bases, constituídas por unidades de repetição de dois a sete pares, as quais se repetem múltiplas vezes e de forma contígua. Os STRs variam no seu comprimento, apresentando uma sequência específica de ADN como unidade de repetição. Estes marcadores encontram-se dispersos pelo genoma e são classificados de acordo com o comprimento da unidade de repetição, sendo os tetranucleotídicos, que contém uma estrutura de unidade de repetição de quatro pares de bases, os mais vulgarmente usados pelos laboratórios de genética forense⁵⁸.

Salienta-se que atualmente é aceite pela comunidade científica que a tipagem genética dos STRs representa o procedimento mais promissor para o estudo forense do ADN. Os STRs são uma classe abundante de loci polifórmicos do genoma. Não obstante se localizarem nas proximidades de genes funcionais relevantes, é considerado especulação a possibilidade de fornecerem informação adicional acerca de traços de um determinado indivíduo, como a predisposição ou aumento de susceptibilidade para certas doenças.

No entanto, a PCR é a técnica mais divulgada e utilizada na grande maioria dos laboratórios que efetuam este tipo de análises, tendo possibilitado a obtenção de grandes êxitos na resolução de casos forenses. Esta metodologia, que permite a amplificação *in vitro* de pequenas sequências de ADN e que se baseia no processo de duplicação do ADN durante a natural divisão das células, por se tratar de uma técnica extraordinariamente sensível, é possível estudar o perfil genético

⁵⁴ *Multiplex*: reação em cadeia da polimerase múltipla.

⁵⁵ *Primer*: ligação de uma cadeia oligonucleotídica.

⁵⁶ CRUZ, Carla - Genética Forense: Uma ciência com passado, presente e futuro, p. 96.

⁵⁷ Short Tandem Repeats.

⁵⁸ CRUZ, Carla - Genética Forense: Uma ciência com passado, presente e futuro, pp. 96-97.

de um pelo ou de qualquer outro tipo de amostra que tenha uma quantidade exígua de ADN⁵⁹.

Qualquer tipo de material biológico pode ser usado como fonte de material genético. No entanto, a qualidade do material genético a ser analisado é fortemente influenciada pelo tempo decorrido entre o evento e a coleta da amostra, pelas condições ambientais, pelo manuseio e armazenamento. Ao se utilizar amostras degradadas e em quantidades limitadas às técnicas utilizadas no laboratório exigem otimização que possibilitem a obtenção máxima do ADN e garantam o sucesso nos resultados laboratoriais, todavia, fatores como a alta temperatura, a contaminação e o processo de putrefação devido à ação de micro-organismos podem prejudicar irreversivelmente a qualidade do ADN.

A análise dos resultados do exame genético pode identificar que duas amostras diferem em seu perfil genético, o que indica que seus doadores são pessoas diferentes. A exclusão da identidade torna desnecessária a realização de cálculos estatísticos sobre a possibilidade de esses indivíduos terem a mesma identidade genética. Contudo, se os perfis genéticos se combinarem, surgem três possibilidades: 1^a) as duas amostras vieram de um mesmo doador; 2^a) de gêmeos monozigóticos; 3^a) de pessoas diferentes cujos *loci* de ADN estudados são os mesmos. Assim, o exame dos *loci* genéticos deve ser em número suficiente para que o indivíduo seja excluído não só como fonte de ADN, mas que, probabilisticamente, toda a população mundial também seja⁶⁰.

Por fim, a elaboração do laudo ou relatório do exame de ADN é o meio pelo qual o perito irá descrever minuciosamente o que examinou, expondo suas conclusões, além de responder aos quesitos formulados pela autoridade policial ou judicial. Nesse laudo, o perito relatará todas as etapas empreendidas na análise genética, desde a coleta dos vestígios biológicos até as suas conclusões.

Por ser considerada uma prova pericial de elevada complexidade, o exame genético deve ser feito por profissionais com experiência e qualificação na manipulação de informações genéticas e que estejam em constante atualização com as investigações científicas. Além disso, torna-se necessário estabelecer a padronização dos procedimentos e dos métodos aceitos na identificação genética,

⁵⁹ PINHEIRO, Maria de Fátima - Contribuição do Estudo do DNA na Resolução de Casos Criminais, p. 151.

⁶⁰ SILVA, Emílio de Oliveira e - Identificação Genética para Fins Criminais (...), pp. 47-48.

sem prejuízo de que haja um rigoroso controle e garantia de qualidade dos laboratórios responsáveis pela realização da análise genética⁶¹.

2.5. Banco de Dados de Perfis Genéticos.

Inicialmente, importante destacar que o intuito do presente trabalho não é tratar especificamente sobre o biobanco, e sim sobre a possibilidade de extração de material genético do investigado ou condenado sem o seu consentimento. No entanto, como a legislação prevê a recolha de perfis genéticos de condenados de forma obrigatória, necessário pincelar algumas informações sobre o banco de dados de perfis genéticos para a completa elucidação do problema narrado.

Entrando no tema, os dados obtidos a partir da identificação do perfil genético devem ser armazenados em banco de dados gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. À exceção da determinação genética do gênero, as informações obtidas a partir da identificação do perfil genético não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais da pessoa, consoante às normas constitucionais e internacionais sobre direito humanos, genoma humano e dados genéticos. O objetivo do legislador é evitar que análises inconclusivas acerca do temperamento, caráter e da personalidade do identificado, sejam utilizadas para se criar um infundado estereótipo do homem delinquente a que se referia Cesare Lombroso⁶².

Com o objetivo de se evitar que as informações genéticas constantes desse banco de dados sejam utilizadas para fins alheios à identificação criminal, o art. 5º-A, §2º, da Lei n.º12.037/09, dispõe que os dados aí armazenados terão caráter sigiloso, sendo possível a responsabilização civil, penal e administrativa daquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos do previsto na referida Lei ou em decisão judicial. Especificamente quanto à responsabilidade criminal, a conduta do funcionário de unidade oficial de perícia criminal que violar o sigilo inerente ao banco de dados de perfis genéticos tipifica o crime de violação do sigilo funcional, previsto no art. 325, §1º, I, do Código Penal brasileiro⁶³.

⁶¹ SILVA, Emílio de Oliveira e - Identificação Genética para Fins Criminais (...), p. 48.

⁶² LIMA, Renato Brasileiro de - Legislação Criminal Especial Comentada, pp. 132-133.

⁶³ Art. 325, §1º, I, do CPB: "Nas mesmas penas deste artigo incorre quem permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoa não autorizada a sistemas de informação ou banco de dados da Administração Pública".

Neste ponto, face o constrangimento que pode ser causado ao identificado em virtude da utilização indevida de sua identificação criminal, o art. 6º, da Lei n.º 12.037/09 deixa claro que a identificação fotográfica, datiloscópica e, se necessária, do perfil genético deverá ser preservada em sigilo. Assim, não é admitida qualquer menção à identificação criminal do indiciado em atestados de antecedentes ou informações não destinadas ao juízo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória⁶⁴.

Especificamente em relação à identificação do perfil genético, a exclusão das informações dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito, conforme o art. 7º-A, da Lei n.º 12.037/09. Como tal artigo não faz qualquer ressalva, o decurso de qualquer espécie de prescrição autoriza a exclusão dos perfis genéticos do banco de dados.

A regulamentação do banco de dados sigiloso referente à identificação do perfil genético ficou a cargo de regulamentação pelo Poder Executivo. Assim, foi expedido o Decreto n.º 7.950/13, que instituiu o Banco de Dados de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Banco de Dados de Perfis Genéticos, e tem como objetivo armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes; esta visa permitir o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de dados de perfis genéticos da União, Estados e do Distrito Federal brasileiro.

De todo modo, o acesso ao banco de dados de perfis genéticos para fins criminais deverá ser informado pelo princípio da proporcionalidade, conjugado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isso será alcançado, primordialmente, pelo consentimento do identificado⁶⁵.

O princípio da proporcionalidade impõe, no Brasil, no que concerne ao tema da regulamentação do banco de perfis genéticos para fins de instrução criminal, em primeiro lugar, que a utilização desses dados obedeça aos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade estrita da matéria probatória e, em segundo lugar, que o consentimento do afetado seja compreendido como integrante do conteúdo essencial do direito fundamental à proteção de dados

⁶⁴ LIMA, Renato Brasileiro de – Legislação Criminal Especial Comentada, p. 133.

⁶⁵ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues - Curso de Direito Processual Penal, p. 138.

peçoais, no sentido de que seja reconhecido o direito da pessoa de ser informada sobre quem possui seus dados e com que finalidade⁶⁶.

Em outros países, existem regulamentações diversas, como na legislação espanhola, em que este tipo de análise para a extração de material orgânico para uma investigação criminal e sua inclusão na base de dados de ADN só é realizado quando se cumpre duas condições: que seja uma prova estritamente necessária ao processo e que se trate de um delito grave. Assim, não teria sentido utilizar técnicas de investigação de crimes que, por sua natureza ou pelas circunstâncias, não teria deixado vestígios ou amostras biológicas que podem ser analisados, nem tampouco delitos de pequena importância ou gravidade.

Já na base Britânica, esta não estabelece nenhum tipo de limites a respeito, e é possível o arquivo de dados que procede não somente do cometimento de *serious arrestable offence*, como de qualquer *recordable offence*.

No caso da Alemanha, deve se tratar de fatos penais de relevante significado, embora não precise ser compreendido por tais, porque foi criado um catálogo fechado de atos puníveis. Na França, deve estar previsto como uma das infrações previstas no art. 796-47, do Código de Processo Penal, quer dizer, morte ou assassinato de um menor precedida ou acompanhada de estupro, tortura ou atos de barbárie ou por uma das infrações mencionadas nos artigos 222-23 a 222-32 e 227-22 a 227-27 do Código Penal. O problema esbarra fundamentalmente em determinar se as infrações indicadas nestes preceitos devem ser acompanhadas da morte ou assassinato de um menor ou se constituem categorias autônomas. A favor desta última consideração, pode-se argumentar a própria redação do preceito e das circunstâncias de que no caso contrário a análise do ADN e o armazenamento dos resultados obtidos seriam factíveis quando a vítima de homicídio for um menor, mas não quando for uma pessoa adulta. Contra a consideração autônoma do grupo de delitos indicados, e a consequente vinculação com o delito de morte ou assassinato de um menor, pode-se argumentar que numerosos tipos de delitos não justificam a prática de uma análise de ADN, com o posterior armazenamento de dados genéticos, nem pela gravidade dos atos nem pelo modo de comissão.

⁶⁶ CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ELGEMANN, Wilson - DNA e Investigação Criminal no Brasil, p. 82.

No ordenamento Holandês, porém, se atende a dois critérios independentes: a) se atenta para a natureza da infração e, neste caso, se opta por uma lista de fatos puníveis relativos a crimes violentos ou de natureza sexual, listados no art. 195, d, 2, do Código de Acusação Criminal, de modo que justifica a análise do ADN independentemente da gravidade da pena; b) Por outro lado se estabelece um segundo critério da gravidade da pena (pena privativa de liberdade de oito anos ou mais), com independência da natureza da pena⁶⁷.

No Brasil, o banco de dados foi criado a partir do programa nacional de apoio e investimentos em 2004, este foi o principal indutor da disseminação da genética forense, com especial esforço da Polícia Civil do Distrito Federal e capitaneado pela Secretaria de Segurança Pública.

O procedimento proposto é semelhante ao CODIS (Combined DNA Index System), criado nos Estados Unidos. A finalidade do banco é realizar pesquisas com o material genético recolhido dos infratores com os encontrados na cena do crime, visando diminuir os crimes de autoria desconhecida, cujos índices comprometem a criminalidade do país.

As informações armazenadas no banco de dados somente poderão ser acessadas mediante autorização judicial. Embora a Lei n.º 12.654/12 não preveja expressamente, a doutrina entende que esses dados só deverão permanecer no banco de perfis até o momento da prescrição da pretensão executória da pena ou cinco anos após o cumprimento da pena imposta ao condenado. Esse raciocínio é possível devido à analogia feita ao art. 7º-A, da Lei de Identificação Criminal brasileira⁶⁸.

⁶⁷ MARÍN, Maria Ángeles Perez - El ADN como método de (...), p. 159.

⁶⁸ MARTIN, Miguel Ângelo - Análise da Lei 12.654/12: Uma abordagem a favor da identificação genética do réu, p.27.

3. DA IMPRESSÃO DIGITAL GENÉTICA E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS.

A molécula do Ácido Desoxirribonucleico (ADN), encontrada em cada uma de nossas células, reúne todas as informações genéticas, sendo que cada um de nós tem um ADN distinto dos demais. Na realidade, o ADN dos animais e dos homens está dividido em vários fragmentos chamados cromossomos e cada um destes contém uma molécula de ADN. Assim, o ser humano possui 46 cromossomos, ou moléculas de ADN, em cada célula e todas contêm a informação genética do ser vivo⁶⁹.

O ADN, ácido desoxirribonucleico, em inglês DNA, é um composto orgânico cujas moléculas contêm as instruções genéticas que coordenam o desenvolvimento e funcionamento de todos os seres vivos e alguns vírus. Os segmentos de ADN que são responsáveis por carregar a informação genética são denominados genes. Trata-se de uma molécula ou substância composta por uma sucessão de unidades ou nucleotídeos que contêm toda a informação genética (genes e regiões não codificantes) necessária para o desenvolvimento adequado dos seres vivos, em particular do ser humano.

Em 1953 os cientistas britânicos James Watson e Francis Crick descobriram a estrutura em duplo hélice da molécula do ADN, sendo esta molécula capaz de: a) armazenar toda a informação necessária para que se desenvolva uma pessoa (ou qualquer ser vivo); b) utilizar um espaço tão pequeno que cada célula possa dar-se ao luxo de possuir a sua própria informação completa; c) replicar-se, multiplicar-se e copiar-se com absoluta perfeição cada vez que cria uma nova célula; d) combinar-se as vezes que seja necessário para que os filhos não sejam idênticos ao pai ou à mãe, mas sim uma mistura ou combinação dos mesmos, e ainda de modo a que os diferentes irmãos, filhos do mesmo casal (com exceção dos gêmeos univitelinos) também sejam diferentes; e) adaptar-se para que os novos seres vivos disponham de uma maior facilidade para sobreviver num meio ambiente que também evolui⁷⁰.

O ADN possui características que fazem com que uma pessoa seja única e se distinga dos demais como resultado do genoma (conjunto de ADN que possui cada célula) “estar conformado no ser humano por 6.000 milhões de pares de base,

⁶⁹ GOÑI, Felix M.; MACARULA, José M. - Fundamentos para el estudio de los efectos sociales de las investigaciones sobre el genoma humano, p. 04.

⁷⁰ LORENTE, José António - Um detective Ilamado ADN, pp. 21-22.

que no organismo se dispõe de modo irregular nos 23 pares de cromossomos que se encontram no interior do núcleo”⁷¹.

As células de que é constituído o organismo de cada indivíduo contém cada uma um núcleo, que é a parte da célula onde se encontram os 46 cromossomos divididos em 23 pares: metade provém do pai e a outra metade da mãe. Assim todos os núcleos das células de um dado indivíduo contêm o mesmo número e o mesmo tipo de cromossomos em que se encontram os genes.

Cada um dos cromossomos tem como sua “espinha dorsal” uma longa molécula de ADN como a forma de uma dupla hélice. As proteínas, cadeias de aminoácidos necessárias à estrutura, função e regulação a atividade celular, são codificadas por sequências específicas de nucleotídeos a partir do ADN. A sequência de nucleotídeos que determina a síntese dos aminoácidos em proteínas é geralmente designada de código genético⁷².

Em cada molécula de ADN, a ciência identifica apenas quatro classes diferentes, dispostos em duas vias e contrapostos em forma espiral, unidas em bases de *adenina* (“A”), *citoxina* (“C”), *guanina* (“G”), e *timina* (“T”). Estas quatro substâncias químicas de aminoácidos nucleotídeos, A, C, G, T, conforme suas disposições na dupla hélice do ADN ensejam configurações multiplicativas. Nessa dupla hélice do ADN, com as cadeias de aminoácidos e proteínas encontram-se aproximadamente 100.000 genes que cada ser humano possui.

O que é importante perceber é que a definição dessa sequência implica na definição do tipo de aminoácido e proteínas que se vão condensar, fixando, assim, o perfil físico do indivíduo, ou seja, o tipo, as características dos tecidos e de diversas outras estruturas que formam uma pessoa. E também, que o ADN não se altera com o tempo⁷³.

No caso do CODIS, programa de banco de dados adotado pelo Brasil, a análise genética é feita em 13 *loci* do ADN humano, o que equivale a um alto poder discriminante. O exame daquele número de marcadores genéticos (STR⁷⁴) permite afirmar que a probabilidade de duas pessoas terem o mesmo perfil genético é a de uma a cada 10 trilhões de pessoas, porque cada *locus* isolado permite distinguir um

⁷¹ LORENTE, José António – Um detective Ilamado ADN, p. 25.

⁷² COSTA, Susana – A Justiça em Laboratório - A (...), pp. 27-28.

⁷³ LEMOS JUNIOR, Arthur Pinto de - A aplicação da perícia de análise do ADN no processo penal para fins de identificação criminal – Principais aspectos, p. 85.

⁷⁴ Núcleo de sequência repetitivas de nucleotídeos – STR: Short Tandem Repeats.

tipo em 10, logo, em 13 *loci* independentes, esta razão passa a ser de 10 elevados à décima terceira potência⁷⁵.

3.1. A importância do Exame de ADN para a investigação criminal.

Os benefícios proporcionados pelo exame genético fizeram com que este fosse considerado um dos produtos mais revolucionários da genética molecular humana, cuja aplicação no campo da investigação criminal tornou-se indispensável, pois apresenta diversas vantagens em relação aos tradicionais métodos de identificação. Os vestígios biológicos como a saliva, pelos, cabelos, fragmentos de tecidos humanos, sangue e esperma são comumente encontrados em locais de crimes, sobretudo em delitos nos quais houve o emprego de violência física. Esse material pode ser utilizado para o esclarecimento do caso penal, identificando o autor e a vítima da infração, ao mesmo tempo em que diminui as chances de erros judiciais⁷⁶.

Apontada como a maior revolução científica na esfera forense desde o reconhecimento das impressões digitais como característica pessoal, a técnica de identificação fundamentada na análise direta do ácido desoxirribonucleico ostenta ao menos duas vantagens relevantes sobre os métodos convencionais de identificação: a estabilidade química do ADN, mesmo após longo período de tempo; e sua ocorrência em todas as células nucleadas do organismo humano, o que permite condenar ou absolver um investigado com uma única gota de sangue ou através de um singular fio de cabelo encontrado na cena do crime.

A técnica que permite identificar um indivíduo com base numa sequência específica de nucleotídeos foi descrita como impressão digital de ADN. Depois do seu aparecimento em contextos forenses, em 1985, na Inglaterra, foi adotado nos Estados Unidos um ano depois e, em 1988 já era uma das técnicas de identificação usadas pelo FBI. A partir de então, a técnica espalhou-se por todo o mundo, sendo utilizada em diversos países, em processos civis e penais.

O ADN é considerado um aspecto fulcral da identidade humana, e considerado por alguns como elemento definidor, por excelência, das características únicas de cada ser humano⁷⁷.

⁷⁵ BRASIL – Proposta de implantação do Banco Nacional de Perfis de DNA Criminal no Brasil. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/legislacao>>.

⁷⁶ SILVA, Emílio de Oliveira e - Identificação Genética para Fins Criminais (...), pp.39-40.

⁷⁷ COSTA, Susana – A Justiça em Laboratório - A (...), p. 27.

Confronta-se assim com três grandes princípios que resultam na sua importância e eficácia para a investigação criminal, sendo o primeiro o da **universalidade**, na medida em que o ADN se encontra presente em todas as células do nosso corpo, desta maneira é possível de ser extraídas amostras de ADN de qualquer elemento biológicos da pessoa (pois todos os nossos tecidos são formados por células), sendo depois comparada essa amostra, designada de duvidosa nos casos de ser extraída de local de crime, com outra extraída de pessoa investigada, designada esta como não duvidosa. O segundo princípio é o da **diversidade**, pois o ADN é único e individual, pelo que não existem duas pessoas com o mesmo ADN (salvo no caso dos gêmeos monozigóticos ou univitelinos). Por último, temos o princípio da **estabilidade** do genoma nas amostras biológicas, segundo o qual o ADN apresenta uma grande estabilidade permitindo ser identificado nos mais diversos vestígios, como manchas secas, roupa, chão etc., sendo depois possível a comparação com amostras extraídas até de cadáveres, mesmo decorrido muito tempo da morte⁷⁸.

Em termos quantitativos, o perfil de ADN já proporcionou um impacto considerável sobre as investigações em infrações específicas, especialmente em homicídios e em crimes sexuais.

O primeiro relatório baseado na convicção por perícia de ADN ocorreu no caso R. v. Melias (1987) e fornece um exemplo relevante. Uma amostra de sangue fornecida com o consentimento do réu (que foi acusado de estupro) estava combinando com uma mancha de sêmen da roupa da vítima de estupro. Essa combinação reduziu a possibilidade do estuprador ser ninguém além do réu de um em cada quatro milhões de homens, e tal evidência foi suficiente para induzir uma condenação⁷⁹.

Desta forma, a análise do ADN apresenta hoje inúmeras vantagens à investigação forense que lhe são reconhecidas, e que sintetizam: 1) aumenta a probabilidade de discriminação, seja pela exclusão – não foi este sujeito, seja pela inclusão – foi este sujeito, embora (raramente – e só nos casos de contaminação ou degradação) possa aparecer à possibilidade de não exclusão; 2) Permite o estudo de todo o tipo de indícios biológicos (sangue, sêmen, pelos, saliva, tecidos moles, ossos, dentes, urina, fezes, suor, unhas, etc.); e não biológicos (fibras, tecidos,

⁷⁸ ROCHA, Tiago Alexandre da Luz - A Recolha de Amostras Biológicas (...), p. 07.

⁷⁹ WALKER, Clive; CRAM, Ian - DNA Profiling and Police Powers, p. 480.

restos de pólvora e material de tiro, restos de terra, sementes, plantas e ervas, tinta, pintura, madeira, etc.); 3) O estudo carece de indícios mínimos, cujo o tamanho seja muito pequeno, quase invisível ao olho humano; 4) Facilita a análise de amostras antigas e degradadas; 5) Permite o estudo de amostras contaminadas por meio da chamada extração diferencial; 6) Permite o estudo de indícios atípicos: mesmo que na cena do crime não se encontrem indícios procedentes de pessoas, podem aí encontrar-se restos biológicos que possam a levar a relacionar uma pessoa com um determinado crime; 7) Não contende com o código genético pois a análise é feita com ADN não codificante⁸⁰, que representa cerca de 90% do total, o qual não permite se obtenham informações sobre características pessoais, designadamente deformações congênicas ou comportamentos; 8) Possibilita a criação de bases de dados muito efetiva e muito rápida comparação dos indícios recolhidos com os contidos na base⁸¹.

Nos últimos anos, a identificação genética tem ganhado notoriedade não só pela sua eficácia na apuração de crimes ou na investigação de paternidade, mas por ser empregada na identificação de cadáveres carbonizados, em avançado estado de putrefação ou totalmente esqueletizados. Existe uma gama de finalidades do exame pericial do ADN, e a lei brasileira ao determinar que sejam realizados exames periciais quando a infração deixar vestígios termina por elevar o exame de corpo de delito à categoria de pressuposto processual de validade, prevendo, inclusive, a nulidade dos feitos (Art. 564, III, b, do CPP).

O exame de ADN apresenta ainda outra relevante função, é o mais recente dos vários métodos ou técnicas utilizadas para identificar vítimas mortais de catástrofes. Quando existe ADN suscetível de ser caracterizado e estão disponíveis amostras de referência informativas, este pode ser o único processo de identificação possível. Como por exemplo, na tragédia da empresa aérea brasileira GOL, onde somente através da identificação de ADN foi possível reconhecer e identificar a maioria dos corpos dos envolvidos.

Ressalta-se ainda que a finalidade do exame pericial ocorre com a elucidação e compreensão dos fatos ou circunstâncias relacionados com a persecução criminal, em confronto com o exame pericial do ADN. Não há que se falar em questões como: identificação de doenças, diagnósticos ou prognósticos da

⁸⁰ Aquele que não transmite informação em forma de aminoácidos ou proteínas, e por isso, não contem informações sobre as características biológicas de cada pessoa (vide item 2.3.).

⁸¹ JESUS, Francisco Marcolino de – Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal, p. 189.

saúde do indivíduo, porque essa não é a finalidade do exame pericial, por conseguinte, não é a finalidade do exame em ADN forense realizado pela Polícia Judiciária. Todos os critérios técnicos aplicados para coleta de provas são aplicados ao material a ser submetido à realização do exame pericial do ADN, devendo atender a todos os quesitos de validade e confiabilidade da prova processual, bem como a finalidade dos exames periciais.

Assim, não há dúvidas que os testes genéticos produzem a prova de identificação mais segura que existe. Torna-se, por isso, tentadora a possibilidade de utilização desta técnica no processo penal: pode resolver-se em poucos dias e com elevado grau de fiabilidade o que, de outro modo, conduziria a um procedimento moroso e sempre com alguma possibilidade de equivocidade de determinação da autoria de um crime. Estes testes permitem não só determinar o culpado, mas também libertar o inocente (o que é ainda mais relevante) de um processo longo que deve o prejudicar.

No entanto, é necessário refletir acerca da admissibilidade da determinação do perfil genético com finalidades criminais. Desde logo, ao nível do direito constitucional, antevê-se, com facilidade, que a determinação do perfil genético pode colidir com certos direitos fundamentais. Além disso, é necessário analisar-se ainda a possibilidade de tal prática à luz do sistema processual penal⁸².

3.2. Provas e Intervenções corporais.

O termo intervenção corporal, também conhecido pelos nomes de ingerência humana ou investigação corporal, trata-se de procedimento realizado no corpo humano, podendo ser invasivo ou não, prescindindo ou não de um comportamento ativo da pessoa.

O autor espanhol Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano⁸³ define provas que exigem intervenções corporais, como medidas de investigação que se realizam no corpo dos indivíduos, não sendo necessário seu consentimento, e caso necessário, poderá ser utilizada coação direta, com a finalidade de descobrir circunstâncias fáticas importantes ao processo, em relação às condições físicas e psíquicas do acusado, ou com o objetivo de encontrar objetos no corpo escondidos.

⁸² FIDALGO, Sónia - Determinação do Perfil Genético como (...), p. 116.

⁸³ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas - Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, p. 290.

Inicialmente, sob uma perspectiva subjetiva, a prática de uma intervenção corporal poderia recair sobre o réu, testemunhas ou quem seja portador de vestígios, como, por exemplo, a própria vítima. Tanto quanto recair sobre o acusado ou sobre as demais pessoas citadas, as intervenções corporais devem ser cautelosas, para não afetar direitos fundamentais e evitar que pessoas desnecessárias para o esclarecimento dos fatos em apuração sejam expostas a tais medidas⁸⁴.

A importância das medidas de intervenção corporal no âmbito probatório é altamente relevante. Muitas vezes só se pode solucionar um caso penal por meio de alguma medida interventiva. Não é incomum traficantes ingerirem drogas acondicionadas em cápsulas plásticas para serem transportadas no estômago (como no caso julgado pelo TEDH, Jalloh v. Alemanha)⁸⁵. Também não é rara a ocorrência de estupros ou homicídios, cuja definição de autoria do crime dependa da análise pericial feita sobre vestígios biológicos do autor do delito encontrados no corpo da vítima.

Existe uma distinção entre intervenções corporais e registros corporais, elaborada na Alemanha, pela qual as intervenções são realizadas no corpo mesmo e os registros o são na superfície do corpo, incluindo as cavidades naturais do corpo humano. A doutrina, porém, não tem prestado maior atenção à diferença sob o argumento de que o tratamento legislativo é idêntico para ambas às situações⁸⁶.

Na jurisprudência espanhola, diz-se que as inspeções e registros corporais afetam o direito à intimidade corporal, enquanto as intervenções corporais (em sentido estrito) atingem a integridade física. Daí se extrai a classificação em intervenções corporais em sentido amplo, o que abrange as inspeções e registros corporais e as intervenções corporais em sentido estrito.

Segundo a sentença n.º 207/96 do Tribunal Constitucional da Espanha⁸⁷, as inspeções ou registros corporais (intervenções corporais em sentido amplo) consistem em qualquer gênero de reconhecimento do corpo humano, seja para determinar a autoria do delito, como os reconhecimentos, exames dactiloscópicos etc., ou de circunstâncias relativas à materialidade do fato, como

⁸⁴ FIORI, Ariane Trevisan – A Prova e a Intervenção (...), p. 106.

⁸⁵ Vide item 7.1.

⁸⁶ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de - A Constituição e as Intervenções Corporais no Processo Penal: Existirá algo além do corpo?, p. 12.

⁸⁷ Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/default.aspx>>.

eletrocardiogramas e exames ginecológicos, entre outros; ou ainda, para descobrimento do corpo de delito, como as inspeções anais e vaginais. De acordo com a sentença, através destes registros não se tem lesão ou menoscabo, isto é, uma diminuição do corpo, não existe afetação à integridade física e sim à intimidade corporal.

Ainda, para o Tribunal Constitucional espanhol as intervenções corporais em sentido estrito seriam as extrações de determinados elementos externos ou internos do corpo para serem submetidos à perícia, também com o objetivo de averiguar circunstâncias relativas à materialidade e autoria de um crime. Nesse caso, há lesão ou menoscabo do corpo, ainda que seja relativa à aparência externa, afetando assim, a própria integridade física⁸⁸.

São exemplos desta situação, a extração de sangue para realização de exame de pareamento cromossômico (ADN), a coleta de urina, unhas, pelos ou de fios de cabelo, entre outros.

Ainda, a respeito da prova genética, a Argentina através da Lei n.º 26.549, de 27 de novembro de 2009, que incluiu o art. 218 *bis* no Código Processual Penal, disciplinou a obtenção de ADN do acusado na perseguição criminal. Segundo a normativa, o juiz poderá ordenar a obtenção de DNA do imputado ou de outra pessoa quando for necessário para a sua identificação ou para a constatação de circunstâncias de importância para a investigação, devendo a medida ser devidamente fundamentada, observada a sua necessidade, razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de nulidade. Para tanto, é permitida a mínima extração de mostras biológicas sem que provoque prejuízo à integridade física da pessoa que será submetida à medida, bem como sem que se afete seu pudor. Ainda, prevê a legislação que a autoridade judicial poderá ordenar a extração de ADN por outros meios que não a colheita de amostras corpóreas, como a busca de objetos que contenham células desprendidas do corpo.

No Brasil, quando as medidas interventivas são aplicadas para fins probatórias, a exemplo do que ocorre com o exame etílico previsto no Código de Trânsito Brasileiro, percebe-se uma oposição da doutrina e jurisprudência⁸⁹ em admiti-las como provas válidas no processo penal, principalmente em razão da garantia a não autoincriminação.

⁸⁸ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro - Intervenções Corporais no Processo Penal (...), p.09.

⁸⁹ Vide item 1.4. do presente estudo, Recurso Especial nº 1.111.566/DF do STJ.

Em relação aos elementos essenciais ao conceito de intervenções corporais, estes são: a) a ingerência sobre o corpo vivo da pessoa humana; e b) a afetação dos direitos fundamentais. Tais ingerências podem ser com ou sem consentimento e podem estar ou não ligadas à investigação ou instrução criminal e, ainda, podem recair sobre o corpo de qualquer pessoa, não apenas do indiciado ou acusado.

Com o objetivo de delimitar um conceito de intervenções corporais, pode-se defini-la como ingerências sobre o corpo vivo da pessoa humana que afetam seus direitos fundamentais. Tal termo dá a ideia de ingerência sobre o corpo humano vivo. Assim, são as diligências que penetram, ainda que minimamente, no corpo humano com vida, ou que sejam potencialmente capazes de produzir alguma influência sobre ele, influência esta em sua funcionalidade (como na organização, movimento, crescimento, adaptação e reprodução).

3.2.1. Intervenções Corporais Invasivas e não Invasivas.

Inicialmente, não se podem confundir as buscas pessoais ou revistas, que ocorrem de forma superficial, com as inspeções ou registros corporais, que são inspeções anais, vaginais e mesmo bucais, ou seja, são inspeções nas cavidades naturais do corpo humano.

Desta forma, a busca pessoal ou revista não são verdadeiramente intervenções corporais, devem ser entendidos como exames superficiais sobre o corpo, vestes e objetos pessoais⁹⁰. Não obstante, há que se diferenciar a busca pessoal feita por toque ou apalpamento daquela realizada por exame radiográfico. Neste caso o regime deve ser considerado distinto, até porque exige atuação de profissional habilitado, não podendo ser equiparado às buscas pessoais regidas pelo art. 240, do CPP do Brasil, ou mesmo do art. 174, do CPP de Portugal.

No caso do exame radioscópico, há uma verdadeira intervenção corporal, já que permite a imagem de partes internas do corpo, o que vai ao encontro da ideia de “penetrar”, ou “introduzir-se”, além do que, a exposição a estes raios causam, ainda que minimamente, uma influência sobre o corpo

⁹⁰ Embora sejam diligências que importem em afetações a intimidade corporal e, portanto, devem ser realizadas tendo como parâmetros a proporcionalidade e o respeito aos direitos fundamentais.

humano, designadamente sobre as células, o que de forma desmedida ou prolongada pode até provocar câncer, ou outras doenças⁹¹.

A mesma distinção deve ser feita em relação às intervenções anais ou vaginais, que não podem se confundir com uma mera revista. Tratam-se de diligências invasivas que não podem estar submetidas ao regime de busca pessoal.

Assim, as provas que exigem intervenção no corpo do acusado dividem-se em invasivas e não invasivas. Provas invasivas são as intervenções corporais que pressupõem uma penetração, por meio de substâncias ou instrumentos, dentro do organismo humano. Provas não invasivas são as intervenções corporais que não necessitam de penetração no corpo humano, sendo realizadas externamente⁹².

Existe, desta forma, distinção de grande relevância sob o prisma jurídico entre aquelas intervenções que incidem diretamente no corpo do investigado, penetrando-o, e as outras, realizadas apenas com vestígios do corpo humano.

Interessante observação é que as intervenções corporais, compreendidas como instrumentos investigativos e utilizadas para fins de comprovação de materialidade ou autoria, podem ser efetuadas em testemunhas e vítimas, não sendo restrita aos investigados em crimes.

Alguns exemplos de intervenções corporais invasivas são os exames de sangue em geral, exame ginecológico, identificação dentária, endoscopia, exame no reto e verificação do nível alcoólico por meio do bafômetro, auferido pelo ar soprado no instrumento. Intervenções corporais não invasivas são os exames de materiais fecais, identificação datiloscópica, radiografias, exames de ADN realizados em fios de cabelos e pelos, impressões de pés, unhas e palmar, entre outros.

Os exames de urina, esperma, saliva e buscas pessoais, também conhecidas por revistas, são provas que podem ser realizadas mediante técnicas invasivas ou não invasivas. As intervenções corporais invasivas e não invasivas são objeto de grande discussão entre os operadores do direito, acerca de sua admissibilidade ou não no processo penal, haja vista implicar numa antinomia

⁹¹ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro - Intervenções Corporais no Processo Penal (...), p. 26.

⁹² QUEIJO, Maria Elizabeth - O Direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal, p. 245.

entre a afirmação de que o acusado é um sujeito que possui direitos dentro de um processo democrático e o reconhecimento do uso do seu corpo como fonte de prova⁹³.

Não há dúvidas de que a entidade corporal deve ser respeitada. No entanto, tal proteção não pode ser confundida com uma proibição à utilização do corpo humano como meio de prova em circunstâncias que não atentem contra o princípio da dignidade da pessoa humana, como será visto ainda neste capítulo. A coleta de sangue, por exemplo, é um procedimento usual no âmbito da saúde, sendo o meio utilizado por profissionais da área para fins de acompanhamento clínico, não sendo plausível sustentar que o mesmo afronte os princípios de índole constitucional.

Os exames laboratoriais, sejam de coleta sanguínea ou de urina, são socialmente aceitáveis e utilizados com relativa frequência na vida do cidadão médio, não caracterizando exames vexatórios ou degradantes. Ademais, tais métodos quando respeitados os padrões necessários de higiene e educação, não põem em risco a saúde do examinado.

No meio médico são inúmeras as hipóteses em que se extrai material orgânico do paciente para a finalidade de exames, independentemente de seu consentimento ou mesmo de familiares, se a gravidade da situação autorizar o médico em fazê-lo. Existe nesse caso, bem maior a ser resguardado: a saúde ou vida do paciente⁹⁴.

3.2.2. Intervenções Corporais Consentidas e não Consentidas.

As intervenções corporais podem ocorrer com o consentimento do sujeito passivo, ou seja, de forma voluntária, e sem o consentimento deste, a chamada intervenção coativa.

No caso de consentimento no processo penal, é importante que este seja livre, não se aceitando o consentimento tácito, e de preferência, ocorrido na presença de um defensor (público ou particular) da confiança do investigado. Ainda, é prudente que se exija algum tipo de prova do consentimento por parte do agente.

⁹³ DUTRA, Ludmila Corrêa - Limites e Implicações do Princípio *Nemo Tenetur Se Detegere* nas Intervenções Corporais Probatórias, pp. 6-7.

⁹⁴ SABOIA, Brenda Chio - Intervenção Corporal, Identificação Criminal via DNA e o Princípio do *Nemo Tenetur Se Detegere*, pp. 13-14.

A legislação portuguesa, por exemplo, prescreve em seu art. 174º, n.º 5, b, do CPP, que as revistas ou buscas pessoais podem ser realizadas sem autorização judicial desde que exista consentimento por parte dos visados e que tal consentimento seja por qualquer forma documentado. O CPP brasileiro não se preocupou em relação a formalização do consentimento, o que a legislação específica poderia ter se atentado, mas também não o fez.

Por outro lado, analisa-se o limite do consentimento, no sentido de que tendo em vista a irrenunciabilidade de direitos afetos à dignidade humana e à personalidade, algumas intervenções corporais, mesmo consentidas, não poderiam ser realizadas sob pena de atingirem esta esfera absolutamente inviolável que é a dignidade da pessoa humana. Desta forma, o consentimento não seria válido para se invadir uma esfera de indisponibilidade dos bens⁹⁵.

Foco onde reside a maior discussão em relação às intervenções corporais são as intervenções não consentidas ou compulsórias, ou seja, as que ocorrem independente do consentimento do arguido, e que podem até ser realizadas sob coação, se admitidas.

Importante destacar que, a recusa à submissão à intervenção corporal não se resolve pelo ônus da prova, sendo uma obrigação, ou seja, implica em uma sanção jurídica. Assim, não consentindo e se recusando a se permitir a realização, a forma de execução da medida poderia ser a coerção direta através do uso da força física, ou a coerção indireta através da ameaça de crime de desobediência⁹⁶.

Interessante questão são as célebres disputas judiciais quando adeptos da seita “Testemunhas de Jeová”, os quais não permitem a transfusão de sangue, ocorrendo casos que resultaram na morte do paciente, sendo este tema relacionado ao direito à liberdade religiosa e de consciência. No julgamento realizado no STJ, o RHC n.º 7785⁹⁷, o Ministro Fernando Gonçalves desproveu *habeas corpus* que postulava o trancamento da ação penal proposta contra familiares da vítima que desautorizaram a transfusão. Na verdade, restou em discussão os limites do poder que o ser humano tem sobre seu próprio corpo, ou de seus familiares que estão sob a responsabilidade de determinada pessoa. De acordo com as mais recentes decisões jurisdicionais, a questão se resolve à luz do

⁹⁵ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro - Intervenções Corporais no Processo Penal (...), p. 16.

⁹⁶ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro - Intervenções Corporais no Processo Penal (...), p. 17.

⁹⁷ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>.

Código de Ética Médica, cabendo ao profissional da medicina responsável pelo caso autonomia na decisão naquele determinado momento crítico, existindo precedentes que autorizam a transfusão mesmo que sem a autorização do paciente⁹⁸.

Como se pode ver, trata-se de uma clara intervenção do Estado na liberdade do cidadão que, ao final e ao cabo, viola a garantia fundamental de liberdade religiosa das testemunhas de Jeová, autorizando a transfusão de sangue mesmo se em desacordo com o consentimento do paciente ou família⁹⁹.

3.2.3. Efeitos Jurídicos da Recusa.

Caso o ordenamento jurídico admita a obrigatoriedade da ingerência corporal no investigado como meio de prova processual penal, são advindas três possíveis consequências jurídicas do não consentimento em se submeter ao procedimento interventivo, de acordo com a doutrina especializada, quais sejam: a) interpretar a negativa do réu como indícios de culpabilidade; b) responsabilizar a pessoa pelo crime de desobediência; c) empregar a coerção física para a obtenção da amostra biológica.

A primeira consequência consiste em considerar a negativa do sujeito passivo da intervenção como uma prova indiciária. O ônus de não se submeter ao exame pericial seria interpretado como um indício de culpabilidade, de modo que a recusa do arguido poderia ser valorado contra este. Tal solução se aproxima da adotada no âmbito civil, notadamente nas ações em que se investiga a paternidade, cujo ônus implicaria valorar a negativa do investigado como uma *ficta confessio*¹⁰⁰.

Em alguns países, como a Espanha, os tribunais tem se posicionado no sentido de interpretar a recusa do investigado como um abuso de direito que pode ser valorado como um indício de culpabilidade que deve ser analisado com outros tipos de provas. No Brasil, apesar de existir doutrina que entenda ser possível ao entendimento que a recusa de se realizar a intervenção corporal possa ser utilizada como indícios de culpabilidade¹⁰¹, a grande maioria entende que tal raciocínio fere o princípio da não culpabilidade, uma vez que tomar a negativa de

⁹⁸ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, AI n.º 70037121639, Câmara Cível do TJRS, disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>.

⁹⁹ VOLLET FILHO, Wilson L. - A transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová: a liberdade religiosa e o equivocado precedente do STJ, pp.01-03.

¹⁰⁰ Art. 232, do Código Civil brasileiro de 2002: A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

¹⁰¹ Neste sentido Eugenio Pacelli de Oliveira e Marcelo Schimer Albuquerque.

submeter-se ao exame pericial como indício de culpabilidade seria inverter o ônus da prova processual. Afinal, a omissão do investigado não pode ser interpretada em seu desfavor, não lhe sendo exigível qualquer conduta ativa que, potencialmente, possa lhe prejudicar. Ademais, estabelecer o ônus da prova indiciária é pensar que a única pessoa afetada pela não realização da perícia criminal é o investigado, o que seria questionável, pois o esclarecimento do crime também interessa a uma pluralidade de pessoas, não só por causa da afetação de direitos trans individuais, mas porque é do interesse de todos que erros judiciários não ocorram¹⁰².

Assim, empurrar o ônus da prova para a defesa vai de encontro com a maioria da doutrina e jurisprudência, pois o dever de demonstrar que tal fato ocorreu, e quem foi o responsável, é da acusação, e reverter isto em desfavor do arguido afirmando que sua negativa incida como indício de culpabilidade, vai contra o ordenamento jurídico brasileiro e da maioria dos países.

A segunda consequência para a negativa em submeter-se ao exame pericial seria a responsabilização criminal, ou seja, caso o arguido se negue a se submeter à intervenção corporal, este seria responsabilizado por alguma infração penal. Desta forma, se o indivíduo desobedece à ordem legal de funcionário público de se submeter a recolha do material genético (geralmente pelo uso do suabe¹⁰³), a consequência seria a imputação do crime de desobediência¹⁰⁴.

Apesar de alguns países se utilizarem desta técnica, principalmente em relação ao uso do etilômetro, tal solução não parece a mais apropriada, primeiramente porque mesmo imputando o cometimento de outro delito ao investigado, a razão de ser da perícia genética, qual seja, descobrir o verdadeiro autor do primeiro delito, não será satisfeita. E ainda, porque se da omissão do indivíduo não se pode concluir indícios do cometimento de um delito, com menos razão essa negativa pode configurar uma responsabilização criminal.

Por fim, a última opção consiste em prever que a recusa do investigado em submeter-se ao exame genético implicaria na sua realização coercitiva. Tal medida é criticada por ofender, potencialmente, direitos e garantias fundamentais. No entanto, nos países que admitem as intervenções corporais mesmo sem o

¹⁰² SILVA, Emílio de Oliveira e - Identificação Genética para Fins Criminais (...), pp. 128-129.

¹⁰³ Suabe: material absorvente, preso a uma haste, que serve para coletar materiais para exame (através de absorção e atrito), aplicar medicamentos ou limpar cavidades e ferimentos.

¹⁰⁴ SILVA, Emílio de Oliveira e - Identificação Genética para Fins Criminais (...), p. 129.

consentimento do investigado, a atuação estatal não pode ser generalizada e empregada ilimitadamente. Ao contrário, deve ser adequada e necessária para o esclarecimento da infração penal, restringindo-se aos casos excepcionais previstos na legislação e garantir ao arguido todos os seus direitos, o que só pode ser feito por uma decisão judicial em que os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório sejam respeitados, além de estar expressamente previsto em lei, especialmente o procedimento a ser adotada no caso da intervenção corporal coercitiva.

Ao se admitir a coercitividade do exame genético para fins criminais, isso implica que, se a medida interventiva for legítima e a recusa injustificada, a pessoa deverá ser submetida à ingerência corporal, inclusive com uso da força. Permite-se, assim, a imobilização física para a coleta de amostra genética de fácil recolhimento, como a saliva ou cabelo. De toda forma, para a extração do material biológico, devem ser observados os critérios legais e técnico-científicos, assegurando ao indivíduo que a coleta seja realizada em local adequado e por pessoas de formação profissional especializada, não se admitindo que o defensor, o investigador, o juiz, o promotor ou o próprio investigado recolha a amostra biológica¹⁰⁵.

Tal opção legislativa coadunada com o ordenamento jurídico adotado por países como Argentina, Portugal, Alemanha, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos e Itália, onde se admite o uso da força física para a execução da intervenção corporal. Segundo parte (minoritária) da doutrina especializada¹⁰⁶ no assunto, com o advento da Lei n.º 12.545/2012, o Brasil passaria a estar incluído neste grupo de países que dispensam o consentimento da pessoa para a extração de material genético. Seria uma decorrência do descumprimento da ordem judicial prevista no art. 3º, IV, da Lei de Identificação Criminal, e que também pode ser visualizada no art. 9º-A, da Lei de Execução Penal, que estabelece a obrigatoriedade da identificação genética para condenados por crime hediondo ou delitos praticados com violência de natureza grave contra a pessoa.

Tal questão é o cerne principal da pesquisa, em responder se no Brasil, com o advento da Lei n.º 12.545/2012, este passaria a estar incluído no grupo de

¹⁰⁵ SILVA, Emílio de Oliveira e - Identificação Genética para Fins Criminais (...), pp. 129-130.

¹⁰⁶ Como a doutrina de Denise Hammerschmidt.

países que dispensam o consentimento da pessoa para a extração de material genético.

3.3. Da ponderação de interesses nas intervenções corporais e o exame de ADN como meio de prova.

Embora não seja possível a busca por uma verdade real, o sistema probatório objetiva-se a esclarecer os casos penais, criando, com o passar do tempo, métodos que desempenham, cada vez mais, um papel fundamental na investigação e instrução criminal. As intervenções corporais tem sido o meio mais moderno de colheita de material probatório, no entanto, é preciso um estudo atento para não se desvirtuar do sistema acusatório, deslegitimando o Estado Democrático de Direito. Estas medidas, em muitas oportunidades, violam os direitos fundamentais e, por esta razão, precisam ser analisadas com ressalvas¹⁰⁷.

Prova é tudo aquilo que demonstra ou estabelece a verdade de um fato, e o direito à aquisição da prova é o domínio em que tem sido com maior frequência suscitado o problema do direito constitucional à prova, o qual se apresenta conexo com o princípio da não taxatividade dos meios de prova. Com efeito, o direito de acesso à justiça comporta o direito à produção de prova. Nessa medida, o legislador tem margem para estabelecer limitações na produção de certos meios de prova, mas não pode impedir de maneira absoluta o recurso a determinado meio de prova sem que a proibição esteja fundada na proteção de valores fundamentais¹⁰⁸.

Os métodos empregados para estabelecer a identidade humana são diversos, assim como são diversos os reflexos que a identificação pode ter na vida das pessoas. Especialmente no âmbito penal, a aplicação dos métodos datiloscópicos, fotográfico ou genético serve tanto para identificar o indivíduo quanto para produzir prova. Em ambos os casos esse procedimento repercute nos direitos fundamentais da pessoa humana, uma vez que esta suporta uma atuação externa do agente estatal, que visa à obtenção de dados que a caracterizam, a partir do seu corpo¹⁰⁹.

¹⁰⁷ FIORI, Ariane Trevisan – A Prova e a Intervenção Corporal: sua valoração no Processo Penal, p. 105.

¹⁰⁸ MESQUITA, Paulo Dá – A prova em processo penal e a identificação de perfis de ADN – Da recolha para comparação directa entre amostra problema e amostra referência às inserções e interconexões com a base de dados, p. 555.

¹⁰⁹ SILVA, Emílio de Oliveira e - Identificação Genética para Fins Criminais (...), p. 56.

O exame genético constitui um desdobramento do direito à prova que visa assegurar às partes processuais a possibilidade de comprovar suas alegações, influenciando na decisão judicial. Logo, tal medida assegura o direito à ampla argumentação e ao contraditório, mormente sob a perspectiva do direito à influência no desenvolvimento e resultado do processo. Tais direitos seriam prejudicados se não fosse garantido à parte comprovar sua afirmação, notadamente à acusação, diante da distribuição do ônus da prova no processo penal¹¹⁰.

As investigações genéticas podem ser aplicadas em diversos âmbitos do processo penal. Normalmente se utilizam como prova para determinar a autoria, tendo em vista a confiabilidade desse meio de identificação criminal. Mas as denominadas provas de ADN exigem, para sua válida aplicação no processo, um prévio juízo de proporcionalidade e uma ponderação por parte do órgão judicial que justifique sua utilidade.

Isso porque, a utilização desse meio de prova implica na restrição de alguns direitos fundamentais, e é necessário demonstrar que o sacrifício daqueles direitos tem por finalidade salvaguardar outros direitos, também constitucionalmente protegidos, e que no caso concreto são merecedores de uma maior proteção. Deve-se também ponderar outras circunstâncias, como a negativa de colaborar por parte do imputado, o qual pode reduzir as probabilidades de identificação por esse meio.

Se bem que o próprio processo penal implica, por si mesmo, a limitação dos direitos fundamentais dos investigados, mas essa restrição não pode passar do limite do razoável, se deve demonstrar que é necessário para alcançar o bem perseguido, e de se garantir a proporcionalidade entre o sacrifício do direito na situação em que se encontra a pessoa afetada por aquela limitação¹¹¹.

Outra observação é que a diligência deve estar permitida por uma norma legal habilitante, isto é, deve estar expressamente prevista, como ocorre no Brasil com a Lei n.º 12.654/12; Portugal com a Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, e na Espanha com a Lei Orgânica n.º 15/2003, de 25 de novembro, de reforma do Código Penal, que introduziu a regulamentação que hoje contém a lei processual penal de análise do ADN.

¹¹⁰ SILVA, Emílio de Oliveira e - Identificação Genética para Fins Criminais (...), pp. 130-131.

¹¹¹ MARÍN, Maria Ángeles Perez - El ADN como método de (...), pp. 130-131.

Evidente que é possível que um novo meio de obtenção de prova não tenha sido previsto pelo legislador como proibido, por ser desconhecido até tal momento, sendo resultado dos avanços técnico-científicos, como foi o caso das perícias de ADN. Será desta forma, inadmissível a prova que não foi expressamente proibida por lei, mas contende com o paradigma da ponderação constitucional codificado em matéria probatória¹¹².

Se a prova violar regras substanciais (materiais), prejudicando os direitos e garantias fundamentais, sequer deve ser admitido no processo, não pode ter existência jurídica. O mesmo ocorre se forem desrespeitadas as regras de admissibilidade previstas na legislação. As provas que ultrapassarem esses limites poderão ser consideradas ilegítimas ou ilícitas, sendo declaradas nulas e inadmitidas no processo, não podendo sequer ser incorporadas à instrução probatória, pois contaminam qualquer outra prova obtida por meio delas¹¹³.

A obrigação processual penal de esclarecer os crimes ocorridos não impera de forma ilimitada, o direito à prova sofre limitações, objetivando assim, garantir os direitos fundamentais do investigado/acusado.

Por outro lado, não se ignora que a prova pericial resultante dos exames dos perfis de ADN na investigação criminal, apenas deve ser considerado um meio de prova de que não resulte dúvidas, quando articulada com outros elementos de prova que, fatalmente terão de ser carreados para os autos em investigação. A prova pericial, por si só, não é suficiente para deduzir acusação ou ordenar o arquivamento, para decidir pela pronúncia, para condenar ou absolver o acusado, antes deve ser vista como um meio complementar de prova ou, ao menos, de ser complementada por outros meios de prova, ou seja, o valor probatório do perfil de ADN não é absoluto, e sim relativo¹¹⁴.

Em verdade, não se devem discutir os preceitos científicos em que se apoia a perícia, mas os fatores externos que podem colocá-la em dúvida. É preciso ter cuidado com a crença incondicional no teste, pois a infalibilidade da técnica gerada pelo conhecimento humano pode desfazer-se diante do humano falível que

¹¹² RODRIGUES, Benjamim Silva – Da Prova Penal, Tomo I – A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN? Controle de Velocidade, Álcool e Substâncias Psicotrópicas, p. 312.

¹¹³ FIORI, Ariane Trevisan – Os Direitos Individuais e a Intervenção Corporal: A necessária releitura constitucional como forma de efetivação dos direitos fundamentais, p. 15.

¹¹⁴ GONÇALVES, Manuel – Recolha de amostras de ADN para fins de investigação criminal Suspeito, pp. 207-208.

a manuseia. A técnica praticamente não tem falhas, mas a realização do exame é passível de impropriedades.

3.3.1. Intervenções Corporais e os Direitos Fundamentais afetados¹¹⁵.

Os princípios constitucionais sofreram grande modificação no decorrer do tempo, considerados num primeiro momento como recomendações éticas, sem força normativa, verdadeira dicotomia entre norma jurídica e princípios. Posteriormente, passaram a prevalecer como regras de aplicação subsidiária. Atualmente, é amplamente difundido serem as normas jurídicas mais importantes dentro do ordenamento, uma vez que todos os demais atos jurídicos decorrem dos princípios.

Em razão da inexistência de princípio absoluto, existindo conflito entre princípios, deverá o operador do direito, com ponderação de valores, aplicar um, ou alguns, em detrimentos de outros, avaliando a situação em cada caso concreto.

Como os princípios constitucionais devem ser interpretados de forma harmônica, o princípio da inocência não merece ser interpretado de forma absoluta. Do mesmo modo, o princípio da vedação de proteção deficiente também deve ser parâmetro. Os direitos e princípios constitucionais não podem ser avaliados somente sob uma perspectiva, mas de modo a conciliar todo o ordenamento jurídico numa interpretação sistemática, sendo que um princípio deve ser ponderado juntamente com os outros.

O Estado Democrático de Direito tem sua *ratio essendi* na realização e garantia dos direitos subjetivos considerados fundamentais. Esses direitos têm como elementos definidores: quanto ao seu conteúdo, os valores considerados principais da cultura de um povo; quanto à sua forma, a sua declaração ou positivação, como reconhecimento universal dos que os declaram. Todos esses direitos, na verdade, mostram-se como forma de demonstração da liberdade. Os direitos fundamentais são essa forma indispensável e universal, de todos de

¹¹⁵ A Constituição brasileira tratou o genoma humano como um direito ao meio ambiente, regulamentado em seu art. 225:

Art. 225, da CRFB/88: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético (...).

realização da liberdade. Por tal motivo, a hermenêutica jurídica tem de orientar-se para a realização deste objetivo primordial do Estado, conduzindo-se a concretizar e priorizar os direitos considerados fundamentais e, assim, a realizar uma Constituição democrática. Através da outorga e efetivação dos direitos subjetivos fundamentais que o Direito realiza a liberdade e outros valores nele reconhecidos¹¹⁶.

Os princípios transcendem a lei, constituindo fundamentos normativos que a própria lei terá de respeitar e cumprir. São princípios de justiça, e seu verdadeiro sentido não é determinável no nível abstrato, só no concreto, quando atingem sua determinação e autêntico relevo¹¹⁷.

Neste ponto, a **dignidade da pessoa humana** é pressuposto de todos os outros direitos, sendo definida como um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta na autodeterminação consciente e responsável de sua própria vida, pretendendo o respeito por parte das demais pessoas. O princípio da dignidade da pessoa humana tem como um de seus principais fundamentos a real proteção à pessoa, de não ser humilhada, ofendida, discriminada ou perseguida¹¹⁸.

O princípio da dignidade influencia todas as áreas do Direito. No Direito Processual, garante ao acusado o direito de ser julgado de forma legal e justa, permitindo-lhe provar, contraprovar e exercer, de forma ampla, a defesa, com igual tratamento concedido a parte contrária. Ademais, a dignidade humana é o valor que dá unidade de sentido aos direitos fundamentais. No Direito Penal, embasou outros princípios fundamentais como o da legalidade e da culpabilidade¹¹⁹.

É o fundamento e limite da atuação do Estado e subordina-se a vontade popular. A expressão “pessoa humana” refere-se às pessoas concretas, ao homem e à mulher em concreto, não a um ser ideal ou abstratamente considerado. Explica a “garantia contra a obtenção e utilização abusiva de informações relativas às pessoas e às famílias¹²⁰”.

Tal princípio se recorta como um valor supremo, que atravessa todas as normas constitucionais conferindo-lhes sentido, em particular, em relação aos direitos fundamentais, os quais, por sua vez, projetam e atualizam a dignidade da

¹¹⁶ FIORI, Ariane Trevisan – A Prova e a Intervenção Corporal: sua valoração no Processo Penal, p. 127.

¹¹⁷ CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de - Prova Científica: Exame pericial do DNA, p. 52.

¹¹⁸ FIORI, Ariane Trevisan – A Prova e a Intervenção Corporal: sua valoração no Processo Penal, p. 129.

¹¹⁹ CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de - Prova Científica: Exame pericial do DNA, p. 58.

¹²⁰ GONÇALVES, Manuel – Recolha de amostras de ADN (...), p. 202.

pessoa humana. Existe assim uma relação de mútua complementaridade entre dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, os quais dão um conteúdo concreto ao conceito abstrato de dignidade, mas que são que são igualmente inspirados por ela¹²¹.

O conceito constitucional de dignidade da pessoa humana é comumente invocado com uma dupla finalidade ou função: por um lado, como um argumento para ampliar, e por outro, como argumento para restringir a liberdade individual. O art. 3º, item 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia confirma a diretriz ao enunciar os princípios de uma Constituição Bioética¹²².

Quando a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia convoca o conceito de dignidade da pessoa humana para fundamentar/justificar o princípio do consentimento livre e esclarecido da pessoa, assinala-lhe a função de alargar a proteção constitucional da liberdade.

O conceito de dignidade deve interpretar-se atendendo ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à decisão constitucional de proteger, nos mais amplos termos, a autonomia e a liberdade de cada indivíduo. Com o reconhecimento constitucional de um direito de livre desenvolvimento da personalidade, procura-se deixar consagrado um direito de liberdade do indivíduo em relação a modelos de personalidade, que integra um direito à diferença e que permite a cada um eleger o seu modo de vida desde que não cause prejuízo a terceiras pessoas¹²³.

Tal princípio resulta na sua faculdade em não exercer determinado direito que não ponha em causa a sua autodeterminação ou livre desenvolvimento da personalidade. Verifica-se que existe a possibilidade do sujeito passivo da perícia consentir na sua execução, uma vez que com o progredir das técnicas de

¹²¹ EBERLE, Edward J. - The German Idea of Freedom, p. 17, *apud* AGOSTINHO, Patrícia Naré – O regime legal da recusa (...), p. 53.

¹²² Art. 3º, item 2. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

No domínio da medicina e da biologia devem ser respeitados, designadamente:

- o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei;
- a proibição das práticas eugênicas, nomeadamente das que tem por finalidade a seleção de pessoas;
- a proibição de transformar o corpo humano e suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro;
- a proibição de clonagem reprodutiva de seres humanos.

¹²³ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto – O Princípio da Pessoa Humana e a Regulação Jurídica da Bioética, pp. 31-32.

pesquisa de ADN, estas se tornaram cada vez menos evasivas, favorecendo a possibilidade de o sujeito consentir na lesão a seu direito fundamental¹²⁴.

As medidas de intervenção corporal implicam a sujeição da pessoa a obtenção de informações de relevância criminal, a partir do próprio corpo humano. Logo, não há dúvidas de que a execução dessas medidas afeta, potencialmente, direitos fundamentais e refletem sobre a dignidade humana.

A prova que inclui a intrusão corporal implicará, em qualquer caso, seja na extração de sangue, saliva, cabelo, etc., e independentemente da sua intensidade, uma intromissão no corpo da pessoa, pelo que assim há de se verificar se tal intrusão lesa ou não a dignidade humana.

Sempre que a polícia se referir à realização de exames de ADN como “suporte” investigativo, estará adentrando na seara dos princípios fundamentais insertos na Carta Maior (art. 5.º, X), e aderidos pelos padrões internacionais de direitos humanos, como a presunção de inocência; o respeito pela dignidade, honra e privacidade das pessoas e o direito a um julgamento justo.

Outra prerrogativa afetada é o **direito à integridade física** (ou integridade pessoal), que diz respeito à inviolabilidade do corpo humano contra ingerências que possam causar danos à integridade corporal, funcional, bem como à saúde da pessoa. Protegem-se os atributos físicos do indivíduo contra lesões corporais, psíquicas e até morais, permitindo o livre e sadio desenvolvimento do ser humano.

O direito à integridade física pode ser compreendido como direito à saúde física, no sentido de não ser privado de nenhum membro ou órgão do corpo. A não ser submetido à enfermidade, que não seja perturbado seu bem estar corporal e psíquico através de sensações de dor e sofrimento. Inerente ao direito a integridade física está o direito à saúde e é indubitoso que as intervenções corporais podem produzir danos à saúde. Para ilustrar, basta pensar no caso do exame radiológico em uma mulher grávida¹²⁵.

Os ordenamentos jurídicos, de modo geral, protegem a integridade física e moral do indivíduo como direito fundamental. A Constituição Portuguesa, em seus artigos 24º, e 25º, consagra como inviolável o direito à vida e a integridade física e moral, vedando ainda a pena de morte, a tortura, os

¹²⁴ NOVAIS, Jorge Reis – Os Princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa, p. 61.

¹²⁵ NICOLITT, André Luiz – Intervenções Corporais - O Processo Penal e as Novas Tecnologias: Uma análise Luso-brasileira, p. 260.

tratamentos degradantes e desumanos. Tal como foi definido no acórdão n.º 128/92 do Tribunal Constitucional Português¹²⁶, o direito à integridade pessoal se concretiza no direito da pessoa a não ser agredida ou ofendida no seu corpo ou no seu espírito, seja por meios físicos, seja por meios morais, e decompõe-se em duas vertentes: a integridade moral e a integridade física. Na vertente da integridade física traduz-se no direito de não sofrer ofensas corporais¹²⁷. Procura-se assim proteger a própria autodeterminação corporal.

Da mesma forma, a Constituição Espanhola, em seu art. 15, é categórica em afirmar que: *“todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos degradantes”*.

Na Constituição da República brasileira tal direito está previsto expressamente no art. 5º, XLVII, alínea “e”, que proíbe penas cruéis, vedando a tortura e tratamentos desumanos e degradantes, assim como no inciso XLIX, o qual assegura aos presos sua integridade física e moral.

A integridade física e moral dizem respeito à inviolabilidade do corpo e do espírito, sendo que, a realização de exames invasivos sem o consentimento do agente, viola tal garantia, pois atinge não só a estrutura corpórea como também a sua alma, sendo constrangido a oferecer seu corpo para a produção de prova, via de regra, contra si mesmo¹²⁸.

Apesar das inovações dos métodos de obtenção de amostras biológicas para traçar perfis genéticos, estes não deixam de levantar dúvidas sob a sua conformidade com o direito à integridade física (no caso de obtidos sem o consentimento do arguido), pois estamos sempre no âmbito da obtenção, por uma autoridade pública, de elementos pertencentes ao corpo humano da pessoa investigada. Até a simples zaragatoa bucal para aquisição de amostra de saliva inclui necessariamente uma intromissão para além das fronteiras delimitadas pelos músculos, pelo que não pode deixar de ser vista como um abuso à integridade do sujeito, e, tal como ocorre quando a aquisição de material orgânico é feita pela recolha de sangue, também aqui o corpo irá perder parte de suas

¹²⁶ Disponível em: <<http://tribunalconstitucional.pt>>.

¹²⁷ AGOSTINHO, Patrícia Naré – O regime legal da recusa (...), p. 53.

¹²⁸ FIORI, Ariane Trevisan – A Prova e a Intervenção (...), p. 131.

substâncias orgânicas vivas, pelo que a lesão ao bem jurídico tutelado existirá sempre¹²⁹.

A lesão da integridade física não se afere em função de sua gravidade, não é dependente de sua pouca intensidade ou de se tratar de um ato comum. A raspagem da mucosa bucal configura, nesta medida, um atentado à integridade física, não obstante ser tido como um ato usual e rotineiro, pois da sua execução resulta a extração de material biológico do corpo de uma pessoa e um ultrapassar da barreira física da pele, por vezes com introdução no interior do corpo¹³⁰.

De qualquer forma, há intervenções corporais, como a coleta de saliva ou cabelos, que pouco ou nada poderiam prejudicar a saúde do sujeito passivo. Assim, embora não exista definição legal sobre o método de extração do material biológico, a análise de ADN contido na saliva ou nos cabelos pode ser utilizada no Brasil, uma vez que são consideradas técnicas não nocivas que atendem o art. 9º-A da Lei de Execuções Penais brasileira, inserido pela Lei n.º 12.654/2012, o qual determina que a identificação genética das pessoas condenadas seja realizada mediante “técnica adequada e indolor”.

Desta forma, é importante destacar que o direito à integridade física não impede de forma absoluta a realização da intervenção corporal para fins criminais. O próprio encarceramento produz danos à saúde da pessoa e nem por isso a aplicação da pena privativa de liberdade é deslegitimada pelo ordenamento jurídico. Ademais, a observação dos procedimentos técnico-científicos na execução da ingerência corporal torna mínima a vulneração ou lesão à integridade física da pessoa¹³¹.

Quanto a isso, não se discorda, o problema existe quando o investigado se recusa a ser submetido à intervenção corporal para a identificação genética, neste caso, uma simples coleta de saliva ou cabelos, pode se tornar numa dolorosa sessão de coerção física e mental, que de forma óbvia, lesará de maneira grave a integridade do sujeito passivo.

Em outro ponto o **direito à liberdade** física ou liberdade ambulatorial, que consiste na autodeterminação da pessoa para produzir movimentos físicos. A restrição a tal direito é uma consequência inevitável das medidas de intervenção corporal, uma vez que sua execução provoca limitações ambulatoriais à pessoa,

¹²⁹ MILHEIRO, Tiago Caiado – Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal, p. 16.

¹³⁰ AGOSTINHO, Patrícia Naré – O regime legal da recusa (...), p. 54.

¹³¹ SILVA, Emílio de Oliveira e - Identificação Genética para Fins Criminais (...), p. 62.

reduzindo sua liberdade ao espaço físico em que a ingerência corporal será realizada (unidade policial ou de perícia) ou limitando seus movimentos corporais no instante em que a intervenção corporal é promovida (coleta de sangue, saliva, Raios-X) ¹³².

O direito à liberdade acaba sendo violado antes e durante a execução de uma intervenção corporal sem o consentimento do sujeito passivo. O direito à liberdade é afetado nos mais diversos tipos de intervenções corporais, como por exemplo, no caso de constatação de embriaguez e as revistas nas cavidades e orifícios no corpo humano. Para realizar estas diligências, o agente tem de ser imobilizado por um determinado período, isto é, além de sofrer violação em sua intimidade e passar por uma situação constrangedora (que pode causar afronta a sua dignidade), sendo privado, ainda que por pouco tempo, de sua liberdade¹³³.

A CRFB/88 assegura, no art. 5º, *caput*, o direito à liberdade, e no inciso II, afirma que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, indicando, assim, que poderá existir limitação do direito de liberdade por via de lei ordinária, por expressa autorização constitucional¹³⁴.

Neste ponto, a autonomia pessoal atualiza-se nas mais variadas manifestações, mas no caso das intervenções corporais não consentidas, reduz-se à liberdade de dispor do próprio corpo e à liberdade de decisão e ação, ou seja, à liberdade de não ser alvo, através de formas mais ou menos intensas de pressão, de uma ingerência estatal. Liberdade geral de ação vista igualmente como a concretização, ou um meio de afirmação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26º, nº 1, da Constituição Portuguesa) ¹³⁵.

Contudo, tal restrição à liberdade ambulatorial não deslegitima a aplicação das medidas de ingerência no corpo humano. A prisão preventiva, por exemplo, também constitui uma medida que limita a liberdade física da pessoa e que é perfeitamente legal e pode ser decretada com fundamento na conveniência da instrução criminal, além dos outros pressupostos elencados no Código de Processo Penal brasileiro, mas nem por isso é eivada de inconstitucionalidade por restringir o referido direito.

¹³² SILVA, Emílio de Oliveira e - Identificação Genética para Fins Criminais (...), p. 60.

¹³³ FIORI, Ariane Trevisan - A Prova e a Intervenção (...), pp. 130-131.

¹³⁴ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro - Intervenções Corporais no Processo Penal (...), p. 11.

¹³⁵ AGOSTINHO, Patrícia Naré - O regime legal da recusa (...), p. 51.

Desta forma, em relação à liberdade de locomoção, por vezes, equipara-se o procedimento de extração de amostras biológicas à privação da liberdade, pois o acusado, para fornecer o material destinado à investigação genética, necessita se sujeitar, por determinado lapso temporal, a restrições em seu direito de locomoção. A suposta privação de liberdade assemelha-se mais à condução coercitiva, aceita pelo Estatuto Processual Penal, não revogada pela Constituição Federal e mantida no projeto de Código de Processo Penal. Se há incertezas quanto à vigência da condução coercitiva para o acusado no interrogatório, não há dúvida de que pode ser conduzido "debaixo de vara" para submeter-se ao reconhecimento, assim como a testemunha para prestar depoimento e, em relação a isso, nunca se alegou estarem sofrendo privação de liberdade por ter restringido o direito de ir e vir. O STF afirmou ser a condução coercitiva uma restrição aceitável à liberdade de locomoção física, jamais a sua supressão. A retenção do acusado para a realização do exame nada mais seria do que mera restrição da liberdade para fins probatórios, circunstância que encontra respaldo legal no direito vigente¹³⁶.

Admite-se assim a limitação à liberdade física pelas medidas de ingerência no corpo humano, desde que isso seja feito por lei que estabeleça as hipóteses de restrição àquele direito fundamental, garantindo-se que a medida de intervenção corporal cumpra suas finalidades e sua prática não extrapole o período de tempo necessário para o respectivo procedimento técnico¹³⁷.

Na medida em que seja necessário o recurso à força física¹³⁸ para constranger uma pessoa à submissão a uma recolhe de amostra biológica, aquele pressupõe a definição prévia em lei geral e abstrata dos casos e pressupostos em que a coerção pode ser utilizada.

Por sua vez, o **direito à intimidade**¹³⁹ é também restringido pelas intervenções corporais, desde as mais simples, como as revistas (buscas pessoais), até as buscas vaginais, anais e bocais.

Trata-se de uma manifestação da personalidade individual cujo reconhecimento é reservado ao titular daquele direito, o qual pode exercer o

¹³⁶ HADDAD, Carlos Henrique Borlido – A Constitucionalidade do exame de DNA compulsório em Processos Criminais e Propostas de sua regulamentação, p.08.

¹³⁷ SILVA, Emílio de Oliveira e - Identificação Genética para Fins Criminais (...), p. 61.

¹³⁸ Nos sistemas processuais penais onde se admite o uso da força física.

¹³⁹ A Constituição brasileira de 1988 foi a primeira (e única no Brasil) a tratar expressamente do assunto, considerando invioláveis a intimidade e a vida privada.

controle e evitar que terceiros tomem ciência de informações sobre sua esfera de intimidade.

A intimidade existe em dois planos distintos, um dirigido contra o Estado, como limite à intervenção estatal na esfera privada, e outro como limite e contrapeso de outros direitos¹⁴⁰.

Haveria a destruição do organismo humano se o Estado e a sociedade pudessem permanentemente intervir nos espaços mais recônditos de existência. Portanto existe a necessidade de se proteger a privacidade/intimidade, como direito fundamental, que seria o direito de estar separado e livre da sociedade e do Estado, tendo o poder de decisão sobre quando e como os eventos de sua vida pessoal podem ser revelados e divulgados para a sociedade¹⁴¹. E os dados genéticos são de natureza muito sensível, tendo em vista que permitem identificar algumas propensões para contrair esta ou aquela doença que, fatalmente, o indivíduo recebeu em herança¹⁴².

Em outro aspecto, a lesão ao direito à reserva da vida privada surge em três níveis. Primeiro, quando se recolhe a amostra biológica; segundo quando se analisa a amostra biológica, com vista à fixação dos perfis de ADN; terceiro, quando se inserem os perfis de ADN em ficheiros de dados, com finalidades de identificação civil ou criminal.

Para efeitos probatórios em processo penal cumpre referir que a recolha de amostras biológicas com vista à fixação dos perfis de ADN, a integrar uma base de dados de perfis de ADN, contende, por regra, com o direito à reserva da intimidade e da vida privada pessoal e familiar, quer ao nível da colheita, quer ao nível da identificação da informação genética e seu tratamento informático. Tendo por conta a natureza sensível dos dados genéticos, pode até se falar num verdadeiro “direito a reserva da intimidade genética” no sentido de que existe uma esfera informacional genética cuja entrada pode perturbar, em alto grau, a reserva exigida em termos de vida privada. A temática dos direitos fundamentais envolvidos, no âmbito de uma intervenção corporal de colheita de material

¹⁴⁰ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de – Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal, p. 59.

¹⁴¹ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro - Intervenções Corporais no Processo Penal (...), p. 12.

¹⁴² Apesar de que, como visto no presente estudo, para a identificação genética é utilizado o ADN não codificante.

biológico humano para fixação dos perfis de ADN são os que de forma mais drástica e efetiva, postos em causa com este tipo de prova¹⁴³.

As medidas interventivas atentam contra o direito à intimidade na medida em que o procedimento de ingerência expõe a pessoa identificada a outrem. Como tais medidas pressupõe uma ingerência no corpo humano, a intimidade corporal torna susceptível de ser violada, uma vez que a exibição de partes do corpo do identificado pode gerar constrangimentos pelo simples motivo do individuo não querer que terceiros saibam da existência de cicatrizes, deformidades físicas ou, ainda, colocar à mostra suas cavidades corporais, como boca, anus ou a vagina¹⁴⁴.

Mas, por outro lado, se no âmbito cível não há nenhuma forma de coação para a obtenção forçada de prova, sendo sua ausência resolvida pela aplicação das presunções e pela distribuição do ônus entre as partes. No processo penal, nem toda inserção de prova requer o consentimento do acusado. A escuta telefônica possibilita a obtenção de prova sem o seu conhecimento; através da decretação da prisão preventiva, por conveniência da instrução criminal, priva-se o réu da liberdade, mesmo contra sua vontade, para facilitar a inserção de provas no processo; documentos podem ser apreendidos na sua residência e dados de informática são passíveis e interceptação. Se diversas provas referentes ao acusado são introduzidas no processo, independentemente de sua vontade, é inexato afirmar possuir ele controle sobre os dados pessoais¹⁴⁵.

No caso do exame genético, não só a medida interventiva pode infringir o direito à intimidade, até porque o material corporal pode estar destacado do corpo humano. O problema seria em relação às informações que se pode obter com o procedimento genético. A Lei de Identificação Genética assevera que as informações inseridas nos bancos de dados deverão obedecer às normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos, além de instituir o sigilo dos bancos de dados genéticos e a responsabilização administrativa, civil e criminal de quem permite ou promove a utilização de informações genéticas para fins diversos daqueles previstos em Lei ou em decisão judicial.

¹⁴³ RODRIGUES, Benjamim Silva – Da Prova Penal, Tomo I (...), p. 208.

¹⁴⁴ SILVA, Emílio de Oliveira e - Identificação Genética para Fins Criminais (...), p. 64.

¹⁴⁵ HADDAD, Carlos Henrique Borlido – A Constitucionalidade do exame de (...), pp. 10-11.

Sem dúvida, a devassa do código genético da pessoa é a maior violação de sua intimidade; trata-se de informações que o examinado muitas vezes desconhece e pretende continuar desconhecendo. Revelar a verdade, por meio do deciframento do código genético contra a vontade do indivíduo, fulmina a sua intimidade, chegando mesmo a violar seu livre-arbítrio, pois, se optou pela ignorância de determinado assunto, ninguém pode ser contra a sua escolha¹⁴⁶.

Ressalta-se que as informações obtidas com a análise do genoma humano são amplas, revelando doenças congênitas e características físicas do identificado e de seus familiares. Imagine-se que o referido teste aponte que a pessoa é portadora de uma grave enfermidade genética que ainda não se manifestou ou mesmo revele seu perfil genético é incompatível com de seus pais, concluindo que os genitores biológicos da pessoa identificada não são aqueles apresentados na sua certidão de nascimento. Certamente, nessas situações há uma violação à intimidade pessoal e familiar. Por isso, ao lado da intimidade corporal fala-se de uma intimidade genética¹⁴⁷.

Por fim, pode-se trazer o conceito de autodeterminação informativa (*informationelle selbstbestimmung*) para o presente estudo. Consiste na faculdade do indivíduo, derivada da ideia de autodeterminação, de decidir basicamente, por si próprio, quando e dentro de quais limites deve revelar situação referente à própria vida, conforme entendimento firmado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*). Na literatura estrangeira, indica-se a autodeterminação informativa como bem passível de sofrer ofensas em face da compulsão às intervenções corporais.

Outro princípio que deve ser aplicado sempre ao caso concreto é o da **proporcionalidade**, que se desdobra em três subprincípios: princípio da adequação, que impõe que o diploma que opere uma restrição a um direito fundamental deve ser o meio adequado para a persecução do fim pretendido pela lei ou pela medida; princípio da necessidade, que determina que a medida restritiva de direitos fundamentais deva ser indispensável para obter o resultado pretendido, não sendo este possível alcançar por outra medida não restritiva ou menos restritiva dos mesmos direitos fundamentais; princípio da proporcionalidade em sentido restrito ou proibição do excesso: dita este princípio

¹⁴⁶ CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de - Prova Científica: Exame pericial do DNA, p. 86.

¹⁴⁷ SILVA, Emílio de Oliveira e - Identificação Genética para Fins Criminais (...), p. 66.

a obrigação de que as medidas restritivas dos direitos fundamentais e os fins que estas visam alcançar devem revestir uma justa medida e não mostrarem-se excessivos em relação aos fins obtidos. Este princípio encerra, ainda, um limite absoluto para a restrição de direitos, liberdades e garantias, que passa pelo respeito pelo conteúdo essencial das normas consagradoras de direitos fundamentais¹⁴⁸.

No processo de origem europeia, no que diz respeito ao uso da força física, é predominante a consideração de que num sistema fundado no Estado de Direito, a vigência do princípio do monopólio estatal da utilização da força implica que a utilização de poderes coercitivos seja justificada através de critérios gerais e abstratos que se imponham a todos os cidadãos. Esta asserção impões-se com mais veemência quando esses poderes coercitivos sejam exercidos no âmbito do processo penal onde o exercício da força pode facilmente ser justificado à luz das finalidades como a descoberta da verdade e a perseguição do crime¹⁴⁹.

É evidente que existem outros direitos afetados pelas intervenções corporais, como o direito à liberdade religiosa e de consciência, o direito a não discriminação ou a não estigmatização, mas não é objetivo do trabalho elencar exaustivamente tais direitos, e sim chegar a uma solução para o problema proposto, neste caso, uma prerrogativa do cidadão, prevista a nível constitucional deve ser estudada: o direito a não autoincriminação.

3.3.2. Intervenções corporais e o princípio do *Nemo Tenetur se Detegere*.

Os direitos fundamentais têm uma dimensão individual e outra institucional. Todavia, não são absolutos, a própria coexistência dos vários direitos fundamentais gera restrições, que devem ser reguladas por lei, respeitando certos limites, devendo ser claras, determinadas, gerais e proporcionais, obedecendo ainda alguns critérios segundo o princípio da proporcionalidade: a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador; a adequação desses meios à consecução dos objetivos almejados e a necessidade de sua utilização¹⁵⁰.

O princípio da não autoincriminação, consubstanciado e evidenciado através da expressão *nemo tenetur se detegere*, denota que ninguém é obrigado a se descobrir, isto é, qualquer cidadão acusado da prática de um ilícito penal não

¹⁴⁸ GONÇALVES, Manuel – Recolha de amostras de ADN (...), p. 203.

¹⁴⁹ AGOSTINHO, Patrícia Naré – O regime legal da recusa (...), p. 61.

¹⁵⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth - O direito de não produzir (...), pp. 53-54.

tem a obrigação de se autoincriminar, de produzir prova em seu desfavor, tendo como sua manifestação mais tradicional, o direito ao silêncio. O aludido direito tem origem principalmente nos Estados Unidos da América, onde em seu ordenamento jurídico são frequentes os julgamentos através da decisão de jurados, o que possibilita indagações de cunho pessoal aos acusados e que, dependendo da sua resposta, afeta, indevidamente, o julgamento.

A garantia ao silêncio do acusado foi consagrada no histórico julgamento “Miranda v. Arizon”, no ano de 1966, onde a Suprema Corte Norte Americana, por cinco votos contra quatro, afastou a possibilidade de utilização como meio de prova de interrogatório policial quando não precedido da enunciação dos direitos do preso, em especial a célebre frase “você tem o direito de ficar em silêncio” (*you have the right to remain silent*), além de consagrar o direito do acusado em exigir a presença imediata de seu advogado.

Este princípio, também denominado de privilégio contra a autoincriminação, está ao lado dos direitos, liberdades e garantias referentes ao processo criminal e ao direito processual penal, e proíbe que sobre o arguido penda qualquer ônus probatório, permitindo-lhe, inocuamente para a acusação que sobre ele foi deduzido, não contribuir para a obtenção de meios de prova que o possam incriminar, conforme o art. 32º, n.º 1, n.º 5, e 8, da Constituição da República Portuguesa.¹⁵¹

Tal vedação está expressa no Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, no art. 8º, n.º 2, “g”, e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1966, no art. 14, n.º 3, “g”. Ambos foram ratificados pelo Brasil, fazendo parte assim do ordenamento jurídico, de acordo com o art. 5º, §2º, da CRFB/88.

O princípio do *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violência físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e na apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações¹⁵².

¹⁵¹ GONÇALVES, Manuel – Recolha de amostras de ADN (...), pp. 209-210.

¹⁵² QUEIJO, Maria Elizabeth - O direito de não produzir (...), p. 55.

Trata-se de uma modalidade de autodefesa passiva, que é exercida por meio da inatividade do indivíduo sobre quem recai ou pode recair uma imputação. Consiste na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação do investigado (ou acusado) em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação.

O direito ao silêncio ou a não autoincriminação está previsto no artigo 5º, LXII, da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, dispositivo que assegura ao preso permanecer calado, além de ter assistência familiar e jurídica. O que pode ser confirmado pelo art. 8º, II, “g”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no qual se declara o direito de toda pessoa de “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem confessar-se culpada”¹⁵³.

A doutrina mais aceita é a de que o dispositivo constitucional em destaque se presta para proteger não apenas quem está preso, como também aquele que está solto, assim como qualquer pessoa a quem seja imputada a prática de um ilícito criminal. Pouco importa se o cidadão é suspeito, indiciado, acusado ou condenado, e se está preso ou em liberdade. Ele não pode ser obrigado a confessar o crime¹⁵⁴.

O direito ao silêncio trata de um desdobramento do princípio do *nemo tetenur se detegere*, e no Código de Processo Penal brasileiro aparece em seu art. 186, parágrafo único, que dispõe que o “silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

As intervenções corporais não consentidas, por óbvio entram em tensão com o direito fundamental que impede a autoincriminação, e devem, portanto, ser aferidas sob o crivo deste.

Quando se contrapõem as medidas interventivas ao direito ao silêncio ou a não autoincriminação, os questionamentos se dirigem à validade da prova produzida pelo sujeito, sem o seu consentimento. Afinal, se é direito da pessoa não produzir prova contra si mesma, o sujeito não estaria obrigado a participar de uma atividade que lhe possa ser prejudicial. A intervenção corporal demanda a participação física da pessoa em um procedimento cujo resultado pode ensejar

¹⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury - Direito Processual Penal, p.241.

¹⁵⁴ LIMA, Renato Brasileiro de - Manual de Processo Penal: volume único, p.71.

uma condenação¹⁵⁵ de maneira que o indivíduo estaria cooperando coercitivamente com uma atividade conflitante com os seus interesses¹⁵⁶.

Na jurisprudência brasileira, conforme visto no primeiro capítulo, predomina o entendimento que não admite a participação da pessoa na produção de provas sem a sua aquiescência, de forma a vedar a mínima colaboração do investigado na atividade probatória cujo resultado lhe possa ser prejudicial.

Carla Rodrigues Araújo de Castro¹⁵⁷, ao analisar o direito ao silêncio, afirma que este não é o único efeito do *nemo tenetur de detegere*; também as provas que dependem da cooperação do acusado, como a reconstituição, acareação, reconhecimento etc., são protegidas por este princípio. Afirma que, desta forma, ninguém pode ser compelido a fornecer material para exame pericial, seja ADN, seja grafotécnico, ou qualquer outro que possa ser utilizado como prova contra si¹⁵⁸.

A garantia de não produzir prova contra si mesmo ampara o indivíduo para se recusar ao exame, pois, ao ofertar amostra para a sua realização, estaria contribuindo com a perícia e, conseqüentemente, com a obtenção da prova, que pode ser-lhe desfavorável¹⁵⁹.

Em se tratando de prova não invasiva (inspeções ou verificações corporais), mesmo que o agente não concorde com a produção da prova, esta poderá ser realizada normalmente, desde que não implique colaboração ativa por parte do acusado. Além disso, caso as células corporais necessárias para realizar um exame pericial sejam encontradas no próprio lugar dos fatos (mostras de sangue, cabelos, etc.), no corpo ou vestes da vítima ou em outros objetos, poderão ser recolhidas, utilizando os meios usuais de investigação preliminar (como a busca e apreensão domiciliar ou pessoal).

¹⁵⁵ Condenação por crime de determinada investigação criminal ou de futuro processo, no caso do banco de dados genéticos.

¹⁵⁶ SILVA, Emílio de Oliveira e - Identificação Genética para Fins Criminais (...), p. 71.

¹⁵⁷ CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de - Prova Científica: Exame pericial do DNA, p. 61.

¹⁵⁸ Em sentido contrário SANCHÉS, Juan Miguel Mora – Aspectos substantivos y procesales de la tecnología del ADN, p. 129, que afirma: La persona de la cual se obtiene una muestra para su posterior analisis no está llevando a cabo una declaración contraria a la presunción de inocência, pues, no está autoincriminándose, ya que em ningún momento se le obliga a que reconozca determinados hechos. Además, el resultado De la prueba tanto puede conducir a la condena como a la absolución del sujeto destinatário de tal actuación, siendo por ello, por esa “naturaleza neutra”, un simple resultado incierto de experiencia. Por consiguiente, parece estar claro que el principio constitucional “nemo tenetur se detegere” no queda vulnerado com la práctica de estas pruebas de ADN, a través de las cuales se intenta esclarecer lo sucedido así como identificar al autor de los hechos.

¹⁵⁹ CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de - Prova Científica: Exame pericial do DNA, p. 86.

Por outro lado, cuidando-se de provas invasivas, por conta do princípio do *nemo tenetur se detegere*, a jurisprudência considera que o suspeito, indiciado, preso ou acusado, não é obrigado a se autoincriminar, podendo validamente recusar-se a colaborar com a produção da prova, não podendo sofrer qualquer gravame em virtude dessa recusa¹⁶⁰.

Ocorre que tal interpretação amplia o sentido do princípio do *nemo tenetur*, criando um direito quase absoluto que impede a utilização do corpo humano como fonte de prova, ainda que isso não viole a dignidade da pessoa humana. É verdade que o direito ao silêncio protege a incolumidade física, psíquica e moral do arguido, impedindo coações para a obtenção de declarações que lhe possam comprometer. No entanto, parte da doutrina entende que daí não pode decorrer um direito absoluto de negar-se a ser identificado geneticamente, ou seja, a submeter-se a perícias nas partes do corpo humano que são natural ou socialmente destacáveis sem prejuízo à dignidade humana, como sangue, urina ou cabelos¹⁶¹.

Aury Lopes Júnior¹⁶² afirma que a novel legislação (Lei n.º 12.654, de 28 de Maio de 2012) prevê a coleta de material genético como forma de identificação criminal, tendo mudado radicalmente a situação jurídica do sujeito passivo no processo penal, acabando com o direito de não produzir prova contra si mesmo. Assim, existiria a obrigatoriedade de submeter-se à intervenção corporal para a coleta de material genético (voluntariamente ou mediante coerção), fulminando a tradição brasileira de respeitar o direito de defesa pessoal negativo – *nemo tenetur se detegere* – em relação a este tipo de prova, mas frise-se que não é isto que prevalece.

O fato é que o ordenamento jurídico vigente afiança o direito de permanecer em silêncio aos que sejam submetidos à persecução penal. É protegida a consciência moral (o não constrangimento da mentira), a integridade física e psíquica dos cidadãos, contra ingerências corporais ilegais e abusivas, já que a pessoa não pode ser compelida a fazer algo contra a sua vontade. Mas inexistente o direito, por quem quer que seja, à prestação de informações falsas por parte do réu, da mesma forma que não é direito deste a exposição de documentação falsa para eximir-se do processo.

¹⁶⁰ Neste caso, com mais atenção na jurisprudência brasileira.

¹⁶¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de - A Constituição e as Intervenções (...), p. 525.

¹⁶² LOPES JÚNIOR, Aury - Direito Processual Penal, p. 233.

Importante ainda observar as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, onde casos como *Saunders v. United Kingdom*¹⁶³, no qual se entendeu que o direito a não autoincriminação estaria vinculado ao desejo de guardar silêncio, o que não impediria que fossem obtidos do arguido, coercitivamente e por determinação judicial, materiais como sangue, urina ou tecidos corporais para a realização do exame de ADN. Assim, no contexto europeu, a garantia a não autoincriminação não abrange atos de intervenção corporal nos quais se exigem a colaboração ativa da pessoa, mas sim o uso de partes do corpo que passivamente podem ser obtidas¹⁶⁴.

No entanto, apesar de expor diferentes posições em relação ao princípio em estudo, é sabido que tais interpretações diferem do garantismo exacerbado que existe no Brasil, que leva o *nemo tenetur se detegere* ao seu grau máximo, ou como intitula Eugênio Pacelli¹⁶⁵ “imunidade corporal”, impedindo a participação coercitiva da pessoa na produção de provas que possam ensejar sua condenação. Aliás, é até compreensível a amplitude conferida pelos Tribunais brasileiros a tal garantia, tendo em vista as lembranças do autoritarismo vivenciadas pelo regime militar que contribuíram para que o *nemo tenetur se detegere* fosse estendido amplamente, a ponto de ser interpretado como uma “suposta imunidade plena contra a atuação probatória do Estado”¹⁶⁶.

Assim, aos olhos dos tribunais, referido princípio impede que o acusado seja compelido a produzir qualquer prova incriminadora invasiva. Por isso, em diversos julgados, o STF já se manifestou no sentido de que acusado não é obrigado a praticar qualquer comportamento ativo que possa lhe incriminar, sendo este, atualmente, o principal alicerce para os que defendem a impossibilidade de intervenções corporais coercitivas neste país, não permitindo qualquer comportamento ativo do investigado que possa, futuramente, servir para incriminá-lo.

Todavia, o próprio Supremo também tem precedentes no sentido de que a produção dessa prova será válida se a coleta do material for feita de forma não invasiva. Idêntico raciocínio deve ser empregado quanto à identificação do

¹⁶³ Vide item 7.3.

¹⁶⁴ SILVA, Emílio de Oliveira e - Identificação Genética para Fins Criminais (...), pp. 74-75.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de - Processo e Hermenêutica na Tutela dos Direitos Fundamentais, - p. 210.

¹⁶⁶ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer - A Garantia de não Autoincriminação: extensão e limites, p. 38.

perfil genético: desde que o acusado não seja compelido a praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo, nem tampouco a se sujeitar à produção de prova invasiva, há de ser considerada válida a coleta de material biológico para a obtenção de seu perfil genético¹⁶⁷.

¹⁶⁷ LIMA, Renato Brasileiro de - Manual de Processo Penal: volume único, p. 145.

4. A OBRIGATORIEDADE DA SUBMISSÃO A INTERVENÇÕES CORPORAIS E A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL GENÉTICA.

A utilização das técnicas de perícia do ADN como técnica de identificação é encarada como uma ameaça aos direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos, precisamente pelo potencial de erosão do seu direito à intimidade da vida privada. Por isso, a admissibilidade jurídica da inserção dos perfis genético em base de dados com finalidade de investigação criminal não está isenta de controvérsia em nenhum ordenamento jurídico.

Como decorrência das conquistas do Iluminismo e da Revolução Francesa, no moderno e garantidor processo penal de um Estado Democrático vigora o princípio do conhecimento amplo dos fatos, ou como se diz na doutrina brasileira, prevalece o sistema da prova livre. Não obstante, infere-se como temerária a admissibilidade da obtenção de células corporais por qualquer maneira, porque não se pode descurar dos problemas dos ataques aos direitos à integridade física e à intimidade do investigado. Tendo em vista a quantidade de dados de índole pessoal que se pode obter, não existe dúvida de que toda a extração de material biológico se trata de uma invasão na esfera pessoal de quem será alvo do exame¹⁶⁸.

O impacto destas questões, nos domínios ético, jurídico e social, exige um processo de reflexão sério e profundo, no âmbito do qual se reconheça que as balizas que se impõem à Ciência terão sempre de ser decorrências do princípio da dignidade e autonomia humana e que a regulamentação jurídica deverá realizar uma concordância prática entre as funcionalidades e aplicações trazidas pela ciência e a defesa da dignidade e reserva da intimidade da vida privada dos cidadãos, na aplicação daquelas valências científicas¹⁶⁹.

Será desta forma tratado neste capítulo o cerne da questão da presente dissertação, apresentando a perspectiva se é possível a utilização de força para a recolha de material genético no caso de não consentimento do arguido, abordando outros aspectos que ajudam a compreender o tema em debate.

¹⁶⁸ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de - A aplicação da perícia de (...), pp. 89-90.

¹⁶⁹ FREITAS, Florentina Maria de - Implicações Constitucionais da criação de uma base de dados genéticos para fins de investigação criminal: Segurança versus Privacidade, p. 287.

4.1. A obrigatoriedade de coleta de material genético.

No direito brasileiro, como se percebe, a identificação criminal através do perfil genético possui dupla finalidade, qual seja a de servir como meio de identificação criminal e a de atuar como prova em ulterior processo. Em delitos não transeuntes, a coleta do material (sêmen, sangue, fios de cabelo) serve para comparação dos vestígios deixados com as informações constantes desse banco de dados, propiciando que se descubra o verdadeiro autor do delito¹⁷⁰.

A novel identificação do perfil genético provocou muita controvérsia à luz do princípio que veda a autoincriminação. Evidentemente, se acaso a defesa solicitar esta forma de identificação, com o objetivo de, eventualmente, excluir sua responsabilidade, não haverá qualquer ilegalidade. Assim, o cerne da questão diz respeito às hipóteses em que pessoa certa e determinada se negar a fornecer material biológico para a obtenção de seu perfil genético, ou seja, quando o exame recair sobre fonte conhecida sem que esta esteja disposta a consentir com a identificação genética.

Certamente, existe quem diga que não se pode obrigar o investigado a contribuir com as investigações, e qualquer decisão judicial que lhe obrigue a fornecer material biológico para fins probatórios (e não de sua identidade), será afrontoso ao princípio constitucional que veda a autoincriminação. Afinal, não se pode impor ao investigado que contribua ativamente com as investigações, sobretudo mediante o fornecimento de material biológico que possa vir a incriminá-lo em ulterior exame de ADN¹⁷¹.

A maioria da doutrina brasileira insurge-se, desta maneira, contra a compulsoriedade da extração do perfil genético, afirmando que o constituinte originário descreve como garantias fundamentais de todo cidadão a presunção de inocência e o direito do preso de permanecer calado sem que isso pese contra si, ambos previstos, respectivamente, no artigo 5º, incisos LVII, e LXII, da Constituição Federal. Destarte, sob esse fundamento, o réu não poderia ser compelido a ceder seu perfil genético, visto que se trata de prova invasiva¹⁷².

Mas como dito, a legislação traz duas situações de possibilidade de colheita de material genético, uma através de autorização judicial no curso de investigações, e a outra inserida na Lei de Execução Penal, sendo a identificação do

¹⁷⁰ MARTINS, Filipe - Lei 12.654/12: a identificação criminal por perfil genético no Brasil, p. 03.

¹⁷¹ LIMA, Renato Brasileiro de - Legislação Criminal Especial Comentada, p. 131.

¹⁷² MARTINS, Filipe - Lei 12.654/12: a identificação criminal (...), p. 06.

perfil genético obrigatório nos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer crime hediondo, para ser armazenado em banco de dados de perfis genéticos. No entanto, como será demonstrado, a obrigatoriedade não necessariamente resulta na compulsoriedade do exame.

4.2. A prova de ADN como obrigação do investigado: a necessidade de seu consentimento.

A principal questão neste campo de atuação é o consentimento do suspeito e a possibilidade de se exercer alguma forma de compulsão física para obrigá-lo a se submeter à perícia.

Evidente que com o consentimento do investigado, é possível realizar qualquer tipo de perícia, tendo em vista que os bens arrolados sobre a intimidade e a integridade física são disponíveis, em regra. Pode servir a perícia para excluir um suspeito de um delito, ou para colocá-lo no local do crime, mas sem determinar que seja necessariamente o autor.

No Brasil, não existe qualquer norma que estabeleça os limites constitucionais para delimitar em que casos e como deve um direito fundamental prevalecer sobre outro, outorgando ao órgão jurisdicional este poder de determinar, em decorrência de um caso em concreto.

Como o acusado não é obrigado a praticar nenhum comportamento ativo capaz de incriminá-lo, nem tampouco a se submeter a provas invasivas sem o seu consentimento, de modo algum pode ser obrigado a fornecer material biológico para a obtenção de seu perfil genético. Todavia, se estivermos diante de amostras de sangue, urina, cabelo, ou de outros tecidos orgânicos, descartados voluntária ou involuntariamente pelo investigado na cena do crime ou em outros locais, não há qualquer óbice a sua coleta, sem que se possa arguir eventual violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*. Assim, a validade dessa identificação do perfil genético fica condicionada à forma de coleta do material biológico¹⁷³.

De acordo com os tribunais brasileiros, o citado princípio do *nemo tenetur* impede que o acusado seja compelido a produzir qualquer prova incriminadora invasiva. Por essa razão, em diversos julgados, o Supremo Tribunal

¹⁷³ LIMA, Renato Brasileiro de – Legislação Criminal Especial Comentada, 131.

Federal já se manifestou no sentido de que o acusado não é obrigado a realizar comportamento ativo para a realização de qualquer tipo de perícia (conforme visto no primeiro capítulo). No entanto, o mesmo Supremo também tem precedentes no sentido de que a produção dessa prova será válida se a coleta do material for feita de forma não invasiva (como o exame de ADN realizado a partir de fio de cabelo encontrado no chão, ou a guimba de cigarro utilizada por investigado) ¹⁷⁴.

Idêntico raciocínio deve ser empregado quanto à identificação do perfil genético: desde que o investigado não seja compelido a praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo, nem tampouco a se sujeitar à produção de prova invasiva, há de ser considerada válida a coleta de material biológico para a obtenção do seu perfil genético, independentemente de seu consentimento.

Por este motivo, não existe inconveniente algum que possa se impor ao suspeito de suportar “passivamente” uma intervenção corporal sempre e quando seu comportamento for unicamente negativo, isto é, que não requeira colaboração ativa de qualquer maneira, mas não pode esperar uma atitude proativa que poderia ajudar em sua incriminação.

Assim, com o consentimento do investigado se supre qualquer espécie de discussão doutrinária sobre o tema, no entanto, com o intuito de resguardar policiais e peritos, e a própria prova em si, tal consentimento deve vir formalizado por escrito, ou outra forma de comprovação da autorização da recolha do material genético, como áudio ou vídeo. Evidente que se tal cuidado não for tomado, não será isto que inviabilizará a prova, sendo somente motivo de cautela, que pode ser realizado por protocolo padrão do estabelecimento pericial.

Por fim, não se pode exigir do investigado um comportamento ativo a colaborar com as com as autoridades toda vez que a informação obtida através dessas técnicas possam se equiparar, quanto a seus efeitos, a uma declaração incriminadora, e em todo o caso, se deve respeitar o direito do investigado em permanecer em silêncio e a não se declarar culpado, ou seja, existe a necessidade do consentimento do sujeito passivo para a realização da perícia genética.

¹⁷⁴ Exemplo importante é o envolvendo a cantora chilena G. T., mesmo contra a vontade da parturiente, o Supremo considerou válida a coleta da placenta para a realização do exame de ADN, já que se tratava de objeto expelido do corpo humano como consequência natural do parto (item 1.5. da presente dissertação).

4.3. A possibilidade de inversão do ônus da prova no Direito Processual Penal (prova de ADN).

Com a configuração atual do princípio *nemo tenetur se detegere*, cria-se uma impossibilidade relativa de colher sangue ou saliva do acusado, e ainda mais, de obrigar o arguido a qualquer ato processualmente válido contra a sua vontade.

Por outro lado, interessante observar que a doutrina entende pacificamente que, no Processo Civil, basta a inversão do ônus da prova, passando àquele que se negou a produzir a prova o encargo de comprovar a situação afirmada pela outra parte não procede. Quando se analisa tal situação no caso concreto, pode-se utilizar como exemplo uma criança, representada por sua genitora, que ingressa no Poder Judiciário com um pedido de reconhecimento de paternidade contra um pretense pai, que se nega a ceder material genético para o exame. Então, com a inversão do ônus da prova, passa esse a ter que provar que não é o pai.

Assim, tem-se assentado na jurisprudência que a recusa do pai biológico na realização do exame de ADN gera uma presunção relativa de paternidade, sendo publicada a Súmula n.º 301 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que diz: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”¹⁷⁵.

Tecnicamente parece aceitável, mas, tanto para a Justiça quanto para a criança, que nunca saberá se aquela pessoa realmente é um de seus genitores, tal decisão é um tanto quanto injusta.

Se no processo civil o problema pode ser resolvido por meio da inversão da carga da prova e a presunção de veracidade das afirmações não contestadas, no processo penal a situação é muito mais complexa, pois existe um obstáculo insuperável: o direito de não fazer prova contra si mesmo, que decorre da presunção de inocência e do direito de defesa negativo (silêncio)¹⁷⁶.

Por óbvio que a processualística civil encontrou tal manobra para não entrar em atrito com um princípio superior inclusive aos direitos da personalidade, formador da dignidade da pessoa humana, mas, no processo penal

¹⁷⁵ Súmula 301 do STJ, disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>.

¹⁷⁶ LOPES JÚNIOR, Aury - Direito Processual Penal, p. 567.

tal possibilidade inexistente, pois o ônus da prova cabe à acusação, e não ao acusado¹⁷⁷.

Ônus de provar é a obrigação que as partes têm de fazer prova, pelos meios legais e moralmente admissíveis. Demonstrar a veracidade das afirmações por ela formuladas ao longo do processo, resultando de sua inação uma situação de desvantagem perante o direito. Ao contrário do ônus de prova objetivo, que tem por destinatário o magistrado, o ônus subjetivo se dirige às partes, com o intuito de que se saiba qual delas deve suportar o risco da prova frustrada. Funcionam assim como regras de conduta das partes. Deve-se salientar que no âmbito processual penal, o ônus da prova subjetivo é atenuado pela regra da comunhão da prova e dos poderes instrutores do juiz¹⁷⁸.

Quanto ao princípio da comunhão dos meios de prova (ou regra da aquisição da prova), depois de produzida a prova, esta não pertence mais à parte que a introduziu no processo. Ao final do processo, deve o magistrado valorar todo o material probatório constante dos autos, pouco importando quem produziu. Desta forma, caso um fato esteja provado, é de todo irrelevante saber quem levou para os autos o meio de prova que formou a convicção do julgador¹⁷⁹.

Na esfera penal em matéria probatória, o trabalho com presunções é excepcional, pois tudo há de ser efetivamente provado. Em verdade, as mais importantes presunções existentes são favoráveis ao acusado, e a mais notória delas é a de inocência, segundo a qual se reputa inocente o acusado até decisão condenatória transitada em julgado. A presunção de inocência goza de *status* constitucional, e nenhuma norma de hierarquia inferior pode retirar-lhe ou reduzir-lhe o valor.

Assim, é necessário que se observe o ônus da prova em matéria penal à luz do princípio da presunção de inocência. Se a defesa quedar-se inerte durante todo o processo, ou com atividade probatória insuficiente, ao final do feito, estando o magistrado em dúvida, este deve absolver o infrator. A responsabilidade probatória é integralmente conferida à acusação, já que a dúvida milita em favor do demandado (*in dubio pro reo*). A balança pende em prol do réu, tendo em vista que o art. 386, do Código de Processo Penal, em seus incisos II, V e VII, indica que a

¹⁷⁷ SILVA, Rodrigo Vaz - Da utilização do exame de DNA no Direito Penal Brasileiro, p. 03.

¹⁷⁸ CORRÊA, Valter Parr - Dever de Lavrar o Auto de Prisão em Flagrante e oferecer denúncia nos casos de excludente de ilicitude e o Ônus da Prova no Direito Processual Penal Brasileiro, pp. 12-13.

¹⁷⁹ LIMA, Renato Brasileiro de - Curso de Processo Penal: volume único, p. 578.

debilidade na formação de provas implica em absolvição. A regra inserida na Constituição Cidadã, em seu art. 5º, LVII, inverte totalmente o ônus da prova para o Ministério Público (no caso de ação penal pública) ¹⁸⁰.

O próprio ordenamento português, mais incisivo no quesito de autorizar a realização via judicial da intervenção corporal entende, à luz do n.º 2, do artigo 32º, da CRP, que a falta de colaboração do arguido não poderá ser contra este valorada, não se coadunando o ônus da prova com a existência da presunção de inocência. Tem de igual forma, o arguido o direito ao silêncio nos termos dos artigos 61º, n.º1, “d”, e 61º, n.º3, “b”, do Código de Processo Penal português.

Por conseguinte, estabelecer presunções desfavoráveis ao réu por não sujeitar-se à realização do exame de ADN equivale a extrair inferências negativas do completo silêncio durante o interrogatório. Nesse tópico, o processo penal chegou que a um ponto em que não mais se pode condescender com retrocessos. O princípio da presunção de inocência impede o seu oposto, qual seja, que a presunção de culpabilidade resulte da recusa injustificada à submissão ao exame de ADN. Há o risco de a discricionariedade do juiz transcender e culminar em condenações sustentadas exclusivamente sobre a recusa, fazendo do provérbio "quem não deve, não teme" princípio jurídico interpretativo. Extrair inferências da recusa é basear a sentença na íntima convicção. A não colaboração nada influi na aferição da culpabilidade, conquanto o espírito do julgador se previna, indevidamente, com a recusa imotivada em produzir prova a cargo da acusação, mas que poderia facilmente ser introduzida no processo pelo réu¹⁸¹.

Desta forma, não é possível realizar a inversão do ônus da prova no direito processual penal, ou inverter a indiciabilidade de autoria por parte do investigado devido à recusa em se submeter à extração de material genético e perícia de ADN. Com a recusa deste, nada muda, continua sua presunção de inocência ou não culpa, e em nada sua falta de autorização para a extração do material genético deve ser sopesada pelo juiz. É como o direito em não responder as perguntas sobre os fatos no interrogatório, é um direito do acusado, não podendo tal direito ser revertido em uma presunção de culpa.

¹⁸⁰ CORRÊA, Valter Parr - Dever de Lavrar o Auto (...), p. 16.

¹⁸¹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido – A Constitucionalidade do exame de (...), p. 18.

4.4. Exame feito sem a concordância do acusado, mas utilizando amostra descartada.

Tal possibilidade ocorre quando a pessoa acusada, que decidiu não entregar material por vontade própria, descarta algum objeto que possa conter material para a comparação, sendo analogicamente próxima a hipótese de um terceiro descartar material que contenha material genético do acusado.

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

Neste caso, a autoridade policial obteve a saliva da investigada recolhendo tocos de cigarro fumados por ela durante seu depoimento na delegacia, A prova foi considerada totalmente válida, pois apesar de no Brasil ninguém ser obrigado a ceder o corpo humano (ou parte dele) para fazer o exame pericial de ADN, qualquer componente desagregado do organismo, como a saliva em guimbas de cigarro, pode ser apreendido para ser usado como material de coleta.

Assim, ao se obter material biológico com a certeza de que pertencia ao investigado e sem a necessidade de se proceder a uma intervenção corporal, e como no caso exposto, ao se tratar de material abandonado pelo sujeito passivo, dá-se por excluídos os critérios e exigências próprias de uma intervenção corporal, sendo a prova considerada lícita.

Situação análoga ocorreu no já estudado caso da cantora mexicana Gloria Trevi, a qual afirmava que, enquanto esteve presa na Superintendência da Polícia Federal, teria sido vítima de estupro e, da violência, teria engravidado. Importante citar que, enquanto presa, a cantora não tinha autorização para

receber visita íntima. A Polícia Federal abriu sindicância para investigar o caso, que não obteve nenhum resultado concreto, sendo a única alternativa que havia restado o exame de ADN no filho, comparando o material com os supostos pais. Fato é que Gloria Trevi não permitiu que se coletasse material para a comparação, mas o Supremo Tribunal Federal decidiu que a placenta do bebê poderia ser utilizada para a realização do exame, visto que, nesse caso, o interesse público (conhecer o pai do recém-nascido) era maior que o interesse individual da cantora. Após a realização do exame, ficou concluído que o filho era do seu empresário, Sérgio Andrade, restando então aceita a teoria que a presa utilizou-se de inseminação artesanal para engravidar.

Neste fato, também o objeto descartado deixou de fazer parte do corpo da investigada, e a partir do momento que determinado objeto, com o material genético necessário é abandonado pela pessoa, este deixa de ser parte de sua posse e propriedade, tornando-se um “bem público”, não existindo mais um direito ou garantia que possa ser atingido pela produção de tal prova¹⁸², também sendo possível a possibilidade de permissão judicial para que se apreenda qualquer objeto que possa conter o material necessário para a realização do exame¹⁸³.

Tais situações são espécie de provas não invasivas, que não violam a integridade física, pois são realizadas com material descartado pelo indivíduo. De igual forma, a pessoa não está sendo obrigada a produzir prova 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 colaboração¹⁸⁴.

Tal interpretação também deve ser estendida a quaisquer objetos que possam conter o material necessário para o exame comparativo, devendo apenas haver cumprimento das formalidades legais, como um mandado da autoridade competente de busca e apreensão de objetos que possam conter material genético. De fato, quando necessário se realizar análise pericial de documentos escritos a punho (outra prova pericial não invasiva) e o acusado decide não colaborar, a autoridade judiciária pode mandar que se examinem arquivos ou estabelecimentos públicos, com base no artigo 174, inciso IV do Código de Processo Penal.

¹⁸² Ou ao menos ocorrendo uma sensível redução de tais direitos, pois nenhuma intervenção corporal foi realizada.

¹⁸³ SILVA, Rodrigo Vaz - Da utilização do exame de (...), p. 02.

¹⁸⁴ CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de - Prova Científica: Exame pericial do DNA, p. 101.

Outro exemplo interessante é apresentado pela jurisprudência espanhola de um acusado que se recusou a ceder material biológico para a pesquisa de ADN, mas restava lesionado, e com o transporte em ambulância, ao sair sangue de sua boca, este foi limpo com um algodão que logo foi remetido para a Polícia Científica. Por tanto, toda a atuação dos agentes legais consistiu na recolha de algo que já estava no exterior do corpo humano, sem a necessidade de intervenção corporal, como no caso de manchas de sangue em uma camisa ou no chão. Não há intervenção corporal sendo somente recolhidas as amostras fora do corpo¹⁸⁵.

Assim, mesmo antes da previsão legal da identificação criminal genética e da base de dados que torna obrigatória a extração de material de ADN para os condenados por crimes hediondos ou com violência grave contra a pessoa, já se admitia a possibilidade de obter material biológico a partir de outra forma sem a necessidade de intervenção corporal, pois são provas válidas as resultante de vestígios biológicos que o investigado descartou de forma consciente ou inconsciente, mediante um ato voluntário.

4.5. Natureza Jurídica da colheita de amostras biológicas.

Para responder à questão: É possível recorrer à força física para colher amostras biológicas quando o condenado a ela se recuse? É necessário esclarecer qual o lugar que a recolha de amostra e a inserção do perfil de ADN assim obtido ocupa dentro do sistema.

De uma perspectiva estritamente unilateral é possível configurar esta medida como uma sanção, visão segundo a qual a inserção do perfil genético na base de dados e a sua possibilidade de acesso ao mesmo configuraria um anátema para os visados. Isto é, o acesso da Administração aos ficheiros configuraria uma pena, estando, então, subordinado aos princípios da culpa e proporcionalidade em sentido amplo¹⁸⁶.

Outra via de enquadramento possível será a de entender esta medida como um efeito da sentença condenatória. Este último parece ser o entendimento majoritário entre doutrinadores e jurisprudência, embora as qualificações oscilem

¹⁸⁵ STS, 1512/2003, de 10 de novembro, disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/>>.

¹⁸⁶ AGOSTINHO, Patrícia Naré – O regime legal da recusa (...), p. 44.

entre tratar-se de um efeito substantivo, de um efeito automático ou de um efeito quase automático.

Parte da doutrina adota o termo de quase automaticidade, pois estando a ordem sujeita ao dever de fundamentação e não se excluindo a possibilidade de, excepcionalmente, mediante requerimento do arguido e o juiz o entendesse, pode afastar-se a ordem de recolha da amostra¹⁸⁷.

Há quem entenda a natureza automática da ordem, se a recolha de material biológico em arguidos for meramente facultativa durante a pendência do processo, devendo ocorrer apenas quando haja necessidade para efeitos de produção de prova ou a pedido do arguido, já a recolha em condenado é obrigatória. Os juízes têm, assim, o dever legal, de emitirem despacho no sentido de que seja realizada a recolha do material biológico¹⁸⁸.

Mas é possível cogitar uma terceira via que passará por considerar essa medida como um instrumento criado para dar execução aos princípios contidos na legislação. Assim, o regime da recolha do material genético com vista à inserção do perfil de ADN na base de dados ao ser perspectivado como um instrumento não teria desta maneira, qualquer autonomia do ponto de vista material.

Com efeito, a ordem de recolha de amostra e a inserção em perfil do perfil na base de dados, com vista à sua utilização para o fim da investigação criminal, tendo em vista as possibilidades elencadas, a sua visão como instrumento é a que mais se aproxima do visado pela legislação. Porém, entende a doutrina que esta medida por si só, este instrumento, desligado daquele que é a sua finalidade, não é suficiente para caracterizá-la¹⁸⁹.

Desta forma lhe é atribuído uma dupla natureza, a de instrumento, criado para dar execução aos princípios contidos na legislação e a de meio de prova, pois está dependente do fim a que se destina, a investigação criminal, e em última análise, à sua utilização como meio de prova em outros processos que não aquele onde ocorreu a condenação¹⁹⁰.

¹⁸⁷ BRAVO, Jorge dos Reis - O aprofundamento da cooperação transnacional em matéria de intercâmbio de prova genética; II. A ordem de recolha de amostras em condenados, para análise e inserção na Base de Dados de Perfis de ADN. Abordagens preliminares, p. 52.

¹⁸⁸ LEITE, Inês Ferreira - A nova base de dados de perfis de ADN, p.10.

¹⁸⁹ AGOSTINHO, Patrícia Naré - O regime legal da recusa (...), p. 46.

¹⁹⁰ AGOSTINHO, Patrícia Naré - O regime legal da recusa (...), p. 46.

4.6. A possibilidade de utilização de força para coleta de material genético.

A admissão do exame de ADN compulsório no processo penal brasileiro, posto que seja uma novidade em relação ao tipo de prova que disponibilizará, não representara 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 acusado¹⁹¹.

No contexto da coleta compulsória de material genético para identificação do acusado, se mostra ideal a realização de ponderação dos princípios constitucionais envolvidos, de um lado o interesse público na solução e punição do crime e a ordem pública e de outro a vedação a produção de provas contra si mesmo, a integridade física e a intimidade, uma vez que nenhum deles sendo absolutos, não há entre eles diferenciação valorativa em abstrato, não devendo um princípio prevalecer sobre outro a qualquer custo¹⁹².

A incorporação do exame de ADN obrigatório no processo penal brasileiro dependia de lei específica trazendo as hipóteses em que pode ser compulsoriamente executado, em que condições serão realizadas, bem como de quais direitos e prerrogativas dispõe o réu e quais medidas de proteção da informação deverão ser adotadas. A Lei n.º 12.654/12 apresentou em que hipótese poderá ser compulsoriamente executada, se esquecendo das demais questões.

A identificação nos casos de condenados serve apenas registro do perfil e utilização em eventual processo diverso, e não se deve taxar de inconstitucional lei que prevê a identificação criminal, por qualquer meio não degradante, de indivíduos condenados. Afinal, o direito de não produzir provas contra si mesmo pode e deve ser usado em um processo ou investigação penal, mas jamais pode servir como uma “permissão” para a prática de novos delitos.

¹⁹¹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido - A incorporação ao ordenamento jurídico do exame de DNA compulsório em processos criminais, p. 87.

¹⁹² MARTIN, Miguel Ângelo - Análise da Lei 12.654/12: Uma (...), p.16.

No entanto, é ingenuidade imaginar que o suposto autor de um delito poderá ser compelido a fornecer material genético para fins de utilização como meio de prova, mesmo após condenado. Esse diagnóstico ampara-se na impossibilidade atual em obrigar o acusado a participar de reprodução simulada dos fatos, fornecer padrão gráfico e submeter-se ao exame do etilômetro, conforme posicionamento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal¹⁹³.

Existe uma lacuna na Lei n.º 12.654/2012 sobre a medida forçada, de modo a caracterizar falta de taxatividade em relação ao procedimento e método utilizado para a utilização da força. Entretanto, Aury Lopes Júnior¹⁹⁴ é cético quanto à interpretação a ser realizada majoritariamente no Brasil e reconheceu inevitável a possibilidade de coleta da informação genética compulsoriamente, ou seja, a força, apontando que a única garantia prevista no texto é o emprego de técnica adequada e sem dor.

A admissibilidade da recusa do arguido em fornecer amostra de sangue ou de qualquer tecido para a análise do perfil genético, ou a admissibilidade de recusar a intervenção corporal no seu corpo para este fim, sem qualquer penalização nem oneração no processo criminal em que se vê envolvido, bem como, por outro lado, a admissibilidade da coercibilidade para obtenção dessa mesma amostra, ou sancionamento com pena ou ônus, é uma opção que deve ser feita pelo legislador de modo totalmente claro e taxativo. O princípio da legalidade vigente no domínio dos direitos fundamentais e no domínio do Direito Penal e Processual Penal, em todas as suas vertentes, reclama a consagração em lei dos limites da atuação coercitiva dos poderes públicos na obtenção de amostra para a extração do ADN.

Em países como Portugal, por exemplo, a recolha de amostra de perfis de investigação criminal é determinado por juiz, mas a legislação nada diz em relação à admissibilidade de recusa por parte do arguido ou da viabilidade de extração coercitiva. Contudo, o art. 172º do CPP português diz que se alguém se eximir a qualquer exame ordenado pelo juiz pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente. A Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto, que estabelece o regime jurídico da realização das perícias médico-legais e forenses, diz no seu art. 6º, n.º 1, que ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer

¹⁹³ MARTINS, Filipe - Lei 12.654/12: a identificação criminal (...), p. 17.

¹⁹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury - Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)?, pp. 05-06.

exame médico-legal desde que este se mostre necessário ao processo e seja ordenado pela autoridade judiciária competente. O Decreto-Lei n.º 96/2001, de 26 de Março, que introduziu os Estatutos do Instituto Nacional de Medicina Legal, a quem compete realizar perícias médico-legais e forenses (art. 2.º, da Lei n.º 45/2004), nada diz sobre a coercibilidade da sujeição a exames médicos nos indivíduos. A obrigatoriedade da sujeição a exame desde que se mostre necessário ao processo e seja determinado pela autoridade judiciária competente e a possibilidade de compelir o sujeito a submeter-se a esse exame. Importante destaque do Acórdão n.º 616/98 do Tribunal Constitucional português, de 17 de Março de 1999¹⁹⁵, o qual considerou que, apesar da recolha de sangue para análise ser uma “intervenção banal”, ainda assim, essa intervenção é uma violação à integridade física se for feita contra a vontade do titular, à força, coativamente¹⁹⁶.

Obrigar o investigado através da força física vulnera seu direito de defesa e o direito a dignidade pessoal que implique qualquer tratamento degradante, e como consequência a prova estaria eivada de nulidade.

Por oportuno, enquanto mera medida identificadora, não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade do dispositivo, pois, a identificação, *per si*, é obrigatória ao acusado, não podendo ele mentir sobre sua qualificação, sob pena de ser responsabilizado penalmente. Nesse deslinde, a obrigatoriedade se justifica com base no Princípio da Intranscendência, uma vez que o processo e a pena não podem passar da pessoa do condenado (art. 5.º, XLV, da CRFB/88), sendo para tanto, fundamental a hígida identificação do acusado¹⁹⁷.

Há que se ressaltar, porém, que a identificação pelo ADN é um meio de prova, logo, deve ser realizado com o devido contraditório, com a participação do indiciado e de seu defensor, respaldado por todas as faculdades atribuídas ao instituto.

Ademais, a ausência de identificação criminal, no hodierno panorama jurídico, pode dar azo à prisão temporária e prisão preventiva do suposto autor do fato, conforme o art. 313, do CPP, parágrafo único, e o art. 1.º, II, da Lei n.º 7.960/89 (Lei da Prisão Temporária), sendo uma possível consequência para a recusa da identificação (sempre fundamentada pelo magistrado), o que ratifica a importância desse procedimento para o processo penal brasileiro.

¹⁹⁵ Disponível em: <<http://tribunalconstitucional.pt>>.

¹⁹⁶ GONÇALVES, Manuel – Recolha de amostras de ADN (...), p. 211.

¹⁹⁷ MARTINS, Filipe - Lei 12.654/12: a identificação criminal (...), p. 19.

Mas é importante salientar que, o acusado, está protegido pela presunção de inocência e a carga probatória está nas mãos do acusador, incumbindo a este produzir os elementos, o que, portanto, veda a possibilidade de ser compelido a auxiliar nas investigações. De outro lado, submeter o imputado a uma intervenção corporal sem o seu consentimento é o mesmo que autorizar uma espécie de tortura para se obter uma confissão. E ainda, além do direito de defesa, existem outros direitos fundamentais que impedem as intervenções corporais, tais como o direito à integridade física e moral, e a liberdade¹⁹⁸.

Assim, apesar de obrigatório a identificação criminal no caso dos condenados definitivamente por crime doloso cometido, com emprego de violência de natureza grave contra a pessoa, ou por qualquer dos crimes hediondos ou no caso de decisão judicial para investigação criminal, tais pessoas não podem ser compelidas a fornecer o material genético caso se recusem, compatibilizando-se assim a legislação aos preceitos constitucionais brasileiros.

Desta forma, a discussão é se existe alguma hipótese em que o Poder Judiciário ou mesmo o Ministério Público ou a Polícia poderiam obrigar o acusado a ceder material para o exame comparativo, ou ainda utilizar de força para tanto?

Tal situação se encontra de certa forma pacificada na jurisprudência brasileira. Em princípio, como ninguém é obrigado a produzir ou deixar que produzam prova contra si mesmo com base na interpretação brasileira do princípio do *nemo tenetur se detegere* (que é por demasiado alargado), a pessoa não é obrigada a ceder material para a investigação, também não podendo ser forçada a colaborar de qualquer forma, inclusive pela autoridade judiciária competente, não sendo possível se extrair nenhuma conclusão contrária ao acusado de tal recusa. Esse posicionamento toma por dogma a garantia da não autoincriminação em sua forma extrema, que permite ao acusado se defender em uma amplitude máxima, inviabilizando, assim, essa possibilidade probatória¹⁹⁹.

A professora Maria Ángeles Pérez Marín²⁰⁰, ao tratar da realidade espanhola, corrobora com o entendimento aqui externado, pois independente do que é previsto em outros ordenamentos jurídicos, na Espanha de acordo com a atual legislação não é admissível o uso da força física, nem nenhum outro meio compulsório sobre a pessoa.

¹⁹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury - Direito Processual Penal, p. 583.

¹⁹⁹ SILVA, Rodrigo Vaz - Da utilização do exame de (...), p. 03.

²⁰⁰ MARÍN, Maria Ángeles Perez - El ADN como método de (...), pp. 144-145.

Não se pode esquecer que a Constituição, as normas processuais, os Tratados Internacionais, impedem qualquer tratamento desumano ou degradante, proíbem o uso de métodos que possam afetar a dignidade da pessoa e que, além disso, não obriguem o investigado a colaborar com a justiça, determinando expressamente que pode se socorrer do direito ao silêncio, a não testemunhar, não testemunhar contra si mesmo e a não confessar culpado.

No entanto, a mesma professora²⁰¹ salienta que em outros países se admite a coação física respeitando-se o princípio da proporcionalidade e sempre que não traga nenhum risco à saúde do afetado, isto é, quando tal ingerência não seja desproporcional.

Por exemplo, no Canadá, a Comissão de Reforma Legislativa deste país (Recomendação 12), admite o uso razoável da força física com o objetivo de obrigar uma pessoa a submeter-se a uma investigação corporal, quando sua oposição não se fundamente em uma escusa razoável.

Nos Estados Unidos se permite o uso da força física em todos aqueles Estados em que esteja estabelecida a Base de Dados de ADN. Autoriza-se com caráter geral aos agentes prisionais e aos agentes da lei devidamente habilitados a recorrer ao uso da força razoável, tal como referido pela legislação, quando o indivíduo não quer se submeter à prova de ADN, não sendo os funcionários responsabilizados na esfera cível ou penal pelo uso da força dentro do nível razoável (Lei de 28 de maio de 1995, do Estado da Pensilvânia, a retenção de ADN de delinquentes sexuais e violentos, art. 307, “c”), podendo, no entanto, responder por eventual excesso.

Na Dinamarca, se pode utilizar de medidas coativas sempre que estejam previstas em uma disposição legal e se respeite o princípio da proporcionalidade. No Reino Unido se admite o uso da força física para a obtenção de amostras biológicas íntimas (pelos, salvo os pelos pubianos, salivas, unhas, restos encontrados embaixo da unha, saliva, etc.).

Na Alemanha, o Tribunal Supremo (*BGH*) considera lícitas as extrações de sangue e outras intervenções corporais, sem o consentimento do acusado ou de um não investigado, com a observância do princípio da proporcionalidade, e quando não se atinja a saúde, cumprindo alguns requisitos mínimos, a saber: que seja praticado por um médico e conforme as regras da medicina, já que o §81, c (I)

²⁰¹ MARÍN, Maria Ángeles Perez - El ADN como método de (...), p. 144.

StPO, permite o recurso a coação direta para realizar uma medida de intervenção corporal inclusive contra as pessoas não indiciadas quando estas possam ser consideradas testemunhas.

Desta forma, se observa que além da necessidade da previsão legal, a possibilidade de se permitir ou não o uso da força física para uma intervenção corporal decorre da leitura de cada constituição e da interpretação jurisprudencial retirada dos princípios fundamentais de cada nação. Pois mesmo que uma lei preveja tal situação, esta pode se coadunar ou não com a Lei Maior.

Constata-se que a obrigatoriedade em submeter o acusado à extração de perfil genético para fins probatórios não converge com a diretriz constitucional albergada no inciso LXVIII, do artigo 5º, da CFRB/88, que garante ao réu o direito de não produzir provas contra si mesmo. Pois a permissão de extração do material genético de forma compulsória seria temerária ao exercício do contraditório e da integridade física do cidadão.

A ampla defesa, o direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), a intimidade e a inviolabilidade do corpo são preponderantes. No sopesamento dos interesses em conflito, os do réu prevalecem sobre os do Estado. A rigor, o interesse no cumprimento das garantias processuais não é só do réu, mas de todo os cidadãos, pois ninguém está livre de ser investigado ou suspeito de um crime e, em sendo, pretende ver seus direitos assegurados. Nesse sentido, a ofensa a direitos fundamentais na persecução criminal não agride apenas a esfera individual, mas a coletiva. Dessa forma, a obtenção de material genético por meio invasivo torna a prova ilícita e, portanto, inadmissível no processo criminal, conforme a visão brasileira do problema²⁰².

Desta maneira, corroborando com este entendimento, coloca-se a posição dos professores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar²⁰³, que relatam:

Por força da edição da Lei n.º 12.654/2012, nos casos do art. 3º, IV, da Lei n.º 12.037/2009 (a identificação criminal é essencial às investigações), está autorizada a coleta de “material biológico para a obtenção do perfil genético”. A inovação deve ser lida à luz do princípio da vedação à autoincriminação, de maneira que, havendo recusa do capturado ou indiciado, não se poderá obrigá-lo ao fornecimento.

Concluindo o assunto, a Lei de Identificação do Perfil Genético impôs, em sede de execução penal, uma consequência automática aos condenados por crime doloso cometido, com emprego de violência de natureza grave contra a

²⁰² CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de - Prova Científica: Exame pericial do DNA, p. 99.

²⁰³ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues - Curso de Direito Processual Penal, p. 137.

pessoa ou por qualquer dos crimes hediondos, determinando que “serão submetidos obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor”. A alteração foi consignada no art. 9º-A, da Lei de Execução Penal (acrescido pela Lei n.º 12.654/2012). Entende-se que o dispositivo necessita de leitura à luz da Constituição, notadamente em razão do princípio da não autoincriminação em face de fatos futuros, bem como do direito de liberdade, de forma que: **(a)** o apenado não poderá sofrer ser objeto de técnicas invasivas sem o seu consentimento, ainda que indolores; **(b)** o perfil genético do apenado identificado não pode ser utilizado para investigações futuras, como uma espécie de prova pré-constituída, antes mesmo da prática de novo delito, toda vez que o apenado não tiver consentido o uso de técnicas invasivas; e **(c)** não há óbice ao recolhimento de material descartado pelo próprio apenado de forma voluntária ou involuntária, para fins de submissão ao exame de ADN para a identificação do perfil genético (objeto passivo de prova), a exemplo de vestes íntimas, saliva, esperma e outros resíduos descartados, hipóteses em que poderão servir para investigações futuras, desde que o acesso ao banco de dados, sigiloso por força de lei, seja autorizado pelo juiz²⁰⁴.

Deve-se destacar que ser obrigatório, e se realizar de maneira compulsória são expressões que se complementam, mas tem significados diferentes. Apesar de ser obrigatório (no caso do art. 9º-A, da LEP), não pode se realizar de maneira compulsória a identificação do perfil genético do condenado. Resta a pergunta, como solucionar tal problema? Tal questão será debatida no último item do trabalho, a título de sugestão de como resolver o citado dilema.

4.7. A problemática da pesquisa em massa.

Por fim, encerra-se o presente capítulo com uma explanação sobre a problemática da pesquisa em massa, método de investigação que ocorre principalmente nos países em que se admite a extração de material genético de forma coercitiva, ou até a inversão do ônus da prova no caso de negativa em consentir com a perícia de forma voluntária²⁰⁵.

²⁰⁴ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues - Curso de Direito Processual Penal, pp. 137-138.

²⁰⁵ Como visto, tal situação seria impensável no Brasil, já tendo ocorrido em países como Alemanha e Reino Unido.

Em relação a pesquisa em massa, tradução livre do inglês *mass screening*, esta consiste na realização do exame genético de um número indeterminado de pessoas. Tais pesquisas ocorrem quando a suspeita do cometimento de um crime recai sobre indivíduos que tem alguma relação com o local do delito, mas que não podem ser precisados. Como não se conhece o autor do crime, a proposta é promover exames genéticos em um número indefinido de pessoas de modo que a investigação possa excluir suspeitos na medida em que os testes são executados.

Etxeberria faz uma crítica às intervenções em massa ocorridas em alguns países como Grã-Bretanha, Alemanha e França. São intervenções corporais como exames de sangue para posterior análise de ADN, com o fim de identificar autores de delitos de grande repercussão social. Pessoas consideradas suspeitas são obrigadas a se submeter às medidas. Acrescenta o autor que as suspeitas são totalmente infundadas, baseadas em critérios insuficientes como, por exemplo, convocar a presença de moradores que residem próximo ao local do crime²⁰⁶.

O caso mais emblemático do uso dessa técnica de investigação foi realizado no ano de 1990, na Alemanha. O caso era referente a um homicídio de uma criança de 11 (onze) anos, e a resolução de tal crime só foi possível graças à análise genética realizada em 16.400 (dezesesseis mil e quatrocentas) pessoas. Contudo, a eficiência dessa técnica investigativa esbarra em problemas relacionados ao seu emprego abusivo e indiscriminado, bem como violações ao princípio da não culpabilidade pela inversão do ônus da prova²⁰⁷.

Preocupa o risco emergencialista de que a eventualidade do uso transforme as pesquisas em massa em uma medida permanente. É que a excepcionalidade desse procedimento poderia ser desvirtuada, o que colocaria esse tipo de busca como principal meio de investigação, mesmo quando não fossem esgotadas outras diligências. Isso potencializa o emprego indiscriminado do exame genético, investigando pessoas que não têm nenhum vínculo com o crime, o que é um abuso de poder que precisa ser repudiado.

A segunda questão é que as pesquisas em massa normalmente são baseadas na contribuição voluntária das pessoas, tal como ocorre nos Estados Unidos e Reino Unido. Esse detalhe, longe de prestigiar a autonomia pessoal para

²⁰⁶ ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco – Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba em el processo penal, p. 33.

²⁰⁷ SILVA, Emílio de Oliveira e - Identificação Genética para Fins Criminais (...), p. 151.

decidir sobre a realização do exame genético, torna-se um problema que diz respeito à inversão do ônus da prova. Isso ocorre, pois a voluntariedade transfigura-se em suspeita quando a pessoa não cede o material biológico, transformando-se o exercício da liberdade de escolha em admissão implícita de culpa.

Na Alemanha, as pesquisas em massa são admitidas, mas com especificidades que evitam o problema citado. O uso desta técnica investigativa é condicionado ao parágrafo 81, “c”, do Código de Processo Penal alemão, alterado pela Lei n.º 85, de 30/06/2009, que determina que outras pessoas, além do investigado, poderão ser examinadas geneticamente, mas na condição de testemunhas. Assim, o exame genético não é voluntário, mas sua obrigatoriedade se restringe às pessoas que possam dar uma contribuição efetiva para o esclarecimento do caso penal, a exemplo daqueles que estiveram com a vítima ou permaneceram no local do crime.

Por ser uma técnica excepcional de investigação que só se aplica a partir de um caso concreto, outro questionamento paira sobre a possibilidade de inserir nos bancos de dados os perfis genéticos obtidos com a pesquisa em massa. Na medida em que só é necessária a comparação entre o perfil genético dos suspeitos e do vestígio encontrado no local do crime, a inserção dessas informações nos bancos de dados é abusiva, a não ser que se queira fazer uso delas para outros fins investigativos.

Esses questionamentos apontam para a inadequação das pesquisas em massa ao modelo constitucional do processo penal. O emprego do exame genético deve ser uma medida excepcional na investigação criminal. O uso desmedido desse meio de prova fere princípios constitucionais, notadamente o princípio da não culpabilidade, isso porque a coleta massiva de amostras genéticas tem como base suposições abstratas que não apontam para nenhum investigado em concreto, mas para um número indeterminado de pessoas que, sabidamente, não tem envolvimento com o crime.

Na hipótese excepcional do uso do exame genético, não pode prevalecer o raciocínio de que na ausência de um suspeito, todos são investigados. Ao contrário, a investigação deve determinar os suspeitos de modo que a decisão judicial que defira a perícia seja perfeitamente individualizada e tenha como objetivo as particularidades da autoria ou participação de cada um dos

investigados, garantindo o devido processo legal. Admitir este tipo de procedimento parece aceitar uma total falência do Estado de Direito e das Convenções sobre a proteção dos direitos humanos.

5. JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA.

Após a análise dos principais aspectos dos regimes de perícias genéticas, importante identificar os principais contributos da experiência comparativas dos países onde a matéria é mais desenvolvida e debatida com vista a poder responder as questões tratadas no presente trabalho.

No âmbito da União Europeia, a identificação criminal por perfil genético encontra amplo respaldo legal, fulcro nas Decisões-Quadro 2008/615/JAI, 2008/616/JAI e 2008/977/JAI e na Diretiva 95/46/CE de 24 de Outubro de 1995. Ademais, importante frisar que a maioria dos países membros do Conselho da Europa permite a coleta compulsória de impressões digitais e amostras de ADN no contexto do processo penal. Os bancos de dados nacionais estão previstos na Áustria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Polónia, Espanha, Suécia e Suíça. A coleta e armazenamento de perfis de ADN de pessoas condenadas são permitidos, como regra geral, por períodos limitados de tempo, após a condenação²⁰⁸.

Não obstante as informações em comento, no direito comparado discute-se a constitucionalidade da medida, em especial, a respeito à compulsoriedade da extração do material genético para fins de identificação em confronto com o direito de intimidade do réu. No Brasil, como visto, a discussão também se baliza nesse ponto, principalmente, sob o enfoque da tutela do princípio *nemo tenetur se detegere*, situação em que ao acusado é dado o direito de permanecer em silêncio sem que haja obrigação de produzir provas que possam incriminá-lo.

É importante observar que o exame de ADN compulsório é adotado em Estados legalistas e do *common law*, representando importante instrumento para a melhor elucidação dos fatos no processo penal. Conquanto limite e restrinja alguns bens jurídicos dignos de tutela, não suprime ou ofende os direitos do acusado no processo, segundo o próprio relator da legislação brasileira n.º 12.654/12, da Comissão de Conciliação e Justiça (CCJ) ²⁰⁹.

²⁰⁸ MARTINS, Filipe - Lei 12.654/12: a identificação criminal (...), p.2.

²⁰⁹ MARTINS, Filipe - Lei 12.654/12: a identificação criminal (...), p.2.

A proposta do legislador brasileiro se assemelha ao Combined DNA Index System (CODIS), criado nos Estados Unidos da América (EUA), cuja finalidade está na realização de pesquisas com material genético recolhido dos infratores na cena do crime, de modo a reduzir o quantitativo de crimes de autoria desconhecida no país. Sobre o programa em comento, de acordo com as informações divulgadas pelo Federal Bureau of Investigation (FBI) no ano de 2012, a utilização de identificação por perfil genético auxiliou mais de 200 mil investigações, ratificando o alto grau de utilidade do mecanismo para fins persecutórios²¹⁰.

5.1. Aspectos Gerais.

Diante da análise de diversos julgados sobre temas relevantes ao trabalho em estudo pelos principais tribunais brasileiros, percebe-se a orientação predominante dos ministros responsáveis por ditar a orientação e interpretação constitucional na República Federativa brasileira. Desta forma, se torna imprescindível a análise da jurisprudência constitucional de outros países, sobretudo europeus, de onde grande parte dos princípios e legislações são importadas e incorporadas através do Poder Legislativo e do Poder Judiciário ao cotidiano nacional.

As Cortes Constitucionais são grandes intérpretes da Constituição de cada nação, com poder de concretização de seus valores a partir de sua interpretação, fazendo-a incidir na realidade. Dessa forma, ao lado a importância de se descobrir o que a Constituição diz sobre as intervenções corporais e sobre sua relação com os direitos fundamentais, é necessário perseguir o que os Tribunais Constitucionais, como intérpretes qualificados da Lei Fundamental, dizem a este respeito.

Conforme destacado, diversos países do velho continente e nos Estados Unidos da América autorizam a realização de intervenção corporal sem a necessidade de consentimento do investigado, necessitando, na maioria dos casos, de autorização da autoridade judiciária.

No direito alemão as intrusões corporais como categoria autônoma de meio de aquisição de prova é merecedora de dispositivos e tratamento

²¹⁰ CODIS—NDIS Statistics, Disponível em: <<http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/ndis-statistics>>.

independente, encontrando-se os conceitos de *körperliche Untersuchung* e *körperlicher Eingriffe* perfeitamente sedimentados na doutrina e jurisprudência. Já na Itália, foi empreendido pela doutrina e jurisprudência um esforço de tratamento sistematizado das medidas incidentes sobre a liberdade pessoal dos meios de prova ou meios de obtenção de prova já cristalizados que culminou no ano de 2009 com o aditamento de vários preceitos ao *CodPP* através da Lei n.º 85, de 30 de junho de 2009²¹¹.

Em relação à legislação portuguesa, esta não admite a recusa do investigado em cooperar, inclusive no que toca aos exames periciais, prevendo que o consentimento do indivíduo será suprido por determinação judicial quando existir negativa por parte do acusado. Neste sentido, o art. 172º, n.º 1, do Código de Processo Penal Português, que diz: “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”.

Na Espanha prevalece a política criminal denominada *La regla de la proporcionalidad de los sacrificios*, onde se aceita a realização de procedimentos contra a vontade do indivíduo em resguardo de um bem maior. A doutrina majoritária posiciona-se de forma contrária a esta política, sustentando que as provas obtidas a partir de exames realizados sem o consentimento do acusado são ilícitas. Por outro lado, a jurisprudência dos tribunais espanhóis, inclusive do Tribunal Constitucional da Espanha, entende pela licitude das aludidas provas²¹².

Pesquisando a matéria na América do Sul, em relação à prova genética, a Argentina através da Lei n.º. 26.549, de 2009, que incluiu o art. 218 - *bis*, no *Código Processual Penal*, disciplinou a obtenção de ADN do acusado na persecução criminal. De acordo com a normativa, o magistrado poderá ordenar a obtenção de ADN do imputado ou de outra pessoa quando for necessário para a sua identificação ou para a constatação de circunstâncias de importância para a investigação, devendo a medida ser devidamente fundamentada, observada a sua necessidade, razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de nulidade, para tanto, é permitida a mínima extração de mostras biológicas sem que provoque prejuízo à integridade física da pessoa que será submetida à medida, bem como sem que se afete seu pudor. Ainda, prevê a legislação que a autoridade judicial poderá ordenar

²¹¹ AGOSTINHO, Patrícia Naré - *Intrusões Corporais em Processo Penal*, p.37.

²¹² SABOIA, Brenda Chio - *Intervenção Corporal, Identificação Criminal via (...)*, p. 21.

a extração de ADN por outros meios que não a colheita de amostras corpóreas como a busca de objetos que contenham células desprendidas do corpo²¹³.

Visto um panorama geral a respeito da matéria, importante aprofundar em relação aos países onde o tema é mais amplamente desenvolvido.

5.2. Alemanha.

No direito alemão, se o acusado está sob o dever de tolerar certas atividades, a pretensão em investigar a verdade é claramente priorizada em detrimento do interesse em manter as informações sobre seu corpo e em evitar sua divulgação. E quanto mais grave o delito, menor valor se atribui à privacidade e a outros bens jurídicos. Isso vale inclusive para terceiros, que podem sujeitar-se a intervenções corporais mesmo contra a vontade²¹⁴.

No processo penal alemão o § 81, da *StPO*, prevê o “exame do arguido (*Beschuldigten*) para a constatação de fatos significativos para o processo. Com tal finalidade são admitidas, sem o consentimento do investigado, as provas de análise de sangue e outras intervenções corporais, efetuadas realizadas por um médico segundo as *legis artis* com finalidades de investigação, desde que não criem perigo para a saúde do investigado”²¹⁵.

Desta forma, o direito processual penal alemão não menciona a necessidade do consentimento do ofendido. A única ressalva que o direito alemão faz para a produção das provas invasivas é a necessária autorização judicial para sua produção. E que, somente em caso de perigo na demora, o Ministério Público poderá ordenar a produção da prova, a qual deve ser confirmada por um juiz nos três dias posteriores.

Assim, entende-se que o arguido é obrigado a fornecer a prova, independentemente de sua vontade, excepcionando o princípio do *nemo tenetur se detegere*, não importando em violação ao mesmo.

Claus Roxin, ao tratar do tema, afirma que a tolerância às intervenções corporais nestes casos é um “Limite legal” à garantia contra a autoincriminação forçada. O interesse de investigar a verdade prevalece sobre o interesse do

²¹³ RUIZ, Thiago - Escorço sobre a colheita compulsória de DNA do acusado, p. 14.

²¹⁴ ROXIN, Claus - Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch, p. 277.

²¹⁵ CÓDIGO PENAL ALEMÁN *StBG* CÓDIGO PROCESAL PENAL ALEMÁN *StPO*.

acusado em conservar qualquer informação sobre seu corpo em segredo e impedir o seu uso como prova²¹⁶.

A origem para a permissão da intervenção é o entendimento de que os direitos fundamentais não são absolutos e que, em certos casos, podem ser limitados no processo penal, tomando-se por base a dos bens jurídicos e o princípio da proporcionalidade²¹⁷.

O suspeito pode ser conduzido mediante uso da força física para o hospital, ou outro local adequado, onde se realize a colheita de material biológico para a identificação do perfil genético.

Importante dizer que a obrigação do sujeito passivo implica “tolerar passivamente a investigação”, mas não abrange a faculdade de lhe impor uma conduta ativa de cooperação na medida.

A intervenção corporal no corpo do investigado recebeu diversas críticas da doutrina alemã²¹⁸, que questionaram sua constitucionalidade, por violar princípios basilares como o da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, transformando o investigado em mero objeto do processo penal.

Claus Roxin²¹⁹ afirma que os § 163, “b”, e 163, “c”, do *StPO* são um novo fundamento geral de autorização para a identificação de pessoas em processo penal, após as alterações introduzidas pela Lei Antiterrorista. Os poderes contidos na § 81, “b”, do *StPO* são, pois, reforçados com a previsão do § 163, “b”, do mesmo *StPO* ao afirmar que os oficiais de polícia e a acusação pública podem tomar as medidas necessárias para estabelecer a identidade do suspeito ou tomar quaisquer outras medidas para fins de identificação.

A submissão a medidas que sirvam para a identificação do suspeito podem ser coativamente impostas, nos termos do § 81, “b”, do *StPO*, mas não obrigam à sua colaboração ativa, designadamente, não sendo admissível gravar secretamente a voz do suspeito para a comparar em reconhecimento de voz, por se entender que o suspeito estaria a contribuir para a prova da sua culpa contra vontade, em violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Entre as pesquisas que tem como objeto o corpo do investigado distinguem-se as investigações corporais (*körperliche Untersuchung*) que não

²¹⁶ ROXIN, Claus - Passado, Presente y Futuro Del Derecho Processual Penal, p. 100.

²¹⁷ MATOS, Fábio Correa de - Provas invasivas e a análise pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, p. 04.

²¹⁸ Tendo como referência a doutrina de Gabriele Wolfslast e Bruno Sautter.

²¹⁹ ROXIN, Claus - Derecho Procesal Penal, pp. 284-293.

afetam a substância corporal, sendo indolores e inofensivas à saúde, como um eletrocardiograma ou um eletroencefalograma; e as intervenções corporais (*körperlicher Eingriffe*), como a extração de amostra de sangue, punção lombar ou a administração de medicamentos para levar a expulsão de substâncias entorpecentes, se enquadram nas hipóteses em que pode haver risco para a integridade física do investigado e devem ser realizadas em um estabelecimento adequado por um médico²²⁰.

As diligências previstas no § 81, “a”, da *StPO*, visam a constatação de fatos significativos para o processo, ou seja, todos os que respeitem, mesmo que de forma indireta, à prova do crime e do seu autor²²¹.

A execução coercitiva de intervenções corporais no processo penal alemão é ordenada pelo juiz, podendo o Ministério Público, nos casos de urgência, ordenar a sua execução. No entanto, o fato do § 81, “a”, prever a realização de intrusões corporais significa unicamente, na perspectiva de parte da doutrina alemã, autorização de intrusão da integridade física, não permitindo tal preceito, porém, a agressão a outros direitos constitucionalmente protegidos, como a autodeterminação informacional (*informationelle Selbstbestimmung*), cuja sedimentação e afirmação como um “novo bem de proteção do direito geral da personalidade” ocorreu no ano de 1983, como a Denominada *Decisão do Censos* do Tribunal Constitucional Federal Alemão²²².

Assim até 1997, e na ausência de regulamentação expressa, discutia-se na doutrina alemã se o § 81, “a”, constituía habilitação legal suficiente para a realização de análise de ADN e comparação de perfis genéticos. Questão essa que, da parte da jurisprudência, quer do *BGH*, quer do *BverfG*, eram consensuais no sentido de que tais análises encontravam sustento na *StPO*, designadamente no § 81, “a”²²³. Com a aprovação da *Strafverfahrensänderungsgesetz dna-analyse (genetischer Fingerabdruck)*, de 17 de março de 1997 foram aditados os §§ 81, “e”, e 81, “f”, à *StPO*, pondo-se assim fim a discussão quanto a este assunto.

²²⁰ AGOSTINHO, Patrícia Naré - Intrusões Corporais em Processo Penal, p. 38.

²²¹ KRAUSE, Daniel M. - Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Grosskommentar, p. 129, *apud* AGOSTINHO, Patrícia Naré - Intrusões Corporais em Processo Penal, p. 39.

²²² AGOSTINHO, Patrícia Naré - Intrusões Corporais em Processo Penal, pp. 41-42.

²²³ Neste sentido as decisões do *BGH* de 21 de agosto de 1990 - 5StR 145/90 (*BGHSt* 37, 157); 12 de Agosto de 1992 - 5StR 239/92 (*BGHSt* 38, 320); 25 de abril de 1991 - 4StR 582/90 (*NStZ*, 1991, 399) e do *BverfG* de 18 de Setembro de 1995 - 2BvR 103/92 (*NStZ* 1996, 45) e de 02 de Agosto de 1996 - 2 BvR 1511/96 (*NStZ* 1996, 606).

§ 81, “e”, *StPO*: Com o material obtido com recurso às normas do § 81, “a”, (1) podem ser levadas a cabo análises genético-moleculares, sempre que estas sejam necessárias para determinar a filiação ou se os vestígios materiais provêm do arguido ou da vítima. As mesmas análises serão admissíveis com as mesmas finalidades sobre o material obtido nos termos do § 81, “c”. Investigações sobre fatos diversos dos referidos na primeira frase não podem ser efetuadas; as análises assim efetuadas serão inadmissíveis. (2) As análises admissíveis nos termos da seção (1) podem ainda ter por objeto os vestígios encontrados ou apreendidos. A terceira frase da seção (1) e o § 81, “a”, (3) primeira parte da primeira frase, são aplicáveis *mutatis mutandis*.

Por sua vez, o § 81, “f”, determina que as análises genético-moleculares mencionadas no § 81, “e”, só podem ser ordenadas pelo Juiz, se assemelhando ao entendimento português.

O § 81, “a”, também era invocado como base legal para a prática de realização de teste genéticos massivos, testes estes que acabaram por ser permitidas com a introdução na *StPO* do § 81, “h”, através da *Gesetz zur Novellierung der forensischen DNA-Analyse* de 12 de Agosto de 2005, nos termos do qual, nos casos de crimes contra a vida, a liberdade pessoal ou a liberdade e autodeterminação sexual, pode ser efetuada a recolha de amostras biológicas de “pessoas que tenham a determinadas características que se presumam semelhantes às do autor” com o fim de determinar o seu perfil genético para posterior comparação e averiguar “se os vestígios provêm de tais pessoas” desde que “a medida seja proporcional à gravidade do crime, particularmente em face do número de pessoas afetadas” e nisso os visados consentam (§ 81, “h”)²²⁴.

Podem assim ser realizados testes massivos de ADN, ao abrigo do § 81, “h”, da *StPO*, sobre grupo de pessoas de determinadas características físicas ou que pertençam a um determinado grupo, mas sobre as quais não recaia qualquer suspeita inicial. Embora o § 81, “h”, da *StPO*, se refira a uma participação voluntária, Claus Roxin²²⁵ diz: “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 pode livrar-se destas medidas”.

Desta forma, as diligências probatórias previstas no § 81, “a”, designadamente as *körperliche Untersuchung*, distinguem-se das *Körperliche Durchsuchung* do § 102, desde logo, quanto à finalidade que é prosseguida. As *körperliche Untersuchung* previstas no § 81, “a”, têm por finalidade inspecionar partes normalmente ocultas, com recurso ao sentido da visão, a fim de detectar

²²⁴ AGOSTINHO, Patrícia Naré - *Intrusões Corporais em Processo Penal*, p. 44.

²²⁵ ROXIN, Claus - *Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão*, p. 393.

características corporais específicas ou vestígios de crime. A revista do § 102, por sua vez, tem por escopo encontrar meios de prova ou a apreensão de objetos que estão ocultos sob sua roupa, na superfície corporal ou nos orifícios naturais do corpo (boca, vagina, ânus) ²²⁶.

No entanto, e porque estão excluídas do âmbito do § 102, as hipóteses em que possa existir risco a integridade física, a inspeção do interior do corpo, mediante, por exemplo, Raios-X, não está aqui incluída, encontrando-se, ao invés regulada no § 81, “a”, da *StPO*²²⁷.

Em qualquer Estado de Direito, a lei processual penal deve ponderar os interesses do arguido e a procura da verdade material. Aponta o ordenamento jurídico alemão como um exemplo de tensão entre estas duas realidades. Roxin chama a atenção para o distanciamento que existe entre a jurisprudência e o legislativo alemão. Enquanto o primeiro atribui proteção cada vez maior ao arguido, o segundo tem consagrado novas medidas que contendem com os direitos de personalidade do investigado²²⁸.

Por fim, e concluindo sobre a doutrina e jurisprudência alemã, o acusado não tem o direito de se recusar a colaborar com a investigação, devendo cooperar, sob pena de execução forçada. No ponto, o interesse de investigar a verdade prevalece sobre o interesse do acusado em conservar qualquer informação sobre seu corpo em segredo e impedir seu uso como prova. A justificativa para o consentimento da intervenção forçada é o entendimento alemão de que os direitos fundamentais não são absolutos, e que, em certos casos, podem ser limitados no processo penal, tomando-se por base a ponderação dos bens jurídicos e o princípio da proporcionalidade²²⁹.

5.3. Itália.

Na Itália delinea-se a distinção entre medidas incidentes e não incidentes sobre a liberdade pessoal do investigado. A este propósito, e de acordo com o acórdão da *Corte Costituzionale* n.º 30, de 27 de Março de 1962, a distinção baseia-se nas diferenças entre diligências respeitantes ao aspecto exterior da pessoa e diligências que se concretizam num exame pessoal: as primeiras não

²²⁶ GÖSSEL, Karl Heinz - As proibições de prova no direito processual penal da República Federal Alemã, p. 130.

²²⁷ AGOSTINHO, Patrícia Naré - Intrusões Corporais em Processo Penal, p. 45.

²²⁸ ROXIN, Claus - Passado, Presente y Futuro Del Derecho Processual Penal, p. 87.

²²⁹ ROXIN, Claus - Passado, Presente y Futuro Del (...), p. 100.

comportam nenhuma restrição da liberdade pessoal (por exemplo, a recolha de impressões digitais ou diligências sobre as partes do corpo normalmente expostas à vista); as segundas são diligências susceptíveis de incidir sobre a liberdade física ou moral do cidadão (como a extração de sangue, perícia psiquiátrica e diligências sobre partes internas ou normalmente não expostas do corpo). Entre estas últimas medidas – também ditas *intracorporais* – devem-se ainda discernir entre as que são invasivas e as que não comportam qualquer invasão corporal, apesar de restringirem a liberdade pessoal do investigado²³⁰.

Após quase uma década de hiato legislativo provocado pela decisão n.º 238, de 1996, da *Corte Costituzionale*, que declarou a inconstitucionalidade do art. 224º, do *CodPP*, na parte que consentia ao magistrado ordenar coercitivamente a submissão a uma perícia idônea a incidir sobre a liberdade pessoal do investigado, sem previsão expressa dos casos e modo de tal atividade, a Lei n.º 85, de 30 de Junho de 2009, veio preencher o vazio legal, instituindo a Base de dados nacional de ADN e simultaneamente alterando o *CodPP*, com a introdução dos artigos 224º - *bis* e 359º - *bis*, regulando as hipóteses em que no decurso de uma perícia é necessária a prática de atos que incidam sobre a liberdade pessoal.

Antes da legislação de 2009, a jurisprudência italiana possuía duas situações problemáticas: a extração e utilização de material biológico com vista à identificação e comparação de perfis genéticos; e a realização de radiografias para apurar se determinada pessoa oculta no seu corpo substâncias entorpecente, temas estes que interessam ao presente estudo.

Quanto à extração de material biológico a jurisprudência italiana optou pelo enquadramento nos meios de obtenção de prova, recorrendo ao regime de revistas (*perquisizioni personale*) para legitimar a prática da sua obtenção sem o consentimento do investigado.

No que tange à realização de radiografias, a jurisprudência, excluindo esta diligência do âmbito das perícias, recorreu ao regime dos exames (*ispezioni*) ou das revistas (*perquisizioni personale*) para legitimar tal prática.

Para Paola Felicioni²³¹, o exame pessoal não pode ultrapassar a barreira física do indivíduo, pois, “a incidência da diligência sobre a liberdade pessoal caracteriza-se não pelo seu carácter temporário ou pelo grau ligeiro da

²³⁰ AGOSTINHO, Patrícia Naré - Intrusões Corporais em Processo Penal, p. 46.

²³¹ FELICIONI, Paola - Accertamenti sulla persona e processo penale, p. 99, *apud* AGOSTINHO, Patrícia Naré - Intrusões Corporais em Processo Penal, pp. 49-50.

eventual coerção na sua execução, mas sim pela sua invasividade”, ou seja, pela susceptibilidade de o procedimento em causa “envolver uma modificação patológica ou genética da estrutura biológica examinada”. Por outro lado, sustenta a autora que a posição seguida pela jurisprudência não atende às diferenças que intercedem entre as perícias, os exames e as revistas, e entre estes dois últimos meios de obtenção de prova.

Assim, discorda a autora da extensão do conceito de exame efetuado a fim de abranger não só, como tradicionalmente era entendida, a inspeção externa do corpo da pessoa, mas também “o exame que comporta a intromissão de instrumentos ou radiações no interior do organismo”. Por fim, relativamente à distinção entre exame e revista, argumenta que a revista “só pode ser levada a cabo manualmente; uma eventual atividade de observação anterior à procura manual é *ispezione*. Também se o eventual uso de instrumentos médicos é funcional à observação e ao diagnóstico trata-se de um exame. Se, no entanto, a pesquisa é levada a cabo através de técnicas invasivas que consentem a superação da barreira física corpórea, não é mais possível falar de exame” ²³².

Para resolver os dilemas doutrinários e jurisprudências que existiam à época na Itália, foi editada, como já citado, a Lei n.º 85, de 30 de Junho de 2009, que é fruto da fusão de dois projetos que tinham objetivos distintos: um que visava colmatar a lacuna criada pelo acórdão n.º 238, de 09 de julho de 1996, especialmente destinado a regular a extração coativa de amostras biológicas em processo penal; outro que tinha por fim a instituição de uma Base de Dados nacional de ADN. Para alcançar o primeiro objetivo a Lei n.º 85 procedeu à introdução do *CodPP* dos artigos 224º - *bis* e 359 - *bis*, regulando as hipóteses em que no decurso de uma perícia é necessária a prática de atos que incidam sobre a liberdade pessoal.

Merecem especial atenção os artigos 189º, 190º e 220º a 233º, do *Codice Procedura Penale*. O art. 188º proclama a liberdade moral da pessoa ao nível da produção da prova, de tal modo que se refere que não podem ser utilizados, ainda que com o consentimento da pessoa interessada, método ou técnica capaz de influir na liberdade de autodeterminação ou provocar alterações na capacidade de memória e de avaliar o fato²³³.

²³² AGOSTINHO, Patrícia Naré - Intrusões Corporais em Processo Penal, p. 50.

²³³ RODRIGUES, Benjamim Silva - Da Prova Penal, Tomo I (...), pp. 682-683.

A extração de amostras biológicas, bem como de outros *accertamenti Medici*, nos casos de falta de consentimento do investigado, estão regulados nos artigos 224º -bis, e 359º -bis do *CodPP*, no âmbito do regime das perícias em sentido lato, encerrando à questão sobre se os *accertamenti biologici* deviam se enquadrar no regime das perícias, exames ou revista. O art. 359º - bis, utiliza a técnica do reenvio para o art. 224º - bis, quanto aos seus pressupostos e limites. Assim, a especificidade desta norma prende-se com a competência atribuída ao Ministério Público nos casos de urgência²³⁴.

Nos termos do art. 224º - bis, são qualificados como “atos idôneos a incidir sobre a liberdade pessoal” a obtenção de cabelos, pelos ou a zaragatoa bucal sobre pessoas vivas com o fim de determinação do perfil genético e as investigações médicas (*accertamenti medici*). Tais atos podem ser levados a cabo quando esteja em causa um crime doloso, consumado ou tentado, punível com pena de prisão perpétua (*ergastolo*) ou pena de prisão superior, no máximo, a 03 anos e nos outros casos expressamente previstos na lei, caso a sua execução seja absolutamente indispensável para a prova dos fatos (art. 224º - bis, n.º 1).

As medidas a executar não podem provocar “perigo para a vida, integridade física ou a saúde da pessoa ou do nascituro”, nem provocar sofrimento que, de acordo com os parâmetros da ciência médica, seja de grau elevado (art. 224º - bis, n.º 4) e devem respeitar a dignidade e o pudor de quem a elas se submeter e, em qualquer caso, devem ser executadas através da técnica menos invasiva (art. 224º - bis, n.º 5).

Importante observação sobre a legislação italiana é que a Lei n.º 85/2009, que instituiu a Base de dados de ADN não regula a recolha de amostras para fins de investigação criminal, mas somente a inserção dos perfis genéticos das amostras recolhidas no decurso de um concreto processo penal.

Concluindo, a execução coercitiva da extração de amostras biológicas ou de investigações médicas é determinada, de ofício ou por requerimento, pelo juiz na fase de julgamento, mas no decurso do inquérito deve ser requerido pelas partes, não podendo o magistrado ordenar a sua execução de ofício. Não obstante, nos casos de urgência, quando exista motivo fundamentado de que a demora possa provocar um grave, ou até irreparável prejuízo para a investigação de um crime, pode o Ministério Público ordenar a sua execução, desde que comunique a

²³⁴ AGOSTINHO, Patrícia Naré - Intrusões Corporais em Processo Penal, pp. 51-52.

realização da diligência no prazo de 48 horas ao *giudice per Le indagine preliminare* e por este será apreciada para a validação da diligência no mesmo prazo (artigo 359º - bis, n.º 2) ²³⁵.

5.4. Espanha.

A Espanha não foi insensível aos desenvolvimentos da ciência genética, sobretudo a partir do momento em que se descobriram as enormes potencialidades da “huella genética” ou impressão genética. A sua utilização no esclarecimento de fatos criminosos implicou uma revolução no âmbito da biologia forense e na investigação da autoria do delito. Trata-se de um meio probatório de especial importância e com um grande grau de fiabilidade incomparável ao proporcionado com outros meios de prova, como a prova testemunhal. Os avanços científicos vieram projetar-se ao nível dos diversos problemas jurídicos envolvendo tal meio de prova. A favor do incremento de seu uso, acrescentou-se igualmente o fato de se tratar de um meio de prova cujos elementos biológicos de análise são de fácil obtenção, ao que acresce os cada vez maiores e mais fiáveis resultados²³⁶.

Na Espanha, como já dito, prevalece a política criminal denominada *La Regla de la Proporcionalidad de los Sacrificios*, na qual se aceita a realização de procedimentos contra a vontade do indivíduo em resguardo de um valor maior, entendendo que em nome de um bem maior é necessário permitir a existência de regras que permitam a invasão de privacidade de tamanha monta.

A jurisprudência espanhola, até a Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 207/1996, não teve dificuldades em afirmar a existência de cobertura legal de diversas intervenções corporais.

O Tribunal Constitucional espanhol, por meio da sentença n.º 103/85, ao analisar o tema da obrigatoriedade de submissão o testes de alcoolemia, afirmou que a realização dos mesmos não configura uma declaração ou incriminação, pois não se obriga o examinado a emitir uma declaração que externar o conteúdo admitindo a sua culpa, mas apenas a tolerar que sobre ele recaia uma especial modalidade de perícia.

²³⁵ AGOSTINHO, Patrícia Naré - Intrusões Corporais em Processo Penal, p. 53.

²³⁶ RODRIGUES, Benjamim Silva – Da Prova Penal, Tomo I (...), pp. 636-637.

Ainda, à jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha reconhece à possibilidade de submissão à realização do exame pericial, mas nega a possibilidade do uso de força física, conforme o STC espanhol no acórdão n.º 37/1989: “Em ningún caso pueden practicarse investigaciones mediante el empleo de la fuerza física, que seria (...) degradante e incompatible com la prohibición contenida em el art. 15, da CE”.

Em sentido semelhante, os acórdãos do SSTC 107/1985 e 161/1997 e o acórdão do ATC 61/1983.

Ademais, parte da doutrina espanhola sinalizou, após a legislação de 2003, que deu nova redação aos artigos 326, III, e 363, II, da LECrim (Espanha), que não tendo a lei deliberado expressamente sobre o emprego da força física, a coerção só poderia ser indireta, não sendo possível a *vis compulsiva*. Estaria o emprego de força física submetida a reserva legal explícita. Existe, contudo, na Espanha, doutrina no sentido de que, com o advento legislativo de 2003, citado, seria possível o emprego de força física²³⁷.

Ocorre que com o advento da Ley Orgánica 10/2007, de 08 de outubro, a Espanha passou a ter um novo enquadramento jurídico em matéria de base de dados policiais sobre identificadores obtidos a partir do ADN. De fato, no ano de 2003, através do disposto na Disposição Final Primeira da Lei Orgânica n.º 15/2003, de 25 de Novembro, o legislador espanhol tinha procedido à alteração do Código Penal e do Código de Processo Penal que, até então, não tinham quaisquer normas possibilitadoras de tal investigação criminal. A nova redação, dada aos artigos 326º, e 363º, da Ley de Enjuiciamiento Criminal, constitui, essencialmente, a regulação da possibilidade de obter o ADN a partir de amostras provenientes de provas obtidas no lugar do crime ou extraídas de suspeitos, de maneira que estes perfis de ADN possam ser incorporados numa base de dados para o seu emprego nessa concreta investigação. Todavia, tal reforma não contemplou outros aspectos importantes, tais como a possibilidade de criar uma base de dados nas quais, de maneira centralizada e integral, se armazenasse o conjunto dos perfis de ADN obtidos, com vista a que pudessem ser utilizados, posteriormente, em

²³⁷ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro - Intervenções Corporais no Processo Penal (...), pp. 66-67.

investigações distintas e futuras, inclusive sem o consentimento expresso do titular dos dados²³⁸.

A Ley Orgánica n.º 10/2007 incorporou uma novidade, que possibilita que para determinados crimes de especial gravidade e repercussão social, os resultados obtidos a partir das análises de amostras biológicas do suspeito, detido ou arguido, sejam inscritos e conservados na base de dados policiais, com vista a que se possam ser utilizados nessa concreta investigação ou noutras que se sigam pela comissão de algum dos crimes pelos que a própria lei permite a inscrição de perfis de ADN na base de dados.

A legislação espanhola trata do tema nos artigos 326, 363²³⁹ e 778.3 da Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) e na LO 10/2017.

Focando em relação ao tema central do estudo, importante destacar o disposto na Disposição Adicional Terceira, sobre a obtenção de amostras biológicas, que diz: Para a investigação dos crimes enumerados na letra "a", do parágrafo 1º, do artigo 3º, a polícia judiciária procederá a recolha de amostras e fluídos do suspeito, detido ou arguido, assim como do lugar do crime. A recolha de amostras que requeira inspeções, reconhecimentos ou intervenções corporais, sem consentimento do lesado, carecerá, todavia de autorização judicial mediante auto fundamentado, de acordo com o disposto na Lei Processual Penal.

Assim, a legislação espanhola, alinhada ao Tratado de Prum prevê, expressamente, a possibilidade da obtenção e do armazenamento de amostras de ADN de suspeitos da prática de ilícitos.

5.5. Reino Unido.

O perfil de ADN como hoje se conhece foi desenvolvido graças a dois avanços independentes em biologia molecular que ocorreram ao mesmo tempo em diferentes lados do Atlântico. Nos EUA, a reação em cadeia da polimerase (PCR) foi inventada por Kary Mullis, enquanto que no Reino Unido a "fingerprinting de DNA" estava sendo pesquisada pelo professor Sir Alec Jeffreys, da Universidade de Leicester.

²³⁸ RODRIGUES, Benjamim Silva – Da Prova Penal, Tomo I (...), p. 648-649.

²³⁹ Art. 363, LECrim: A obtenção da amostra e sua análise ocorrerá desde que: prova absolutamente indispensável para a investigação; ocorram fundadas razões que a justifiquem; exista decisão fundada do juiz da instrução que poderá determinar os atos de inspeção, reconhecimento e intervenção corporal; que sejam adequados aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

O primeiro método de utilização da análise de ADN para identificar pessoas foi desenvolvido, desta forma, em meados da década de 1980 por Sir Alec Jeffreys, da Universidade de Leicester e, apesar do seu enorme potencial, a época restava sérias reservas quanto ao seu uso real, tendo em vista que no início havia dúvidas acerca de sua reprodutibilidade e a confiabilidade do método.

Atualmente, a perícia de ADN em processos criminais já é uma realidade em quase todo o mundo, e dentre os primeiros registros de adoção do exame no âmbito criminal encontra-se o “Caso Colin Pitchfork”. Tal caso foi à primeira condenação por homicídio baseada em provas de perfis de ADN (houve uma anterior condenação por estupro com base nesse tipo de evidência²⁴⁰).

O caso ocorrido na Inglaterra recorreu à técnica do ADN, onde a recolha do material biológico coletado (no caso específico, sêmen) de duas vítimas de estupro e homicídio pôde ser confrontado com o perfil genético de um suspeito. Graças à perícia de ADN pode-se confirmar a autoria dos crimes perpetrados em dois vilarejos de Leicester, culminando com a condenação e prisão do autor dos crimes.

Em relação ao caso, tem-se que depois de desaparecer, Lynda Mann, uma estudante de 15 anos, foi estuprada e assassinada dentro do hospital psiquiátrico Carlton Hayes em Narborough, Leicestershire, em novembro de 1983. O exame forense da amostra de sêmen mostrou que era um tipo encontrado apenas em 10% dos homens, e era de alguém com sangue tipo A. No entanto, a polícia não encontrou um suspeito.

Em 1986, outra aluna de 15 anos, Dawn Ashworth, foi sexualmente assaltada e estrangulada na aldeia vizinha de Enderby, e as amostras de sêmen mostraram o mesmo tipo de sangue.

Richard Buckland, um jovem local de 17 anos com dificuldades de aprendizagem que trabalhava no hospital psiquiátrico de Carlton Hayes, foi visto perto da cena de assassinato de Dawn Ashworth e sabia detalhes inéditos sobre o corpo. Em 1986, confessou o assassinato de Dawn Ashworth, mas não o de Lynda Mann.

Usando a técnica de exame de ADN, os cientistas compararam as amostras de sêmen com uma amostra de sangue de Richard Buckland. Isso provou

²⁴⁰ Na corte Norte Americana existiu decisão precursora no caso Estado da Flórida v. Andrews no ano de 1986, sendo identificado o invasor de vinte residências, donde a invasão culminava com o estupro das vítimas.

que ambas as meninas foram assassinadas pelo mesmo homem, e também provou que este homem não era Richard Buckland - a primeira pessoa a ser inocentada usando ADN.

Em 1987, na primeira pesquisa de ADN em massa, a polícia de Leicestershire e o FSS (Serviço de Ciências Forenses) empreenderam então um projeto onde quatro mil homens de 17 a 34 anos que moravam nas vilas de Enderby, Narborough e Littlethorpe e não tinham álibi para os homicídios foram solicitados a oferecer amostras do sangue ou da saliva. Isso levou cerca de seis meses, e teve uma taxa de adesão de 98%, mas não foram encontradas correspondências para as amostras de sêmen.

As autoridades então expandiram a procura para os homens com um álibi, mas mesmo assim, ainda não encontraram o responsável pelos crimes de homicídio.

Em agosto de 1987, uma mulher ouviu um colega, Ian Kelly, vangloriando-se de que ele tinha dado uma amostra posando como um amigo seu, Colin Pitchfork. Este persuadiu Kelly a fazer o teste, já que ele alegou que já havia dado uma amostra para um amigo que tinha uma convicção intermitente. A polícia prendeu Colin Pitchfork em setembro de 1987, e os peritos descobriram que seu perfil de ADN combinava com o do assassino.

Pitchfork se declarou culpado dos dois estupros e homicídios. Em janeiro de 1988, Colin Pitchfork foi sentenciado à prisão perpétua pelos assassinatos e foi informado de que devia cumprir um mínimo de 30 anos, sendo este um clássico exemplo da aplicação prática do exame genético.

Em relação ao tema pesquisa em massa, tal assunto foi abordado em tópico específico. Já no caso em tela, se a garantia a não autoincriminação e a possibilidade de recusa de se submeter aos testes tivesse ocorrido, provavelmente não se teria alcançado a verdade material dos fatos.

O Reino Unido apresenta um sistema peculiar que se diferencia dos demais sistemas Europeus sobre a análise de perfis de ADN. Em 1984 foi criada a legislação *Police and Criminal Evidence Act*, norma que em 1988 adaptou o *Human Rights Acts*, e em 1991 e 1994 sofreu alterações, através do *Criminal Justice and Public Order Act*. Todas estas mudanças tiveram como objetivo priorizar a proteção dos direitos fundamentais das pessoas, com pressão da comunidade europeia para mudanças neste sentido. No entanto, mesmo com as reformas legislativas, o Reino

Unido continua como um dos países europeus em que mais existe liberdade de atuação para as forças policiais no âmbito criminal.

A legislação inglesa autoriza à polícia recolher material biológico de um suspeito da prática de infração penal punida com pena de prisão, independente de seu consentimento. O critério utilizado para a realização da extração coercitiva de material biológico funda-se em mero suspeitar ou acreditar, inclusive sendo realizado pela própria polícia, sem a necessidade de um mandado judicial, ainda que de modo coativo. Desta forma, o Reino Unido com a excessiva liberdade para atuação nas situações de identificação genética constituiu um ficheiro considerável, sem paralelo na Europa.

A legislação *Police and Criminal Evidence Act*, detalha as normas referentes à produção de provas invasivas e não invasivas. As invasivas são denominadas *intimate samples*, estas provas incidem sobre a esfera íntima do arguido, como por exemplo, a coleta de sangue. As provas não invasivas recebem o nome de *other samples* ou *non intimate samples*, e são os outros tipos de provas que possuem caráter externo ou superficial, como por exemplo, a coleta de fios de cabelo²⁴¹.

Para que ocorra a realização de provas invasivas é necessário que estas sejam determinadas por oficial de polícia (e não por magistrado) sendo exigido o consentimento do acusado, por escrito, para a sua produção. Ademais, somente serão realizadas se houver gravidade no crime cometido e restar demonstrada a importância na produção da prova para o caso concreto. As provas não invasivas para serem produzidas não precisam da autorização do arguido, entretanto, somente será produzido se existir gravidade no crime e importância na sua produção para o caso.

A coleta de saliva e células da boca é permitida quando se tratar de crimes menos grave, e vem sendo empregada como um procedimento padrão de identificação, em conjunto com a identificação datiloscópica, alimentando o banco de dados de material genético, independente de consentimento.

Registre-se que diversamente da maioria dos países europeus, o Reino Unido pratica a análise e o armazenamento do ADN com a integralidade das informações, não se preocupando em separar o material codificante do não

²⁴¹ MATOS, Fábio Correa de – Provas invasivas e a análise pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, p. 08.

codificante. Tal prática reputa-se como contrária ao princípio da ponderação dos bens jurídicos, constituindo-se em violenta e desarrazoada ingerência estatal na esfera da intimidade e da vida privada, relativizando além do limite aceitável a limitação a estes direitos fundamentais²⁴².

Assim, a legislação é bastante permissiva no Reino Unido quanto à constituição de bases de dados genéticos e a recolha de vestígios a indivíduos implicados em crimes, mesmo não violentos. Este procedimento surgiu na sequência da análise de amplas estatísticas demonstrativas de que a grande maioria dos indivíduos que cometem crimes graves tinham praticado, anteriormente, ofensas menores. Assim, um dos objetivos da criação da base de dados assentou no seu poder dissuasivo, uma vez que um potencial violador reincidente sabendo que o seu perfil genético ficava registrado, já quando da primeira violação, desistiria da prática de mais crimes²⁴³.

O Reino Unido adotou um programa de expansão de suas bases de dados de perfis de ADN iniciada em 2001. Em 27 de Março de 2003, surgiu uma proposta governamental no sentido do registro de dados genéticos de suspeitos, no simples estágio da sua interpelação, e cujas impressões digitais podem igualmente ser recolhidas e registradas, com fins de detecção de crimes e delitos futuros. Qualquer pessoa detida, seja qual for o crime cometido ou suspeito, viu seus dados digitais e genéticos registrados com vista, principalmente, a evitar que certas pessoas sejam liberadas sob falsa identidade, que inocentes permaneçam detidos além do necessário, que presos coloquem em risco outros presos ou policiais, e de uma forma geral realizar um uso extensivo desta nova técnica econômica em relação ao tempo necessário²⁴⁴.

O grande número de pessoas inocentes com dados recolhidos e introduzidos na base de dados, indiciadas por crimes os quais não justificam o uso da prova biológica, além da ínfima porcentagem de casos por meio de perfis de ADN resolvidos acabou por gerar desconfiança da população quanto a tal método de investigação criminal, especialmente pelo exacerbado número de dados genéticos de pessoas inocentes²⁴⁵.

²⁴² MATOS, Fábio Correa de – Provas invasivas e a análise pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, p. 08.

²⁴³ PINHEIRO, Maria de Fátima - Contribuição do Estudo do DNA na Resolução de Casos Criminais, pp. 148-149.

²⁴⁴ RODRIGUES, Benjamim Silva – Da Prova Penal, Tomo I (...), pp. 680-681.

²⁴⁵ Vide item 7.4.

Em relação à colheita de amostras a indivíduos suspeitos, a legislação inglesa apenas considera amostras íntimas as amostras cuja colheita é susceptível de violar a integridade física de um indivíduo, como o sangue; já a saliva e as raízes de cabelos são consideradas não íntimas e, por isso, podem ser colhidas sem permissão e, se for necessário, utilizando a força.

Nesta perspectiva foram necessárias algumas reformas legislativas, com o intuito inclusive de se adequar a norma ao art. 8º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que trata sobre a privacidade do cidadão. Desta forma, foi criado em 2001 pelo parlamento britânico o *Protection of Freedom Bill*, que trouxe alterações determinando a imediata destruição das amostras de perfis de ADN das pessoas reconhecidas como inocentes, bem como traçando diretrizes para o recolhimento e a manutenção de dados genéticos²⁴⁶.

No entanto, mesmo com as reformas legislativas, o Reino Unido continua sendo o local onde mais se tem liberdade para atuar nos casos de identificação genética, desrespeitando por muitas vezes os direitos fundamentais, e permite que as forças policiais colem amostras biológicas de forma coativa independente de mandado judicial.

²⁴⁶ ALVES, Paulo Vitor de Queirós – A Colheita de Material Biológico do Arguido Contra a Sua Vontade no Processo Penal, p. 43-44.

6. A LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS PORTUGUESES.

Importante dar destaque a legislação e jurisprudência portuguesa, em especial os acórdãos do Tribunal Constitucional que debateram mais especificamente sobre o tema, o que auxiliará na resposta a questão ocorrida no Brasil, onde não existe julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Dentre as diligências probatórias previstas no ordenamento positivo português que abrangem medidas incidentes sobre o corpo, se sobressaem os exames e as revistas, cujo regime se encontra regulamentados nos artigos 154º, e seguintes; 171º, e seguintes; e 174º, do CPP (Código de Processo Penal) português. A estas diligências previstas no Código português se acrescentam ainda as seguintes autorizações e imposições legais em matéria de intrusões corporais, como: a) colheita de sangue ou de urina para a determinação do estado de tóxico dependência do investigado (art. 52º, do DL n.º 15/93, de 22 de janeiro); b) a realização de perícia para apurar se oculta ou transporta no seu corpo produtos estupefacientes ou substâncias psicotrópicas (art. 53º, do DL n.º 15/93, de 22 de janeiro) e c) a recolha de amostras para a comparação de perfis de ADN (art. 8º, da Lei n.º 05/2008, de 12 de fevereiro).

Sendo em teoria possível o recurso a intervenções corporais em qualquer tipo de crime, deve-se indagar segundo os critérios de proporcionalidade em que situações a solução legal prescrita pode ser utilizada. No estudo em concreto, o objetivo é responder se é possível a intervenção corporal coercitiva no caso da recusa do arguido em se sujeitar a identificação do perfil genético.

O regime jurídico positivado é omissivo em relação ao grau de sacrifício permitido pelos direitos fundamentais e bens jurídicos implicados. A única limitação imposta encontra assento no regime dos exames e das perícias cuja execução não pode criar perigo para a saúde do investigado. Porém, o direito positivado não explica a forma ou modalidade de intrusão que são permitidas, recorrendo a conceitos abertos e permeáveis ao enquadramento de qualquer modalidade de intrusão corporal. Conforme Patrícia Naré Agostinho²⁴⁷ “todas estas medidas dependem em primeira linha do consentimento e só quando este

²⁴⁷ AGOSTINHO, Patrícia Naré - Intrusões Corporais em Processo Penal, p. 33.

não seja dado é que pode ser determinada a sua execução por ordem da autoridade judiciária competente”.

Helena Moniz²⁴⁸ entende que: “nem todos os arguidos podem ser sujeitos a uma recolha de amostra para obtenção de perfil de ADN, de acordo com a lei apenas é pedida a recolha a arguido se o juiz entender que há necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e a reserva da intimidade do visado”.

O art. 53º, n.º 4, do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, prevê que “quem, depois de devidamente advertido das consequências penais de seu acto, se recusar a ser submetido à revista ou a perícia autorizada nos termos do número anterior é punido com pena de prisão até 02 anos ou com pena de multa até 240 dias”. Ainda, o art. 172º, ao prever que “se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido (...) pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”.

Por fim, a lei não discrimina as intrusões corporais em função da sua finalidade específica. Pode ser necessário proceder a uma colheita de sangue para apurar e elaborar o estudo microbiológico das doenças sexualmente transmissíveis, para apurar se do comportamento do agente resultou a transmissão de um agente patogênico que crie perigo para a vida, ou apurar a paternidade do agente do crime se do comportamento do agente resultou gravidez de uma vítima de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual. Não se encontrando estas finalidades expressamente previstas em qualquer dos normativos legais pode ser posta em crise a legitimidade constitucional e legal das intervenções corporais quando exista oposição do investigado²⁴⁹.

Assim, serão estudadas as decisões jurisprudenciais dos tribunais portugueses, para ao cabo, analisar-se especificamente a Lei n.º 05/2008, de 12 de fevereiro.

6.1. Jurisprudência dos Tribunais Portugueses.

Neste item se analisará especialmente nos casos apresentados se é possível à intervenção corporal no arguido em caso de recusa deste, e em que caso e com quais requisitos será possível (ou não) a intervenção corporal coercitiva

²⁴⁸ MONIZ, Helena - A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a coordenação transfronteiras em matéria de transferência de perfis de ADN, p. 149.

²⁴⁹ AGOSTINHO, Patrícia Naré - Intrusões Corporais em Processo Penal, pp. 34-35.

para a recolha de material genético, iniciando a pesquisa pelos julgados do Tribunal Constitucional.

6.1.1. Acórdão n.º 155/2007 do Tribunal Constitucional (possibilidade de se compelir o arguido a colheita de material biológico e identificação do perfil genético para a comparação com os vestígios biológicos do local do crime)
250.

No acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 155/2007, proferido no processo n.º 695/06, 3ª Secção, relatado pelo Juiz-Conselheiro Gil Galvão, cuidou-se de uma investigação sobre dois crimes de homicídio qualificado, tendo sido colhidos, no local dos fatos, vestígios biológicos, sendo que alguns destes vestígios seriam referentes aos autores dos crimes.

Com a identificação dos suspeitos na fase de inquérito, estes foram ouvidos como arguidos e convidados a prestar consentimento para recolha de zaragatoas bucais, com o intuito de identificação de perfil genético e comparação com os vestígios biológicos encontrados no local do crime. No entanto houve negativa do consentimento.

Diante de tais circunstâncias, o Ministério Público entendeu que o investigado pode ser compelido por sua decisão (com a observação de que o Ministério Público em Portugal é autoridade judiciária, apesar de não exercer atividade judicial) à realização do referido exame, bem como por considerar a diligência essencial à finalidade de colheita de material biológico e identificação do perfil genético, para a pretendida comparação com os vestígios biológicos do local do crime. Por despacho, o *parquet* determinou que o investigado comparecesse nas instalações do Instituto Nacional de Medicina Legal do Porto para a colheita de amostra biológica, que decorreria “sempre na medida do estritamente necessário, adequado e indispensável à prossecução do fim”.

O arguido foi efetivamente submetido ao exame referido, não sem antes ter subscrito requerimento que tinha por finalidade impedir a extração coativa dos vestígios biológicos, por entender que se tratava de diligência intrusiva e ofensiva a sua integridade física, e que carecia de suporte legal, tendo assim recusado a participar espontaneamente, o que constou nos autos. No dia seguinte à realização

²⁵⁰ Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>.

do exame, o investigado requereu que se declarasse ilegal a prova obtida coativamente no dia anterior.

Importante destacar parecer juntado aos autos do Professor Gomes Canotilho, que, de forma sucinta, afirmou que o respeito pela dignidade humana obriga o legislador a disciplinar as análises genéticas com rigor e precisão constitucionalmente adequados a importância dos bens em questão. Concluiu o constitucionalista que o quadro normativo existente não é suficiente, por si só, para legitimar a extração compulsiva de material biológico para efeito de recolha de ADN. Para Canotilho, a Constituição portuguesa não suscita objeções de fundo à utilização deste método investigativo “desde que disciplinado em termos constitucionalmente adequados, salvaguardando sempre as dimensões essenciais dos direitos fundamentais constitucionalmente tutelados”.

Os Conselheiros do TRP (Tribunal de Relação do Porto), onde o caso foi inicialmente julgado, defenderam que: “embora entendamos que o exame ordenado nos autos, constitua meio de prova susceptível de ofender o direito à integridade corporal e o direito de autodeterminação corporal do recorrente, designadamente no caso de não aderir ao exame (...) cremos que podem e devem ser concretizados, mesmo que compulsivamente (exame e perícia), muito embora limitados à colheita de cabelos, saliva, urina ou sangue, já que justificados pela necessidade da descoberta da verdade material e não violadores do conteúdo essencial daqueles direitos fundamentais do recorrente”.

O TRP fez referência à posição do Senhor Professor Vieira de Andrade, que acredita que alguns direitos, como o direito à vida e o direito à integridade física, não admitem qualquer tipo de violação, por menor que seja, já que o conteúdo essencial do preceito que os consagra será sempre atingido. O TRP discordou de tal posição, acreditando que o conteúdo essencial do direito à integridade física não é afetado quando estão em causa lesões insignificantes e reversíveis, nomeadamente quando em confronto com direitos ou valores preponderantes. Esta também é a conclusão do acórdão do TC (Tribunal Constitucional) n.º 158/88²⁵¹.

O TRP, em síntese, julgou improcedente o recurso interposto em 03 de Maio de 2006, entre outros, com os seguintes fundamentos: 1º) Legalidade da medida que decretou o exame coercitivo dos exames; 2º) O carácter não absoluto do

²⁵¹ Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>.

direito à integridade corporal e à autodeterminação corporal apesar da inviolabilidade “constitucional” de que goza o art. 25º, n.º 1, da CRP; 3º) Situações em que o direito à integridade corporal e o direito à autodeterminação corporal cedem face a interesses comunitários e sociais preponderantes; 4º) Algumas condutas de intervenção corporal são impostas legalmente; 5º) Apesar de serem ofensivos da integridade corporal e volitiva e do direito à autodeterminação corporal, os exames de ADN podem ser concretizados compulsoriamente; 6º) O problema à luz da admissibilidade de restrição dos direitos, liberdade e garantias constitucionalmente consagrados em caso de conflitos com direitos ou valores da mesma matriz; o recurso supletivo ao art. 29º, da DUDH *ex vi* art. 16º, n.º 2, da CRP; 7º) Identificação dos direitos em conflito e predomínio da justiça penal sobre alguns direitos fundamentais pessoais; 8º) A tese de J. C. Vieira de Andrade e a irrelevância e reversibilidade das lesões; 9º) O argumento resultante do acórdão do TC n.º 156/88; 10º) O argumento da atividade do legislador ordinário nesta matéria; 11º) A “suposta” posição doutrinária favorável de Figueiredo Dias; 12º) De novo a insignificância, não verificação ou o carácter mínimo ou “desprezível” das ofensas no direito à integridade corporal e à autodeterminação corporal; 13º) A realização do exame ou perícia coercitivo, em nome da procura da verdade material para a administração da justiça penal, não viola os artigos 25º, n.º 1, e 32º, n.º 8, da CRP²⁵².

Da decisão do TRP, foi interposto recurso ao Tribunal Constitucional, limitado à parte que, no acórdão do TRP, desatendeu a questão da inconstitucionalidade das normas resultantes dos artigos 172º, n.º 1, e 126, n.º 1, e n.º 2, “a” e “c”, e n.º 3, do CPP português, quando interpretadas no sentido de permitir que a prova obtida através da colheita coativa de vestígios biológicos do arguido que tenha expressado o seu não consentimento possa ser válida e susceptível de ulterior utilização e valoração.

Para apurar se as normas que o recorrente diz serem inconstitucionais violam realmente os preceitos constitucionais indicados, o Tribunal Constitucional Português deveria decidir três questões fundamentais: a) saber se a Constituição autoriza a restrição dos direitos fundamentais que estão em debate, ou seja, a integridade física, à liberdade geral de atuação, à reserva de da vida privada e à autodeterminação informacional, designadamente para a persecução das

²⁵² RODRIGUES, Benjamim Silva – Da Prova Penal, Tomo I (...), pp. 337- 341.

finalidades específicas do processo penal; b) averiguar se as normas contidas nos artigos. 61.º, n.º 3, “d”, e 172.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e na Lei n.º 45/2004 (que estabelece o regime jurídico das perícias médico legais e forenses) são habilitações legais suficientes para as restrições que estão em causa, ou se pelo contrário, seria necessária outra lei específica que explicitamente autorizasse a recolha coativa de substâncias biológicas e a sua análise genética não consentida, prescrevendo, ao mesmo tempo, o respectivo regime, com densidade suficiente; c) por fim, avaliar se tal restrição depende de existir prévia autorização judicial ou se pode, como foi o caso, ser determinada apenas pelo membro do Ministério Público²⁵³.

Quanto à primeira questão, o TC entendeu que, apesar de uma primeira leitura do art. 18º, n.º 2, da CRP poder sugerir que os direitos em causa não podem ser restringidos, “o reconhecimento do carácter incorporável de uma tal leitura, designadamente do ponto de vista das suas consequências práticas, levou, contudo, ao desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário de uma multiplicidade de soluções – como o recurso, entre outros, ao art. 29º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, às autorizações ‘indirectas ou tácitas’ de restrições, às ideias de ‘limites imanentes’, de ‘limites constitucionais não escritos’, de ‘limites intrínsecos’, de ‘restrições implícitas’ e de ‘limites instrumentais’ ”.

A Corte estabeleceu que toda restrição de direitos, liberdades e garantias é constitucionalmente legítima apenas se for autorizada pela Constituição (art. 18º, n.º 2, 1ª parte); se estiver suficientemente sustentada em lei da Assembleia da República ou em Decreto-Lei autorizado (artigos 18º, n.º2, 1ª parte, e 165, n.º1, “b”); e se visar à proteção de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido, uma ponderação de valores constitucionais (art. 18º, n.º 2, *in fine*), se ainda, for necessária a essa proteção, adequada para o efeito e proporcional a esse objetivo (art. 18º, n.º2, 2ª parte) e por fim, se estiver revestida de carácter geral e abstrato, não for retroativa e não atingir o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (art. 18º, n.º 3, da CRP).

A Constituição não proíbe a extração de material biológico de um arguido, nomeadamente a saliva por meio da técnica de zaragatoa bucal, tampouco a sua posterior análise genética não consentida, para fins de investigação criminal,

²⁵³ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro - Intervenções Corporais no Processo Penal (...), p. 56.

ou seja, para comparação com vestígios biológicos colhidos no local do crime. No entanto, deve se verificar se os normativos que concretizam os termos dessa possibilidade respeitam as exigências do n.º 2, do art. 18º, da CRP, quais sejam: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito. A Corte entendeu que não se pode afirmar que isso não aconteça com as normas, não merecendo, nesse ponto, nenhuma censura constitucional²⁵⁴.

O Tribunal concluiu que, independentemente de saber qual é, do ponto de vista dogmático, a melhor solução, não se pode duvidar que a Constituição autoriza, tendo em vista a persecução das finalidades próprias do processo penal, a restrição de direitos fundamentais, como os da integridade pessoal, da liberdade geral de atuação, da reserva da vida privada ou da autodeterminação informacional, trazendo, em socorro, decisão anterior, consistente no acórdão n.º 254/99, que registre-se, só tratou da autodeterminação informacional e da reserva da vida privada, sem considerações sobre a integridade física e outros direitos.

Assim, o Tribunal Constitucional respondeu à primeira questão, afirmando que, a Constituição Portuguesa, em sua ótica, autoriza a restrição à integridade física, à liberdade geral de atuação, à reserva da vida privada e à autodeterminação informacional.

Sobre o ponto da habilitação legal para a intervenção pretendida, o Tribunal analisou não somente se existe quadro normativo, como também se este possui densidade normativa suficiente.

Concluiu o acórdão que existe habilitação legal para a realização coativa do exame, e essa decorre da conjugação dos preceitos constantes do art. 6º, da Lei nº 45/2004, de 19 de agosto, e do art. 172º, do Código de Processo Penal.

Artigo 172.º, do CPP:

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.

Com o objetivo de aferir a densidade normativa, realçando que, atento ao especial regime das restrições aos direitos fundamentais constantes do art. 18º, da Constituição, passou a Corte a considerar a concreta dimensão normativa aplicada, assinalando que o contexto da análise é de uma norma que permite

²⁵⁴ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro - Intervenções Corporais no Processo Penal (...), p. 57.

apenas a colheita coativa de material biológico, precisamente de saliva, através da técnica da zaragatoa bucal, cujo escopo é tão somente a determinação do perfil genético para comparação com vestígios biológicos encontrados no local de crime.

Apenas o traço do perfil genético, nos limites necessários, adequados e indispensáveis para a comparação com vestígios colhido no local do crime, resta excluída qualquer possibilidade legítima de tratamento do material recolhido em termos que transcenda o fim desejado.

Destá forma, entendeu o Tribunal Constitucional pela existência de habilitação legal, com suficiente densidade normativa para a colheita coativa de amostras biológicas para exame de ADN com o escopo de traçar o perfil biológico, quando necessário à investigação ou à instrução criminal, nos termos do art. 6º, da Lei n.º 45/2004, conjugado com o art. 172º, do Código de Processo Penal²⁵⁵.

Em relação à possibilidade de o Ministério Público ordenar diretamente o exame, ou seja, se existe a necessidade prévia de autorização judicial, considerando que, no caso em estudo, a determinação da perícia ter partido do membro do MP, o Tribunal defendeu que na dimensão normativa que está em causa, analisada a compatibilidade desta solução com o art. 32º, n.º 4, da CRP, “só pode concluir-se que, contendendo o acto em causa, de forma relevante, com direitos, liberdades e garantias fundamentais, a sua admissibilidade no decurso da fase de inquérito depende, pelas mesmas razões que justificam essa dependência no caso dos actos que constam da lista constante do art. 269º, do Código de Processo Penal, isto é, por consubstanciar intervenção significativa nos direitos fundamentais do arguido, da prévia autorização do juiz de instrução”.

Face à falta de autorização do Juiz de Instrução Criminal (JIC), o Tribunal Constitucional decidiu pela inconstitucionalidade das normas impugnadas, concedendo provimento ao recurso e ordenando a reforma da decisão recorrida.

No caso em apreço, a Corte entendeu que o Ministério Público tem um poder de impulso processual *ad actum*, podendo requerer a sua autorização e/ou a sua prática ao juiz competente. Concluiu que, em razão de conter o ato impugnado restrições relevantes aos direitos fundamentais, sua admissibilidade no decurso da fase de inquérito depende da prévia autorização do juiz de instrução, e diante da

²⁵⁵ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro - Intervenções Corporais no Processo Penal (...), pp. 61-62.

ausência da decisão judicial, decidiu o Tribunal pela inconstitucionalidade da norma questionada, não sendo autorizado o Ministério Público a determinar o exame coativamente²⁵⁶.

O Tribunal Constitucional além de ter solucionado o caso concreto, não reconhecendo ao Ministério Público o poder de ordenar o exame, enfrentou questões de fundo do problema, posicionando-se sobre a constitucionalidade da realização coativa do exame, à luz do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

A Corte citou ainda o parecer juntado aos autos do mestre Gomes Canotilho, onde em sua conclusão n.º 10, o professor dá conta de que significativa e majoritária doutrina e boa parte da jurisprudência de Portugal e também internacional de direitos humanos têm perfilhado o entendimento de que a presunção de inocência abrange tão só o direito a permanecer calado e a beneficiar da existência de uma dúvida razoável, não impedindo a extração de amostras biológicas para fins de análise de ADN.

Assim, concluiu no sentido de que: “o direito a não incriminação se refere ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo (...), o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito”, como é o caso da colheita de saliva, através de zaragatoa bucal, para efeitos de realização de análise de ADN.

A colheita não se traduz em nenhuma declaração, razão pelo qual não viola o direito a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado. Configura, ao contrário, o supedâneo para uma mera perícia de resultado incerto, que, independentemente de não requerer apenas um comportamento passivo, não pode ser taxada como obrigação de autoincriminação²⁵⁷.

Para o Tribunal Constitucional, à luz do art. 172º, n.º 1, do CPP, e art. 6º, n.º 1, da Lei n.º 45/2004, antes da entrada em vigor da Lei n.º 5/2008, seria já possível, sem qualquer juízo de censura constitucional, autorizar, mesmo contra a vontade do arguido visado, a recolha de amostras biológicas com vista à realização de exames periciais de ADN no Instituto de Medicina Legal.

²⁵⁶ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro - Intervenções Corporais no Processo Penal (...), pp. 62-63.

²⁵⁷ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro - Intervenções Corporais no Processo Penal (...), p. 66.

Parte da doutrina criticou tal conclusão, ao afirmar que se exigia mais de um Tribunal Constitucional que se pretende que tenha posição, cada vez mais, como “amigo dos direitos fundamentais”, em vez de surgir, autoritária e preocupantemente, como um agente de “despromoção dos direitos fundamentais no dealbar do século XXI” ²⁵⁸.

Por fim, cabe ressaltar que a decisão não enfrentou o problema relativo ao emprego da força física na realização do exame, pois, embora trate da realização coativa, não restou claro se pode ocorrer pela *vis compulsiva*.

Tal matéria é controversa e delicada, na medida em que outros Tribunais Constitucionais negam a possibilidade do uso da força física, embora reconheçam a possibilidade de submissão ao exame.

6.1.2. Acórdão n.º 228/2007 do Tribunal Constitucional Português²⁵⁹.

No acórdão do Tribunal Constitucional n.º 228/2007, proferido no processo n.º 980/06, 2ª Secção, relatado pela Juíza-Conselheira Maria Fernanda Palma, datado de 28 de Março de 2007, voltou-se a tratar do problema da admissibilidade da recolha coercitiva de vestígios biológicos de determinados arguidos, com vista à fixação ou determinação de seus perfis genéticos, para permitir a sua comparação com os resultados dos vestígios recolhidos no local de crime onde ocorreram dois homicídios qualificados.

O presente acórdão surgiu nos autos de inquérito NUIPC3401/00.0JAPRT, que corriam no DIAP do Porto e teve por origem próxima o recurso interposto pelos arguidos do despacho do Ministério Público no qual se perfilhou o entendimento de que é admissível a recolha de vestígios biológicos com vista à posterior realização de perícia de biologia forense de identificação de perfis genéticos (ADN). Em abono de sua tese, invocou o estatuto processual do arguido (art. 61º, n.º 3, alínea “d”, do CPP), isto é, o dever que, sobre o mesmo, impende de se sujeitar a diligência de prova, nomeadamente à luz do previsto no art. 172º, n.º 1, do CPP português. Invocou que tal posição não configurava qualquer violação dos princípios fundamentais do processo penal, pelo que não se estaria perante um meio proibido de obtenção de prova²⁶⁰.

²⁵⁸ RODRIGUES, Benjamim Silva – Da Prova Penal, Tomo I (...), p. 375.

²⁵⁹ Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>.

²⁶⁰ RODRIGUES, Benjamim Silva – Da Prova Penal, Tomo I (...), pp. 375-376.

O Juiz de Instrução Criminal ao se manifestar sobre o despacho do Ministério Público decidiu por ser improcedente a nulidade suscitada e a consequente proibição da valoração como prova, do resultado da análise da saliva colhida através da zaragata bucal efetuada nos arguidos, considerando ser legal o despacho proferido pelo magistrado do Ministério Público responsável pelo inquérito, que determinou a realização dos exames à saliva dos arguidos a colher através de zaragatoa bucal.

A questão foi levada ao Tribunal de Relação do Porto que negou provimento ao recurso. Face a isto, foi interposto recurso de constitucionalidade ao TC português.

O Tribunal Constitucional entendeu que o objeto do recurso de constitucionalidade era delimitado em três questões: 1ª) A eventual violação de proporcionalidade na restrição de direitos fundamentais do arguido; 2ª) A eventual violação de uma legitimação legal para a intervenção em causa; 3ª) A questão da violação do espaço de competência do Juiz de Instrução, nos termos do art. 32º, n.º 4, da Constituição, na realização de tal intervenção corporal.

O Tribunal se utilizou da decisão do acórdão n.º 155/2007 para reiterar o decidido na resposta às duas primeiras interrogações, isto é, que não era de considerar inconstitucional a norma em causa e julgou inconstitucional a dimensão normativa questionada. Assim, admitiu que não existe desproporcionalidade na utilização de tais métodos invasivos no corpo da pessoa (mas não lesivos da integridade física), da sua liberdade e privacidade, como único meio para a obtenção de prova em situações de extrema gravidade dos fatos perpetrados (homicídios qualificados), com base numa ponderação de todas as circunstâncias a efetuar por um juiz imparcial que não tem a seu cargo ou sob o seu domínio de investigação do processo, e sendo assegurado o controle de todo o aproveitamento possível dos resultados de tal intervenção²⁶¹.

Para justificar a sua tese, o Tribunal Constitucional invocou alguns critérios essenciais. Inicialmente, o interesse do Estado na realização da justiça em face de um crime de elevada gravidade e a medida diminuta da afetação dos direitos à autodeterminação corporal e a própria intimidade pessoal, a par da utilização exclusiva para tais fins do material biológico recolhido. Ainda, a adequação e proporcionalidade que são exigidos pelo art. 18º, n.º 2, da

²⁶¹ RODRIGUES, Benjamim Silva – Da Prova Penal, Tomo I (...), pp. 382-383.

Constituição. Também, o Tribunal Constitucional não considerou estar perante uma intervenção corporal restritiva de direitos fundamentais não autorizadas legalmente, e nem da ausência de densificação ter resultado uma intervenção arbitrária.

Tratando-se de recolha de prova, sem alternativas, dadas a falta de testemunhas, em matéria de crime de elevada gravidade, a exigência de densificação da lei como exigência de constitucionalidade não consideraria a “necessidade investigatória” urgente em confronto com a medida diminuta de sacrifício dos direitos fundamentais no caso concreto²⁶².

Não estando, assim perante situação comparável, qualitativa e quantitativamente, a qualquer substituição do legislador pelo julgador em sede de definição do tipo legal de crime. O TC afirmou que o valor da segurança democrática relativamente ao que é proibido impõe-se sem quaisquer restrições. Nesta matéria, seria admissível que, em circunstâncias de necessidade investigatória, o juiz ainda possa fazer uma ponderação que segundo os padrões garantidores da mais exigente das ponderações de acordo com os critérios constitucionais, o legislador nunca poderia excluir ao densificar a lei que autoriza a recolha de tais materiais como meio de prova.

Desta forma, o Tribunal Constitucional concluiu da mesma maneira como havia feito no seu acórdão n.º 155/2007, com a inconstitucionalidade da norma impugnada por falta de habilitação legal suficiente para proceder ao exame em causa. Apesar de menos intrusivo do que certos outros exames médicos, o exame de ADN para a identificação de perfis genéticos, envolvendo ainda uma restrição a direitos, liberdades e garantias, carece de uma habilitação legal específica, que não existia e que não pode considerar-se satisfeita com a mera remissão (presente no acórdão n.º 155/2007) para a concretização da norma que foi efetuada no caso concreto pelo tribunal: a densificação judicial da norma habilitante não pode suprir a necessária habilitação legislativa específica que é exigida pela Constituição Portuguesa.

²⁶² RODRIGUES, Benjamim Silva – Da Prova Penal, Tomo I (...), pp. 383-384.

6.1.3. Acórdão n.º 275/2009 do Tribunal Constitucional (da desobediência por se recusar a se submeter à colheita de sangue para a avaliação de influência de álcool durante a condução).

No acórdão n.º 275/2009, o Tribunal Constitucional de Portugal foi chamado a manifestar-se sobre a inconstitucionalidade orgânica e material dos artigos 152º, n.º 3, e 153, n.º 8, do Código de Estrada, combinados com o art. 348º, do Código Penal. Isto pelo fato de que o recorrido foi julgado pela prática de desobediência por ter se recusado a se submeter à colheita de sangue para avaliação da influência de álcool durante a condução de veículo automotor.

Importante informar sobre o acórdão n.º 628/2006, que analisou a questão invocando a inconstitucionalidade da norma que incrimina a recusa à submissão a teste de alcoolemia como crime de desobediência, por violação ao art. 25º, da Constituição de Portugal. Na ocasião o Tribunal Constitucional transpôs ao caso os argumentos do acórdão n.º 319/1995 para rechaçar a tese de inconstitucionalidade, invocando, ainda, o argumento de que se encontrava em causa a recolha de um meio de prova perecível no âmbito da prevenção e punição de comportamento que põe em risco a segurança viária; portanto, os bens que a norma visa proteger, assim como a periculosidade das condutas a prevenir, justificam e legitimam a medida normativa impugnada. Ademais, o prejuízo pessoal para o sujeito obrigado ao teste de alcoolemia não atinge o núcleo essencial indisponível de direitos fundamentais, sendo proporcionada a sua lesão diante dos bens pretensamente tutelados²⁶³.

Já o acórdão n.º 512/2006 tinha por objeto tema relativo à necessidade de autorização do examinado para a extração de sangue, e o Tribunal de Relação de Lisboa assentou o caso, e a linha geral de argumentação foi de que a possibilidade de recusa à extração de sangue não se confunde com a exigência de consentimento do examinado para a extração do sangue. A extração sanguínea do acusado, durante seu estado de inconsciência, que impediu o teste por ar expirado, isto é, sem o seu consentimento, seria prova lícita para a condenação por condução sob a influência de álcool.

O acusado chegou a recorrer neste último caso ao Tribunal Constitucional sustentando a violação do art. 32º, da Constituição portuguesa, mas,

²⁶³ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro - Intervenções Corporais no Processo Penal (...), p. 46.

infelizmente a Corte decidiu por não conhecer dos objetos do recurso, acabando por não decidir sobre a necessidade, ou não, do consentimento do examinado para a realização da extração de sangue.

Em relação ao acórdão n.º 275/2009, do Tribunal Constitucional de Portugal, o recorrido foi absolvido por ter o juízo *a quo* entendido pela inaplicabilidade das normas anteriormente citadas, por violação da Reserva Relativa da Assembleia da República (inconstitucionalidade orgânica) e, ainda, violação do princípio da proporcionalidade, previsto no art. 18º, n.º 2, e direito à integridade física, previsto no art. 32º, n.º 8, ambos da CRP, cuja tutela, pelo próprio indivíduo, com a não submissão à extração de sangue, não pode ser criminalizada. Acrescentou ainda o recorrido à inconstitucionalidade material da norma, por constituir a criminalização da recusa à submissão à colheita de sangue uma ilegítima violação do direito à integridade física, por implicar a introdução de uma agulha no corpo do indivíduo, contra a sua vontade²⁶⁴.

Continuou o recorrido afirmando que a violação da integridade física não se justificava diante de uma ponderação, pois de acordo com o art. 18º, n.º 2, da CRP, a lei só pode restringir os direitos fundamentais em casos expressamente autorizados pela Constituição, e que, mesmo assim, devem as restrições se limitar ao necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. A ofensa em análise não se justifica diante dos interesses envolvidos à luz do artigo acima citado, pois falta proporcionalidade.

O que estava em questão era a possibilidade de extração de prova para a incriminação de alguém por infração penal, e isso não garante a segurança viária ou a integridade física de terceiros, ou seja, o que está em causa não é o impedimento de alguém conduzir sob a influência de álcool, e sim, a forma de recolhimento da prova, matéria de direito processual.

O Tribunal Constitucional, ao decidir, concluiu que a nova redação do n.º 8, do art. 153º, do Código da Estrada, agravava a responsabilidade criminal dos condutores de veículo automotor que se recusavam a submissão à extração de sangue, na medida em que passa a punir como crime de desobediência a referida recusa, nos casos em que seja tecnicamente possível a extração sanguínea.

²⁶⁴ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro - Intervenções Corporais no Processo Penal (...), pp. 48-49.

Dessa forma, a Corte concluiu que o legislador governamental necessitava de autorização legislativa, tendo em vista que a decisão normativa primária cabia à Assembleia da República, por força da alínea “c”, do n.º 1, do art. 165º, da CRP, o que não existiu no caso em estudo. Optou então o Tribunal por reconhecer a inconstitucionalidade orgânica da norma objeto do recurso, não conhecendo da alegada inconstitucionalidade material, por violação do princípio da proporcionalidade (art. 18º, n.º2, da CRP), ou por violação da proibição de obtenção de prova mediante ofensa à integridade física ou moral da pessoa, ou abusiva intromissão na vida privada (art. 32º, n.º 8, da CRP) ²⁶⁵.

Assim, o Tribunal Constitucional acolheu a arguição de inconstitucionalidade orgânica e deixou de examinar a questão da obtenção de prova com violação à integridade física e a ofensa à proporcionalidade, mas, todavia, à decisão é importante no sentido de fortalecer o controle de constitucionalidade material das normas em relação aos direitos fundamentais, na medida em que a norma cai diante de vícios formais, como, no caso, da ausência de autorização da Assembleia da República.

6.1.4. Acórdão do Tribunal de Relação do Porto (Processo nº 0844093/08) ²⁶⁶.

O Acórdão do TRP trata de eventual inconstitucionalidade da norma constante do art. 172º, n.º 1, do Código de Processo Penal português, interpretada no sentido de que é legítimo o uso da força física para obter, através de zaragatoa bucal, vestígios biológicos de um arguido para fins de comparação com os vestígios encontrados com a ofendida.

O arguido expressamente negou consentimento para a realização de tal exame e, conseqüentemente, foram emitidos mandados com o fim de conduzi-lo ao Gabinete Médico-Legal do Porto, com a menção de que podia a “autoridade policial usar da força pública estritamente necessária para que o arguido abra a boca e lhe seja retirado o esfregaço bucal à realização da zaragatoa bucal”.

Na perspectiva do arguido, a determinação da realização coercitiva do exame violou as normas contidas nos artigos 25º, 26º, n.º 1, e 32º, n.º 8, todos da Constituição da República Portuguesa (CRP), o art. 8º, da Corte Europeia de

²⁶⁵ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro - Intervenções Corporais no Processo Penal (...), pp. 49-50.

²⁶⁶ Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/>>.

Direitos Humanos (CEDH), o art. 12º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), o art. 17º, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), e os artigos 126º, n.º 1, e n.º 2, “a” e “c” e n.º 3, e o art. 172, n.º 1, ambos do CPP português. Concluiu, requerendo a declaração da inconstitucionalidade da norma enunciada no art. 172º, n.º 1, do Código de Processo Penal português, quando interpretada no sentido de que é legítimo o uso da força física para abrir a boca e obter colheita de vestígios biológicos de um arguido para determinação de seu perfil genético; e da norma do art. 126, n.º 1, e n.º 2, “a”, e “c”, e n.º 3, do CPP, quando interpretada no sentido de considerar válida e, conseqüentemente susceptível de ulterior utilização e valoração, a prova obtida através da colheita efetuada nos moldes descritos anteriormente.

O Tribunal de Relação do Porto adotou a posição do acórdão TRP de 03 de Maio de 2005, que dispõe que quanto a recolha de saliva ou de urina afigura-se nos que nem sequer se pode considerar susceptível de ofensa o direito à integridade física e corporal do recorrente, mas tão só o direito à autodeterminação corporal, e em grau de medida desprezível, deste modo, e tendo em vista que o exame ordenado tem como objetivo a procura da verdade material para a administração para a 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, concluiu que a realização compulsiva dos exames se mostra justificada e legitimada.

O Tribunal não acolheu os argumentos do arguido, por entender na época que o interesse do Estado na realização da justiça em face de um crime com a elevada gravidade assoalhada nos autos e a medida reduzida de afetação dos direitos à autodeterminação corporal, e ainda, à própria intimidade pessoal, a par da utilização exclusiva das provas para tais fins do material biológico recolhido.

Concluiu, desta forma, o Tribunal de Relação do Porto afirmando que: “Não é inconstitucional a norma do art. 172º, n.º 1, do Código de Processo Penal, interpretada no sentido de que é legítimo o uso da força física para obter, através de zaragatoa bucal vestígios biológicos de um arguido para fins de comparação com os encontrados nas cuecas da ofendida, se está em causa à investigação de um crime de violação, não havendo outras provas para além das declarações daquela, que sofre de considerável atraso mental”.

6.1.5. Acórdão do Tribunal de Relação do Porto (Processo nº 1728/12.8JAPRT.P1)²⁶⁷.

Necessário destacar importante julgado da 1ª Secção do Tribunal de Relação do Porto, julgado em 10/07/2013, que apesar de não ser um acórdão do Tribunal Constitucional, relata exatamente o problema em questão.

O julgado é oriundo de processo referente aos crimes de associação criminosa, detenção arma proibida, na modalidade de detenção de explosivo improvisado, dano qualificado, furto qualificado e por ter interesse para a descoberta da verdade determinou, ao abrigo do disposto no artigo 172.º, n.º 2 do Código de Processo Penal, a recolha de saliva de vários arguidos, através de zaragatoa bucal para determinação do perfil de ADN e realização de exame comparativo com os vestígios biológicos (hemáticos) recolhidos, a ser realizado por via compulsiva, se caso os mesmos se oponham.

O arguido interpôs recurso, e o objeto do recurso passa pela admissibilidade da determinação do presente exame pericial através da recolha de saliva bucal mediante o método de zaragatoa, ainda que por via compulsiva.

Como fundamento do julgado, relativamente à disciplina dos exames periciais, pode-se desde logo atentar que se trata de um meio de prova especializado, porquanto a mesma tem lugar “quando a percepção ou a apreciação dos factos exigem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos” (art. 151º, do CPP português), sendo realizada em organismos apropriados (art. 152º, n.º 1), podendo até ter carácter interdisciplinar (art. 152º, n.º 2). Por sua vez, em relação aos exames, que são meios de obtenção de prova, os quais tanto podem incidir em pessoas, como em lugares e coisas, os mesmos visam à inspeção dos vestígios relativos ao modo e ao local do crime, bem como à determinação das pessoas que o cometeram ou relativamente às quais o mesmo foi cometido (art. 171º, n.º 1). A propósito da obrigatoriedade de sujeição a exame, determina-se no artigo 172.º, n.º 1, que: “Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido (...), pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”. E essa obrigatoriedade de sujeitar-se a exame estende-se igualmente ao arguido, porquanto e segundo o artigo 61º, n.º 3, alínea “d”, recai sobre este o dever especial de “sujeitar-se a diligências de prova (...) especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidades competentes”.

²⁶⁷ Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/>>.

Tal injunção legal é renovada pela Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto, que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais, ao estatuir que “Ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este se mostrar necessário ao inquérito ou à instrução e desde que seja ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei”. E atualmente com a Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, que cria uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, consagra-se no seu artigo 8º, n.º 1, que: “A recolha de amostras em processo crime é realizada a pedido do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido, ao abrigo do disposto no artigo 172º, do Código de Processo Penal”.

Naturalmente que esta decisão deverá ser motivada (205º, n.º 1 Constituição; art. 97º, n.º 5, do Código de Processo Penal português) permitindo a transparência do processo decisório. Essa fundamentação deverá realizar-se de modo completo, objetivo e claro, mediante uma valoração crítica e racional das questões suscitadas e que importa resolver, sendo necessário que se promova a sua compreensão e aceitação (Ac. TC n.º 322/93, 401/02, 546/98, 503/2010).

Desta forma, 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, perseguirem uma finalidade legítima, mostrarem-se proporcionais entre a restrição dos direitos fundamentais em causa (integridade pessoal; intimidade, autodeterminação informativa) e os fins perseguidos, revelando-se idóneas, necessárias e na justa medida.

Para o efeito essas intervenções corporais devem ser judicialmente determinadas (e não determinadas por membro do Ministério Público) e estarem devidamente motivadas, não sendo admissíveis quando corresponderem, na sua execução, a tratamentos desumanos ou degradantes, optando-se, nestes casos e em sua substituição, por qualquer outra mostra de fluido orgânico que possa ser devidamente recolhida para determinação do ADN.

Concluindo, são assim requisitos legais de admissibilidade das perícias de ADN no processo penal português: a existência de um fim constitucionalmente legítimo (ex: investigação criminal); o respeito pelo princípio da legalidade (há que haver previsão legal específica); a jurisdicionalização da medida (necessidade de

autorização pelo juiz competente); a imprescindibilidade da motivação; o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); a intervenção de pessoal sanitário e respeito pela dignidade da pessoa, evitando-se formas humilhantes ou vexatórias.

6.1.6. Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa (Processo n.º 6553/2007-5, de 24 de Agosto de 2007) ²⁶⁸.

O processo citado trata da admissibilidade de realização de método da zaragatoa bucal para a recolha de saliva, destinada à definição do perfil genético do arguido e subsequente comparação com vestígios hemáticos encontrados no local do crime.

No caso, com origem no 1.º Juízo do Tribunal Judicial de Vila Franca de Xira, onde o arguido se recusou a permitir que fosse recolhida saliva, por meio da zaragatoa bucal. Em face de tal recusa, o Ministério Público lançou mão do Juiz de Instrução Criminal, com o intuito de que este autorizasse tal extração de material biológico destinado à definição do seu perfil genético e subsequente comparação com vestígios hemáticos encontrados no local de crime (roubo agravado).

O Juizado de Instrução Criminal (JIC) entendeu que pode compelir o arguido a submeter-se a tal exame, pois entre os interesses em confronto, deve prevalecer o da realização da justiça, já que para concretização forçada de tal exame a autodeterminação corporal é violada de forma pouco significativa.

Aduziu o magistrado que tendo em conta o valor em causa (o direito à inviolabilidade da integridade física) e, concomitantemente, o carácter excepcional do recurso a este meio de prova, e ainda, confrontando-o com a reduzida expressão que o ato de recolha de zaragatoa bucal assume na pessoa do arguido e com o interesse que a diligência em causa possui no contexto dos autos para efeito de prova, conclui que a recusa do arguido não é legítima.

Assim, nos termos da parte final do n.º 1, do artigo 172.º, do Código de Processo Penal português, autorizou que os inspetores de Polícia Judiciária encarregados na investigação procedessem a recolha de zaragatoa bucal na saliva do arguido.

Este acabou por recorrer da decisão, e o Tribunal da Relação de Lisboa tinha por desiderato decidir se o Juiz da Instrução Criminal pode ordenar a recolha

²⁶⁸ Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/>>.

de saliva do arguido através de zaragatoa bucal para a definição do seu perfil genético e subsequente comparação com vestígios encontrados em local de crime, contra a vontade do mesmo.

O Tribunal realizou uma ponderação entre os interesses em confronto, quais sejam: i) o interesse da realização da justiça, no caso de crime de roubo agravado em que não foi possível inquirir qualquer testemunha presencial; e por outro lado, ii) o interesse da proteção da integridade física do arguido e a sua (pouco significativa) violação, através da recolha forçada de saliva.

O Tribunal entendeu que a recusa do arguido era ilegítima, visto que se justificava a restrição de direitos do mesmo, através da submissão forçada ao mencionado exame, como forma de descoberta da verdade material e satisfação do interesse estadual na administração da justiça, enquanto pilares do estado de Direito Democrático.

Concluiu que a realização compulsiva da perícia se mostra justificada e legitimada a significar que a decisão impugnada proferida ao abrigo da norma do artigo 172º, n.º 1, do CPP português, que atribui à autoridade judiciária o poder de compelir as pessoas à submissão o exame devido ou a facultar coisa que deve ser examinada, não viola os artigos 25º, n.º 1 e 32º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa, na parte em que ordena o exame e perícia mediante extração de saliva por meio de zaragatoa bucal, dado que a mesma apenas de susceptível de ofender o direito à autodeterminação corporal do recorrente em medida irrelevante. Sendo este entendimento de manter, igualmente em face do art. 8º, da Convenção Europeia de Direitos do Homem, art. 12º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e art. 17º, do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, que no fundo previnem as intromissões arbitrárias e ilegais contra a vida privada, família, domicílio, correspondência, honra etc.

De forma lapidar, o arresto do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de Agosto de 2007, concluiu que existe suporte legal para a realização do exame determinado pelo despacho, como foi reconhecido em julgados do Tribunal Constitucional português, não realizando qualquer alteração na decisão inicialmente proferida, que determinava a recolha de material biológico através da recolha forçada de saliva²⁶⁹.

²⁶⁹ RODRIGUES, Benjamim Silva – Da Prova Penal, Tomo I (...), pp. 329-330.

6.2. Legislação Portuguesa (Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro).

Em Portugal, antes da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, sobre a matéria vigorava a Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (Lei de Protecção de Dados Pessoais), que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e a livre circulação desses dados.

A possibilidade da criação de uma base de dados para fins de investigação criminal já era indiretamente admitida pela Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro (Lei sobre Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde), que consagrou no seu artigo 19º, a regulamentação específica da criação de bancos de produtos biológicos para fins forenses de identificação criminal, no entanto, foram razões relativas a compromissos internacionais assumidos pelo Estado Português, bem como o fato de Portugal se encontrar, na época, isolado na Europa quanto à criação de um instrumento que permitisse uma cooperação em matéria policial e judicial, no âmbito do Tratado de Prüm, que levaram à aprovação da Lei n.º 5/2008, conforme o seu artigo 41º, que regula a criação da primeira base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e de investigação criminal²⁷⁰.

A Lei n.º 5/2008, aprovou a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal. Esta teve por escopo colmatar a lacuna legal no campo da problemática da extração coativa de vestígios biológicos. Boa parte da doutrina portuguesa entendia que a falta de lei expressa sobre a matéria impedia a obtenção coativa de substâncias biológicas do investigado, apesar de decisão em outro sentido no Tribunal Constitucional.

No n.º 1, do art. 1º, estabelece “os princípios de criação e manutenção de uma base de dados de perfis de ADN, para fins de identificação”, e regula a extração, tratamento e conservação de amostras de células humanas, a respectiva análise e obtenção de perfis de ADN, a metodologia de comparação de perfis ADN, extraídos das amostras, bem como o tratamento e conservação da respectiva informação em ficheiro informático.

As análises de ADN visam exclusivamente finalidades de identificação civil e de investigação criminal, através da comparação de perfis de ADN relativos a amostras de material biológico colhido em pessoa, em cadáver, em parte de

²⁷⁰ FREITAS, Florentina Maria de - Implicações Constitucionais da criação de (...), p. 267.

cadáver ou em local onde se proceda a recolhas com os existentes na base de dados de perfis de ADN²⁷¹.

Os objetivos de investigação criminal da base de dados de perfis de ADN encontram-se expressos no n.º 2, do artigo 1º, onde se consagra o princípio da legalidade relativamente às finalidades de inserção de perfis de ADN numa base de dados.

Da leitura dos primeiros artigos da Lei n.º 5/2008, percebe-se no que se refere à criação do ficheiro de perfis de ADN para fins de identificação criminal caracteriza-se pelo “minimalismo genómico”. Sob esta perspectiva é enfatizado o carácter inocuo da análise do ADN não codificante, que, de acordo com os conhecimentos atuais resultantes da descodificação do Genoma Humano, apenas permite a identificação de indivíduos. A ideia de “minimalismo genómico” aparece desde logo na letra do artigo 12º, da Lei de criação de base de dados de perfis de ADN, que diz: “A análise da amostra restringe-se apenas àqueles marcadores de ADN que sejam absolutamente necessários à identificação do seu titular para fins da presente lei”. Obviamente que o disposto citado apenas fica completo se atendido o artigo 2º, sob a epígrafe “Definições”, na alínea “e”, que apresenta o conceito de marcador de ADN como: “(...) a região específica do genoma que tipicamente contém informações diferentes em indivíduos diferentes, que segundo os conhecimentos científicos existentes não permite a obtenção de informação de saúde ou de características hereditárias específicas, abreviadamente ADN não codificante” ²⁷².

A Portaria n.º 270/2009, de 17 de Março, definiu os marcadores genéticos, cuja noção encontra-se expresso na alínea “e”, do artigo 2º, da Lei n.º 5/2008, a serem integrados nos seis ficheiros de perfis criados (perfis de condenados, dos voluntários, das amostras-referência e amostras-problema para identificação civil e das amostras-problema para investigação criminal). A escolha dos sete marcadores de ADN de inserção obrigatória corresponde ao conjunto já definido como o “European Standart Set”, considerados pela comunidade científica como os mais importantes na identificação genética e, advém ainda da necessidade de compatibilizar a base de dados portuguesa com as europeias já existentes.

²⁷¹ JESUS, Francisco Marcolino de – Os Meios de Obtenção da (...), p. 192.

²⁷² FREITAS, Florentina Maria de - Implicações Constitucionais da criação de (...), p. 269.

No que tange à justiça penal, as finalidades investigatórias, de acordo com o disposto no art. 4º, n.º 3, são prosseguidas mediante o método comparativo, isto é, através da comparação de perfis de ADN, relativos a amostras de material biológico colhidas em locais de crimes com o das pessoas que, direta ou indiretamente, a eles possam estar associadas, com vista à identificação dos respectivos agentes, e com os perfis existentes na base de dados de perfis de ADN. Proíbe-se, assim, expressamente no artigo 4º, a utilização, análise e tratamento de qualquer tipo de informação obtida a partir do exame das amostras para finalidades diferentes das previstas, situação que encontra paralelo na alínea “b”, do n.º 1, do art. 5º, da Lei de Protecção de Dados Pessoais.

O artigo 6º, e seguintes da citada legislação, regulam a extração de amostras, sendo a recolha em voluntários tratada no artigo 6º ²⁷³, e a extração coativa, com finalidade de investigação criminal tratada no artigo 8º ²⁷⁴.

Relativamente à extração de amostras nos termos do n.º 1, do artigo 8º, isto é, na fase de Inquérito, não é estabelecida qualquer baliza relativamente à

²⁷³ Artigo 6º: Recolha de amostras em voluntários:

1 - A base de dados de perfis de ADN prevista no n.º 1, do artigo 3º, é construída, de modo faseado e gradual, a partir da recolha de amostras em voluntários, para o que devem prestar o seu consentimento livre, informado e escrito.

2 - O interessado deve endereçar, por escrito, o seu pedido de recolha de amostras às entidades competentes para a análise laboratorial, as quais, após a obtenção do perfil de ADN, o devem remeter ao INML para que seja inserido no ficheiro previsto na alínea “a”, do n.º 1, do artigo 15º.

3 - O arguido na pendência do processo criminal apenas pode ser entendido como voluntário na recolha de amostras que não impliquem a respectiva utilização para fins de investigação criminal.

²⁷⁴ Artigo 8º: Recolha de amostras com finalidades de investigação criminal:

1 - A recolha de amostras em processo crime é realizada a pedido do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido, ao abrigo do disposto no artigo 172º, do Código de Processo Penal.

2 - Quando não se tenha procedido a recolha da amostra nos termos do número anterior, é ordenada, mediante despacho do juiz de julgamento, e após trânsito em julgado, a recolha de amostras em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 03 anos, ainda que esta tenha sido substituída.

3 - Caso haja declaração de inimputabilidade e ao arguido seja aplicada uma medida de segurança, nos termos do n.º 2, do artigo 91º, do Código Penal, a recolha de amostra é realizada mediante despacho do juiz de julgamento quando não se tenha procedido à recolha da amostra nos termos do n.º 1.

4 - A recolha de amostras em cadáver, em parte de cadáver, em coisa ou em local onde se proceda a buscas com finalidades de investigação criminal realiza-se de acordo com o disposto no artigo 171º, do Código de Processo Penal.

5 - A recolha de amostras de ADN efectuada nos termos deste artigo implica a entrega, sempre que possível, no próprio acto, de documento de que constem a identificação do processo e os direitos e deveres decorrentes da aplicação da presente lei e, com as necessárias adaptações, da Lei nº 67/98, de 26 de Outubro (Lei da Protecção de Dados Pessoais).

6 - Quando se trate de arguido em vários processos, simultâneos ou sucessivos, pode ser dispensada a recolha da amostra, mediante despacho judicial, sempre que não tenham decorrido cinco anos desde a primeira recolha e, em qualquer caso, quando a recolha se mostre desnecessária ou inviável.

moldura penal abstrata do crime ou crimes em investigação. Assim, deve ser respeitado o princípio da proporcionalidade, que deve reger toda a investigação probatória.

Na sua globalidade, o artigo 8º, n.º 1, da Lei em estudo é um bom exemplo de política criminal, na medida em que não estabeleceu qualquer catálogo de delitos cujo seu cometimento e condenação implicará *tout court* a inserção do perfil de ADN do condenado, às vezes, sem qualquer utilidade, restringindo-se direitos individuais de forma quase gratuita. Em vez disso, estabeleceu uma moldura de condenação efetiva que abrange um alargado catálogo de ilícitos criminais, incluindo, naturalmente, os crimes sexuais, aqueles mais susceptíveis de deixar vestígios biológicos. Igualmente o critério da reincidência, por si só, seria insuficiente, embora, indiretamente acabe por ser contemplado no n.º 2, do artigo 8º, da Lei n.º 5/2008, já que é também ponderada na aplicação da medida concreta da pena para além das circunstâncias referidas no artigo 71º, do Código Penal português, o seu registro criminal, nomeadamente e no que à prevenção geral e especial respeita o cometimento de ilícitos da mesma natureza²⁷⁵.

O regime jurídico constante do n.º 2, do artigo 8º, da Lei n.º 5/2008, prevê que os registros genéticos sejam constituídos a partir das células humanas recolhidas em todos os condenados (obrigatória) por crime doloso com pena de prisão igual ou superior a três anos, e deve ser autorizada por despacho prévio do juiz do julgamento. A colheita far-se-á através de um método não invasivo, nomeadamente pela colheita de células da mucosa bucal ou equivalente, em obediência ao princípio da proporcionalidade e respeito pela dignidade e integridade física e moral do indivíduo, conforme o artigo 25º, n.º 1, da Constituição Portuguesa.

O despacho referido no artigo 8º, n.º 2, da Lei n.º 5/2008, deverá ser minimamente justificado, em termos de necessidade, adequação e proporcionalidade da colheita do vestígio biológico e a sua inserção no banco de dados genéticos com a finalidade de auxiliar a investigação criminal, em conformidade com o art. 97, n.º 5º, do Código de Processo Penal português. Porém, não se exige uma fundamentação exaustiva dos pressupostos, uma vez que, e atento aos critérios do art. 8º, n.º 2, alguns dos fundamentos resultarão já da sentença condenatória, nomeadamente da fundamentação encontrada para a

²⁷⁵ FREITAS, Florentina Maria de - Implicações Constitucionais da criação de (...), pp. 271-272.

medida concreta da pena aplicada ao arguido, nos termos dos artigos 70º, e 71º, do Código Penal português, e 374º, do CPP português.

Assim, a fundamentação do despacho que ordene a extração de amostras biológicas ao condenado, por crime doloso, em pena de prisão igual ou superior a três anos, deverá sê-lo em termos concisos, suficientes e na exata medida em que se tornem compreensíveis as razões de pertinência, adequação, relevância, necessidade e proporcionalidade da obrigatoriedade do arguido de se submeter a exames de recolha de amostra para extrair o perfil de ADN para registro no ficheiro da base de dados dedicado a investigação criminal. Aliás, só assim, se poderá imputar ao arguido a prática de um crime de desobediência, em caso de recusa na extração, nos e para os efeitos do disposto no art. 348º, alínea “b”, do Código Penal português²⁷⁶.

O artigo 9º, da Lei n.º 5/2008, prevê a obrigação de informação, por escrito, ao sujeito passivo da colheita, da inserção dos seus dados num ficheiro de dados pessoais, da introdução do seu perfil de ADN num ficheiro de perfis de identificação genética, da possibilidade de cruzamento do seu perfil com os já existentes na base de dados e da possibilidade de conservação da sua amostra num biobanco consagrando expressamente que qualquer pessoa tem direito a conhecer o conteúdo do registro ou dos registros que lhe respeitam²⁷⁷.

A extração de amostras em pessoas, como já citado, é realizada através de método não invasivo, que respeita a dignidade humana e a integridade física e moral individual, designadamente pela colheita de células da mucosa bucal ou outro equivalente, no estrito cumprimento dos princípios e do Código de Processo Penal português (art. 10º), assegurando-se o contraditório (n.º 1, do art. 11º).

A análise de ADN, como dito, se restringe somente aqueles marcadores que sejam absolutamente necessários à identificação de seu titular (n.º 1, do art. 12º), e os dados recolhidos em processo criminal apenas são integrados na base de dados de perfis de ADN mediante despacho do magistrado competente no respectivo processo (n.º 2, do art. 18º), constituindo pressuposto obrigatório para a inserção dos dados a manutenção da cadeia de custódia da amostra respectiva.

A identificação resulta da coincidência entre o perfil obtido a partir de uma amostra sob investigação e outro ou outros perfis de ADN já inscrito no

²⁷⁶ FREITAS, Florentina Maria de - Implicações Constitucionais da criação de (...), 272-273.

²⁷⁷ AGOSTINHO, Patrícia Naré - O regime legal da recusa (...), p. 42.

ficheiro (art. 13º, n.º 1), pautando-se a base de dados de perfis de ADN pelos princípios da transparência, do respeito pela reserva da vida privada e autodeterminação informativa, pelo princípio da legalidade e, bem assim, pelos princípios da autenticidade, veracidade, univocidade e segurança dos elementos identificativos (artigo 3º).

Ao prever a autorização judicial para que o Ministério Público ou a Polícia Judiciária realize perícia que incida sobre as características físicas ou psíquicas de uma pessoa que não consente na realização do exame, o artigo 154º, n.º 2, parece aceitar a possibilidade de utilização de força. Ao se prever um mecanismo processual de substituição de autorização do investigado, está dessa maneira a prever a realização contra a vontade deste²⁷⁸.

Na ponderação de valores, devem ser levados de um lado os subjacentes à administração da justiça, a gravidade do crime, e assim, a necessidade do exame. De outro lado, os direitos protegidos do examinando, como por exemplo, o direito de autodeterminação informacional, o direito à identidade genética, o direito à saúde e, até, em determinadas circunstâncias, o direito à integridade física. Nunca esquecendo, no juízo de ponderação, o elevado potencial de intromissão e devassa do exame, que devem ser conjugados com o princípio da subsidiariedade²⁷⁹.

Desta forma, a Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro (em conjunto com o Código de Processo Penal) surgiu para regulamentar à extração coativa de substâncias biológicas e sua ulterior análise genética com vista à determinação do perfil genético para fins de processo criminal. Restou consagrada a possibilidade do recurso à coação física sob o investigado que obste ou dificulte, ou seja, não consinta a recolha de amostras de ADN para fins de ordem criminal, em processos crimes ainda não transitados em julgado, ou se com sentença definitiva de pena igual ou superior a três anos. Como dito, na ausência de consentimento do arguido, existe a indispensabilidade do despacho que ordena a realização da perícia ser proferido pelo juiz competente, que deverá ponderar da necessidade de sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da vida privada.

²⁷⁸ Em sentido contrário Benjamim Silva Rodrigues e Joana Maria Ferreira da Cruz.

²⁷⁹ JESUS, Francisco Marcolino de – Os Meios de Obtenção da (...), pp. 193-194.

Conforme explica Patrícia Naré Agostinho, o art. 172º, do Código de Processo Penal parece pressupor o uso da força quando determina que “se alguém pretende eximir-se ou obstar a qualquer exame devido (...) pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”. Esta norma tem, no entanto, suscitado a divisão da doutrina entre os que defendem a inadmissibilidade do recurso à força e aqueles que admitem a possibilidade de coerção e uso da força. Entre os defensores da corrente que admite o uso da força para a execução de intrusões corporais, privilegia-se, ainda que de forma implícita, a descoberta da verdade como fundamento para o recurso à coerção, a qual encontraria sustento legal na locução compelida constante daquele dispositivo²⁸⁰.

Evidente que tal posicionamento não é absoluto, pois parte da doutrina entende que o legislador, ao prever a possibilidade de realização de exames contra a vontade dos visados, não pretendeu conceder às autoridades a faculdade de utilização de força física. A expressão “compelir” significaria que o investigado não poderia recusar o exame, e caso recuse, incorreria no crime de desobediência se obstar com êxito a efetivação do mesmo²⁸¹.

Benjamim Silva Rodrigues²⁸² é claro no sentido da impossibilidade de coerção do arguido, ao afirmar com convicção de que o atual paradigma da ponderação constitucional e legal codificado de Portugal, mesmo depois da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, não permite a recolha de material biológico para a realização de perícias de ADN com vista à fixação de perfis genéticos para efeitos de identificação e discriminação criminal com recurso à força física ou, mesmo inexistindo esta, sem o consentimento do visado, por força do seu inadiável e inviolável direito à autodeterminação corporal e à autodeterminação informacional genética. Entender de forma diversa seria introduzir uma contradição axiológico-normativa insuportável e insanável ao nível do direito processual penal e do direito penal, face ao paradigma da ponderação constitucional codificado em matéria de intervenção corporal para efeitos probatórios, em sede criminal e/ou contra-ordenacional.

A Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, não regula os casos de falta de consentimento do condenado na recolha de amostra biológica e não prevê

²⁸⁰ AGOSTINHO, Patrícia Naré – O regime legal da recusa (...), p. 61.

²⁸¹ DA CRUZ, Joana Maria Ferreira - *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare* e a Obrigação de Sujeição a Exames, pp. 56-57.

²⁸² RODRIGUES, Benjamim Silva – Da Prova Penal, Tomo I (...), p.46.

igualmente qualquer consequência para a sua ausência. Falta assim um pressuposto para que se possa enveredar pelo recurso à força física para levar a cabo a recolha de amostras em condenado, a previsão legal expressa²⁸³.

No entanto, e concluindo o assunto, o Tribunal Constitucional Português, no acórdão n.º 155/2007, citado no presente estudo, já entendia que os artigos 61º, n.º 3, alínea “d”, 172, n.º 1, ambos do Código de Processo, e o art. 6º, n.º 1, da Lei 45/2004, interpretados de forma combinada, continham a norma de habilitação que permitia coativamente submeter o investigado a extração biológica para exame de ADN.

²⁸³ AGOSTINHO, Patrícia Naré – O regime legal da recusa (...), p. 61.

7. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH).

Em 1950 foi adotada pelo Conselho da Europa, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) a qual tem como objetivos proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais. Por meio dela, os países signatários passaram a permitir o controle judiciário do respeito desses direitos fundamentais em seus territórios. A Convenção faz referência à Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Após sua promulgação, com o passar do tempo, foram adidos à CEDH alguns protocolos, entre estes o de n.º 11, que modula o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) da forma como funciona atualmente.

Presentemente, qualquer pessoa física, grupo de particulares ou organização não governamental, que se considere vítima de uma violação a seus direitos previstos na CEDH por um Estado Parte, e que já tenha esgotado as vias de recurso em seu país, pode, dentro de certas condições, apresentar demanda diretamente ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Composto de 47 Juízes e com sede em Estrasburgo, o TEDH é o intérprete privilegiado da CEDH e de seus protocolos adicionais. A ele cabe garantir a obediência ao conteúdo da Convenção pelos Estados signatários. Os Estados, por sua vez, devem acatar e executar as sentenças, fazendo valer o compromisso assumido do respeito pelos direitos humanos, e liberdades fundamentais²⁸⁴.

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) consagra em seu artigo 3º, que: “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”. Estabelece ainda, em seu artigo 8º, n.º 1, que: “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do domicílio e da sua correspondência”, acrescentando-se no n.º 2, que: “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 econômico do país, a defesa da ordem e a

²⁸⁴ MATOS, Fábio Correa de - Provas invasivas e a análise pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, p. 01.

prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

Destes artigos citados, podem-se retirar os seguintes requisitos para a restringibilidade dos direitos consagrados no n.º 1, do artigo 8º, onde se inclui o direito ao respeito pela integridade pessoal e a não divulgação de dados pessoais: a) previsão legal do objeto e do âmbito da restrição, que deve ser clara e precisa; b) ser necessária numa sociedade democrática, de modo a responder a um motivo social imprescindível e tendo uma finalidade legítima (segurança social; segurança pública; bem estar econômico país; a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais; proteção da saúde ou da moral; proteção dos direitos e das liberdades de terceiros); c) proporcional em relação aos fins visados, revelando um justo equilíbrio entre os interesses públicos e privados²⁸⁵.

O TEDH também considerou que o privilégio do acusado em não se autoincriminar, o famoso princípio *nemo tenetur se detegere*, enquanto vertente do direito a um processo equitativo consagrado no artigo 6º, n.º 1, da CEDH, encontra-se ligado, por um lado, à inadmissibilidade da prova obtida mediante tortura ou métodos opressivos (art. 3º, da CEDH), e por outro lado, à vontade do acusado em não prestar declarações, decorrente do seu direito ao silêncio. No entanto, tal não se estende a extração de prova obtida independente da sua vontade, mesmo que através de métodos de coerção (*compulsory powers*) desde que legais, como seja a apreensão de documentos ou através de testes ao ar expirado, ao sangue, à urina ou do ADN (TEDH casos Saunders v. UK, de 1996/Dez./17; § 69; P.H. e J.H. v. U.K., 2001/Set./25, § 80; Jalloh v. Alemanha 2006/Jul./11, § 102). Para o efeito da admissibilidade dessa ingerência coerciva, deve-se atentar, entre outras coisas, à natureza e ao grau de constrangimento que é causado (TEDH caso Heaney e McGuinness v. Irlanda, 2000/Dez./21, §§ 51-55; Allan v. UK, 2002/Nov./05).

A propósito, a Comissão Europeia dos Direitos Humanos (Com. EDH), começou por considerar que qualquer interferência na integridade física de uma pessoa, por mínima que seja, pode ser considerada como uma violação do artigo 8º, da CEDH, podendo, no entanto, essa ingerência considerar-se como legítima se a mesma estiver prevista na lei e seja considerada necessária numa sociedade democrática (ComEDH, casos X v. Holanda de 1978/Dez./04, n.º 8239/78 - teste sanguíneo na circulação rodoviária; X v. Áustria, de 1979/Dez./13, n.º 8278/78 -

²⁸⁵ TEDH, caso S. and Marper vs UK, 2008/Dez./04, disponível em: <<http://www.echr.coe.int/>>.

recolha de sangue para determinação da paternidade; X v. RFA, de 1980/Mar./14, n.º 8518/79 - administração de substâncias psico-farmacêuticas e neurológicas; Peters v. Holanda, 1994/Abr./04, n.º 21131/93 - teste de urina). Assim, acaba por se aceitar a interferência na integridade física, podendo esta ir além de atuações inofensivas, se, mediante um critério de proporcionalidade, essa ingerência for minimamente suportável e não ponha em risco a saúde do visado²⁸⁶.

No entanto, considerou-se não ser aceitável, por se tratar de um tratamento desumano ou degradante não permitido pelo artigo 3º, da CEDH, a provocação forçada de vômitos, mediante a ingestão coerciva, através de um tubo, de substâncias farmacológicas que foram introduzidas para obtenção do produto estupefaciente (0,2182 gr. cocaína) que o arguido havia ingerido (TEDH caso Jalloh v. Alemanha, 2006/Jul./11). Daí que não se possa ignorar que o uso de técnicas de ADN, para além de poderem colocar em causas os referidos direitos fundamentais à integridade corporal e à autodeterminação informativa, podem ainda gerar riscos em relação à obtenção e aplicação das respectivas técnicas. Por isso e em caso de recusa obstinada em ceder esses fluidos 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 extração de saliva bucal, se espere que o visado expila qualquer outra mostra de fluído orgânico que possa ser devidamente recolhido para determinação do ADN.

Importante ainda observar as recomendações do Comitê de Ministros para Estado Membros n.º 92 (1), sobre uso das análises de ADN dentro da estrutura do sistema de justiça criminal de 1993, que norteiam o assunto²⁸⁷.

O objetivo deste capítulo é ilustrar o trabalho com decisões paradigmáticas, que servem de importantes balizas para o tema em estudo, especialmente em matéria de intervenções corporais não consentidas pelo sujeito passivo da medida.

²⁸⁶ Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/50331a8bd88a08bc80257bad004a4597?OpenDocument/>>.

²⁸⁷ Disponível em:

<<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804e54f7>>.

7.1. Caso Jalloh v. Alemanha, julgado em 11 de julho de 2006 ²⁸⁸.

O Tribunal Europeu de Direitos do Homem julgou em de 11 de julho de 2006, o caso Jalloh v. Alemanha, que trata especialmente sobre o direito a não autoincriminação²⁸⁹.

Em 29 de Outubro de 1993, quatro policiais a paisana observaram o investigado, ao menos em duas ocasiões diferentes, levando uma pequena sacola de plástico (a chamada "bolha") para fora da sua casa e entregando-a a outra pessoa em troca de dinheiro. Acreditando que estes sacos continham drogas, os policiais foram para prender o suspeito, no entanto este engoliu outro envelope de plástico que ainda tinha em sua boca.

Os policiais não encontraram nenhuma outra droga no investigado. Dado que um atraso significativo poderia frustrar a investigação, o Ministério Público ordenou que um emético (Breachmittel) fosse administrado ao requerente por um médico para provocar a regurgitação do saco (*Exkorporation*).

O suspeito foi encaminhado para um hospital em Wuppertal-Elberfeld. De acordo com as autoridades, o médico que devia administrar os eméticos questionou o investigado sobre seu histórico médico. Isto foi contestado pelo recorrente, que alegou que não tinha sido interrogado por um médico.

Como o investigado se recusou a tomar a medicação necessária para provocar o vômito, ele foi detido e imobilizado por quatro policiais. O médico então lhe administrou de forma forçada uma solução salina e o xarope emético de "Ipecac syrup" através de um tubo introduzido em seu estômago através do nariz. Além disso, o médico injetou-lhe apomorfina, outro emético que é um derivado da morfina.

Como resultado, o investigado regurgitou uma bolha contendo 0,2182 gramas de cocaína. Cerca de uma hora e meia depois de ser preso e levado para o hospital, este foi examinado por um médico e declarado apto para a detenção.

Tanto em primeira instância, quanto em fase de recurso restou rejeitada a alegação de que o meio empregado para a obtenção de prova tinha sido desproporcional, ainda que a quantidade de droga apreendida tenha sido de

²⁸⁸ Disponível em:

<<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/Sum%E1rios%202006.pdf/>>.

²⁸⁹ JALLOH v. ALEMANHA Processo penal – Tratamento degradante (art. 3º) – Tratamento desumano (art. 3º) – Julgamento equitativo – Respeito pela vida privada – Administração forçada de eméticos – Tráfico de droga – Direito a não se autoincriminar.

apenas 0,2182 gramas de cocaína. O Tribunal manteve a fundamentação para a condenação e reduziu a sentença para uma pena de seis meses em liberdade condicional.

O réu interpôs recurso ao Tribunal Constitucional Alemão suscitando que restou violado seu direito a dignidade humana, em razão da prova forçada pela aplicação de medicamentos, desproporcional, e como tal, proibido pela legislação alemã. O recorrente entendia que teria contribuído para a sua própria condenação, ferindo o princípio do *nemo tenetur se detegere*, e entendia que restaria violado o art. 3º, e o art. 6º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

O Tribunal Constitucional Alemão não acatou as alegações do réu, argumentando que na matéria de intervenções corporais, para existir afronta ao art. 3º, da Convenção, deve ocorrer um tratamento desumano e de tortura se revestido de um nível mínimo de severidade, sendo este nível avaliado na real necessidade da prova, da duração do tratamento, dos efeitos físicos e psicológicos do examinado e nas características da pessoa submetida à perícia, como o sexo, a idade, além da saúde e o tipo de supervisão médica empregada.

O *BGH (Bundesgerichtshof)* delineou o âmbito de aplicabilidade do artigo em questão na matéria das intervenções. Em que pese o entendimento de que em qualquer caso a intervenção não possa exceder um mínimo de severidade tolerado, o artigo não faz qualquer objeção quanto ao recurso das intervenções corporais coercitivas e nem que estas tenham por fim a obtenção de prova, desde que se trate de um crime grave, e que a intervenção não acarrete danos relevantes à saúde do investigado.

O Código de Processo Penal Alemão prevê que as autoridades de investigação criminal possam ordenar a realização de intervenções médicas invasivas contra a vontade do suspeito para a obtenção de prova, desde que sejam efetivadas por um médico e delas não decorra o risco de dano para a saúde dos visados; ponderados os elementos do caso, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) foi acionado, e concluiu em relação ao caso que a administração de eméticos ao requerente, tal como foi ordenada pelas autoridades competentes, foi motivada não tanto por razões de ordem médica, mas antes para a preservação de meios de prova, relativamente ao crime de tráfico de drogas de que o requerente era suspeito; no entanto, esta conclusão só por si não basta para considerar que a medida impugnada (a administração forçada de eméticos ao requerente) é

contrária ao artigo 3º, da Convenção, o Tribunal, de resto, já em diversas ocasiões declarou que a Convenção não proíbe, em princípio, a prática de atos médicos compulsórios quando visem assistir na investigação de um crime.

O TEDH reconheceu que foi de importância vital para os investigadores determinar, com certeza, a quantidade e a qualidade da droga que o requerente traficava, mas não foi convencido que a administração forçada de eméticos fosse indispensável neste caso para a obtenção de prova, as autoridades poderiam ter esperado que a droga fosse expulsa do organismo naturalmente, já que a administração forçada de eméticos (que na Alemanha já teria causado duas mortes até à época do acórdão), não comporta riscos apenas negligenciáveis, como alegou o Governo.

Em relação às intervenções médicas a que um detido pode estar sujeito, mesmo contra a sua vontade, o artigo 3º, da Convenção, exige que o Estado assegure a defesa do bem-estar físico das pessoas que se encontram privadas de liberdade, promovendo, por exemplo, assistência médica aos detidos, essas pessoas continuam a merecer a tutela do citado artigo 3º, cujo conteúdo é irrevogável.

Uma determinada intervenção que revele ser uma necessidade terapêutica de acordo com os princípios da medicina não pode, em princípio, ser entendida como degradante ou desumana.

Os artigos 3º, e 8º, da Convenção, não impedem o recurso à prática de atos médicos que, apesar de contrários à vontade do suspeito, se revelem necessários à extração de elementos de prova sobre o seu envolvimento na prática de um crime; nestes termos, os órgãos da Convenção, têm entendido que a recolha de sangue ou de amostras de saliva contra a vontade do suspeito no âmbito da investigação de um crime não viola, nos casos apreciados, estes artigos da Convenção.

Contudo, a realização forçada de um ato médico qualquer, com o objetivo de obtenção de prova sobre a prática de um crime têm de encontrar embasamento convincente nos fatos do caso; em especial naqueles casos em que o ato médico a se praticar é especialmente intrusivo, destinando-se a recolher do interior do corpo do investigado a prova do crime que se suspeita aquele tenha cometido. O caráter particularmente invasivo dessas intervenções exige um escrutínio rigoroso de todas as circunstâncias envolventes, devendo ter-se em

conta a gravidade da infração em causa, sendo que as autoridades têm de demonstrar que ponderaram a utilização de métodos alternativos para a obtenção da prova, e que o método (ato ou intervenção) escolhido não acarretarão danos duradouros para a saúde do suspeito.

O direito de não se autoincriminar impõe que se respeite a vontade do arguido de não falar e manter o silêncio, no entanto, este direito não contempla a impossibilidade de utilização no processo de meios de prova que sejam obtidos através do arguido independentemente da sua vontade (ou mesmo, contra a sua vontade) por poderes de autoridade, tais como, documentos obtidos na sequência de buscas judicialmente ordenadas, ou de recolha de amostras e exames de sangue, urina, saliva, cabelo, voz, ou recolha de outros tecidos orgânicos para a realização de testes de ADN.

Analisados os fatos do caso em presença à luz destes princípios, verifica-se que a prova recolhida na sequência da administração de eméticos ao arguido não foi obtida ilegalmente, ou em descumprimento à lei interna.

O tratamento a que o requerente foi sujeito embora não tivesse atingido a gravidade de um ato de tortura, alcançou, no entanto, o nível de gravidade mínimo que permite qualificá-lo como tratamento desumano ou degradante, caindo assim no âmbito de aplicação do artigo 3º, da Convenção.

Assim, não é de excluir que a utilização ou admissibilidade de meios de prova obtidos através da prática intencional de maus-tratos implique que o julgamento do arguido seja tido como injusto (ou não equitativo).

A discricionariedade dos tribunais nacionais que poderiam excluir a prova ora impugnada não deve ser positivamente considerada já que os mesmos tribunais consideraram que a administração de eméticos estava autorizada segundo a lei nacional; para, além disso, o interesse público na condenação do requerente não era de molde a permitir validar a utilização daquela prova em julgamento.

A utilização como prova da droga recolhida na sequência da administração forçada de eméticos ao requerente determinou a iniquidade de todo o julgamento, pelo que o Tribunal (TEDH) concluiu que houve violação ao artigo 6º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).

7.2. Caso Bogumil v. Portugal, julgado em 06 de abril de 2009 ²⁹⁰.

Trata-se de uma queixa apresentada contra a República Portuguesa por um cidadão polaco, Adam Bogumil, em 08 de Novembro de 2003, nos termos do artigo 34.º, da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em que o requerente alegou ter sofrido intervenções cirúrgicas que atentaram contra a sua integridade física.

Em 12 de Novembro de 2002, quando chegava ao Aeroporto de Lisboa proveniente do Rio de Janeiro (Brasil), foi abordado pelas autoridades aduaneiras, e após uma revista pessoal, foram encontradas várias embalagens de cocaína, com cerca de 360 gramas, dissimuladas no calçado de Bogumil, este informou então às autoridades que teria ingerido uma embalagem suplementar, que trazia no seu estômago.

Conduzido ao Hospital de São José de Lisboa, foi submetido, após consentimento verbal, a exame radiológico que confirmou a presença de uma embalagem, e a imagem radiológica demonstrava a permanência, sem progressão, de uma das referidas embalagens no tubo digestivo do doente, e apesar de tentada a sua expulsão por vários métodos farmacológicos, foi solicitada a realização de endoscopia digestiva alta.

A endoscopia efetuada (que teve consentimento por escrito do suspeito) confirmou que a embalagem não havia ultrapassado o piloro²⁹¹ e não se deve, nestas circunstâncias, ser tentada a sua remoção instrumental endoscópica pelo risco de ruptura da embalagem e consequente absorção rápida do seu conteúdo, com provável morte do doente num curto espaço de tempo.

Foi realizada então a remoção cirúrgica, que em virtude do carácter de urgência da intervenção médica, foi consentido verbalmente pelo doente na mesma língua em que se estabeleceu o contato antes da realização da endoscopia digestiva alta, não tendo este formalizado, por escrito, a sua autorização para a cirurgia, ao contrário do que havia sucedido antes da sua deslocação ao Hospital. Foi extraído um pequeno saco contendo um produto, que após exame de constatação, revelou-se ser droga (cocaína), sendo o paciente recolhido ao hospital prisional, por ter sido preso em flagrante delito.

²⁹⁰ Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/acordaos/traducoes/acordao%20bogumil-tradu%E7%E3o%20-%20vers%E3o%20final.pdf/>>.

²⁹¹ O piloro é uma constrição muscular na porção terminal do estômago que regula a passagem do quimo semidigerido deste para o duodeno.

Em relação à finalidade da intervenção médica litigiosa, o E TEDH considerou, atendendo aos elementos de fato disponíveis, que a mesma resultou de uma necessidade terapêutica e não da vontade de recolher elementos de prova. Com efeito, ninguém contestou que o requerente corria o risco de morrer de intoxicação. Por outro lado, este foi mantido em observação durante quarenta e oito horas: foi somente quando se verificou que o fato de esperar a remoção da embalagem pelas vias naturais constituía um risco para a sua vida que a equipe médica – e não a polícia – decidiu praticar a intervenção cirúrgica.

O Tribunal constatou, por outro lado, que a intervenção cirúrgica se realizou num hospital civil e que foi praticada por pessoal médico competente. Finalmente, em nenhum momento foi necessário utilizar a força para com o requerente.

Tendo em conta o conjunto das circunstâncias no caso concreto, que apresentam diferenças consideráveis em relação às do caso Jalloh, citado anteriormente, que incidia também sobre a remoção de uma embalagem de estupefacientes no estômago do interessado, o TEDH considerou que a intervenção litigiosa não foi de molde a constituir um tratamento desumano ou degradante contrário ao artigo 3.º da Convenção.

Sobre a proporcionalidade da medida, o Tribunal considerou que foi observado um justo equilíbrio entre o interesse público, relativo à proteção da saúde, e o direito do requerente à proteção da sua integridade física e moral, e não houve, por isso, violação do artigo 8.º, da Convenção.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu por unanimidade julgar a queixa admissível, afirmando, no entanto, que existiu violação do n.º 1, e n.º 3, “c”, conjugados, do artigo 6º, da Convenção. Decidiu ainda que não houve violação do artigo 3º, da Convenção, tampouco violação do artigo 8º, da mesma Convenção, condenando o Estado requerido a pagar valor (€ 3.000,00) referente a danos morais.

O Tribunal descartou assim afronta aos direitos humanos no tocante à intervenção cirúrgica a que foi submetido o investigado, e neste caso, não se podia exigir outra hipótese, pelo elevado risco à saúde de Bogumil, além do fato de que, independentemente da extração da embalagem através de cirurgia, já existia prova suficiente para a condenação do arguido por tráfico de drogas.

7.3. Caso Saunders v. Reino Unido, julgado em 17 de dezembro de 1996 ²⁹².

Saunders v. Reino Unido foi um caso judicial levado ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos em razão do direito contra a autoincriminação e da presunção de inocência, tal como incluído na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (Artigo 6º, n.º 1 e n.º 2).

Ernest Saunders foi condenado em doze acusações de conspiração, falsa contabilidade e roubo relacionados para compartilhar negociação que ocorreu no ano de 1986. De acordo com a legislação vigente, onde seria crime se recusar a responder a perguntas feitas por inspetores nomeados pelo Departamento de Comércio e Indústria, desde que as respostas a essas perguntas fossem admissíveis judicialmente.

Tendo Saunders à opção de incriminar-se ou o Judiciário puniria o infrator da mesma maneira como se ele tivesse sido culpado de desacato ao tribunal. Saunders respondeu perguntas durante nove entrevistas de fevereiro a junho de 1987 e suas respostas foram apresentadas durante seu julgamento entre 1989 e 1990.

A legalidade das declarações obtidas sob coação foi questionado no julgamento durante duas ocasiões. No decorrer do julgamento posterior de seus corréus as entrevistas também foram questionadas no caso de abuso de processo. Nenhum desses questionamentos teve êxito.

O caso foi levado ao TEDH, e por uma maioria de 16x4 o Tribunal decidiu que havia uma violação do artigo 6º, da Convenção. O TEDH rejeitou o argumento do governo britânico que a complexidade de grandes casos de fraude e o interesse público em garantir uma condenação justificou a compulsão. O Tribunal também rejeitou o argumento de que o poder de um juiz de julgamento excluir admissões era uma defesa neste caso. Ainda, declarou que "o interesse público não pode ser invocado para justificar o uso de respostas obtidas compulsoriamente em uma investigação não judicial para incriminar o acusado durante o processo" e "a acusação em um processo criminal deve tentar provar seu caso contra o acusado sem recorrer a provas obtidas através de métodos de coerção ou opressão contra a vontade do acusado".

²⁹² Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58009&filename=001-58009.pdf&TID=thkbhnilzk>>.

Restou decidido então que a utilização em processo penal de prova recolhida em investigação não judicial mediante a colaboração do arguido, obtida sob coerção da aplicação de sanções, quando sobre ele já recaíam suspeitas da prática do crime pelo qual viria a ser acusado, violava o artigo 6.º, da Convenção.

O Tribunal Europeu de Direitos do Homem definiu o âmbito do direito a não auto incriminação como sendo o respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações e que esse direito ao silêncio não se estende ao uso dos dados que se tenham obtido do arguido, por meios coercivos, mas que existam independente da sua vontade, enumerando um leque de exemplos destes casos, como as análises de ADN, ou provas obtidas por análises de sangue, urina, ar expirado, etc. Daqui resulta então uma perspectiva clara do arguido (e do seu corpo) enquanto meio de prova, espaço onde as intervenções sobre o corpo não estão ao abrigo do seu direito ao silêncio, nem do seu direito a não se auto incriminar.

Desta forma, neste acórdão propugnou-se que o *nemo tenetur se detegere* tem por objetivo a proteção da declaração do investigado, e que os vestígios corporais não constituem declarações. Esta visão restritiva do *nemo tenetur* acaba por limitá-lo ao direito ao silêncio, não restando qualquer espaço para atuação do privilégio contra a autoincriminação²⁹³.

7.4. Caso S. e Marper v. Reino Unido, julgado em 04 de Dezembro de 2008²⁹⁴.

O processo teve origem em duas petições (n.º 30562/04 e n.º 30566/04) contra o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, apresentadas ao TEDH nos termos do artigo 34º, da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais por dois cidadãos britânicos, S. S. e Michael Marper, em 16 de Agosto de 2004.

Os recorrentes impugnaram, nos termos dos artigos 8º, e 14º, da Convenção, que as autoridades continuassem a conservar as suas impressões digitais e amostras celulares e perfis de ADN, após o processo penal contra eles ter terminado com uma absolvição ou ter sido descontinuado.

O processo envolveu dois requerentes de Sheffield, Inglaterra, S. e Michael Marper. O primeiro recorrente, S., foi preso em 19 de Janeiro de 2001 aos

²⁹³ DA CRUZ, Joana Maria Ferreira - *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare* (...), p.85.

²⁹⁴ Disponível em: <[164](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-90051%22]}>.</p></div><div data-bbox=)

11 anos de idade e acusado de tentativa de roubo. Suas impressões digitais e amostras de ADN foram recolhidas. Ele foi absolvido em 14 de Junho de 2001. Já o segundo recorrente, Michael Marper, foi detido em 13 de Março de 2001 e acusado de assédio contra a sua companheira. Suas impressões digitais e amostras de ADN também foram extraídas. Antes de uma revisão de pré-julgamento, ele e sua companheira tinham se reconciliado, e a acusação não foi oferecida. Em 11 de Junho de 2001, o *Crown Prosecution Service* notificou os advogados do requerente da desistência e, em 14 de Junho de 2001, o processo foi definitivamente arquivado.

Ambos os requerentes pediram que fossem destruídas as suas impressões digitais e amostras de ADN, mas em ambos os casos a polícia recusou tais pedidos. Os recorrentes solicitaram a revisão judicial das decisões policiais de não destruir as impressões digitais e as amostras. Em 22 de Março de 2002, o Tribunal Administrativo indeferiu o pedido.

No Reino Unido, qualquer indivíduo preso por qualquer espécie de crime teve uma amostra de ADN recolhida e armazenada na *National DNA Database*. Mesmo se o indivíduo nunca foi acusado, se o processo criminal foi interrompido, ou se a pessoa foi posteriormente absolvida de qualquer crime, o seu perfil de ADN, no entanto, poderia ser mantido permanentemente no registro. A maioria dos Estados-Membros do Conselho da Europa autoriza a extração obrigatória de impressões digitais e de amostras de ADN no contexto de processos penais, no entanto, o Reino Unido (especificamente, a Inglaterra, o País de Gales e a Irlanda do Norte) era o único Estado membro que expressamente autorizava a retenção sistemática e indefinida desses perfis de ADN. Em contraste, as amostras de ADN recolhidas na Escócia, quando as pessoas são presas, devem ser destruídas se o indivíduo não for acusado ou condenado.

A decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem anulou os acórdãos favoráveis ao Governo da Câmara dos Lordes, do Tribunal de Recurso e do Supremo Tribunal do Reino Unido. Ambos os requerentes teriam solicitado ao chefe da polícia amostras de seu ADN que haviam sido tomadas para serem destruídas. A Divisão Administrativa da Suprema Corte (*High Court*) recusou um pedido de revisão judicial em 2002 da decisão de não destruir as impressões digitais e amostras e esta decisão foi, por sua vez, confirmada pela Corte de Apelações (*Court of Appeal*) em 2003. Esse acórdão registrou que o Chefe de Polícia

(Chief Constable Policy) teria o poder de destruir as amostras no caso em que estivesse completamente satisfeito de que o indivíduo estava livre de qualquer suspeita, e quando a retenção de amostras tivesse permitido que as informações fossem usadas para o propósito legítimo de combater o crime.

Em apelo à Câmara dos Lordes, em 2004, foi observado o valor considerável das impressões digitais e amostras mantidas, mas que as amostras poderiam ser destruídas após a absolvição de um acusado. Contudo, na observação mencionada pelo acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a retenção de dados de impressões digitais e de ADN constituía uma ingerência do Estado no direito ao respeito da sua vida privada que atraía a proteção do artigo 8º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

O Tribunal considerou incontestável que a luta contra a criminalidade e, em particular, contra a criminalidade organizada e o terrorismo, que constitui um dos desafios das sociedades mundiais de hoje, depende em grande medida da utilização de modernas técnicas científicas de investigação e identificação. As técnicas de análise de ADN foram reconhecidas pelo Conselho da Europa há mais de quinze anos como vantagens para o sistema de justiça penal (Recomendação n.º R (92), n.º 1, do Comitê de Ministros). Também não é contestado que os Estados-Membros têm desde então feito progressos rápidos e marcados no uso da informação de ADN na determinação de inocência ou culpa.

No entanto, embora reconheça a importância de tais informações na detecção de crimes, o Tribunal deve delimitar o âmbito do seu exame.

No que diz respeito, mais especificamente, às amostras de ADN, a maior parte dos Estados contratantes autoriza que estas matérias só possam ser apreendidas no âmbito de processos penais por pessoas suspeitas de terem cometido infrações graves. Na grande maioria dos Estados contratantes com bases de dados de ADN em funcionamento, as amostras e os perfis de ADN derivados dessas amostras devem ser removidos ou destruídos imediatamente ou dentro de um determinado período de tempo após a absolvição ou a quitação. Alguns Estados admitem um número restrito de exceções a este princípio.

A Recomendação n.º R (92), n.º 1, do Comitê de Ministros, salienta a necessidade de uma abordagem que discrimine entre diferentes tipos de casos e para a aplicação de períodos de armazenagem rigorosamente definidos para os dados, em casos mais graves. Neste contexto, a Inglaterra, o País de Gales e a

Irlanda do Norte parecem ser as únicas jurisdições no Conselho da Europa a permitir a retenção indefinida de impressões digitais e de ADN de qualquer pessoa, de qualquer idade, suspeita de qualquer infração registável.

A Corte observou que a proteção oferecida pelo artigo 8º, da Convenção, seria inaceitavelmente enfraquecida se o uso de técnicas científicas modernas no sistema de justiça criminal fosse permitido a qualquer custo e sem equilibrar cuidadosamente os benefícios potenciais do uso extensivo de tais técnicas contra importantes interesses da vida privada. O Tribunal considerou que qualquer Estado que reivindica um papel pioneiro no desenvolvimento de novas tecnologias tem a responsabilidade especial de encontrar o justo equilíbrio a este respeito.

Embora nem as estatísticas, nem os exemplos fornecidos pelo Governo em si mesmos estabeleçam que a identificação bem sucedida que o julgamento dos autores não poderiam ter sido alcançados sem a retenção permanente e indiscriminada dos registros de impressões digitais e de ADN de todas as pessoas na posição dos requerentes, o Tribunal admitiu que a extensão da base de dados contribuiu, no entanto, para a detecção e prevenção da criminalidade.

No entanto, restou saber se essa retenção seria proporcional e se atinge um justo equilíbrio entre os interesses públicos e privados concorrentes. O TEDH reconheceu que o nível de ingerência no direito à vida privada dos requerentes pode ser diferente para cada uma das três diferentes categorias de dados pessoais conservadas. A retenção de amostras celulares é particularmente intrusiva dada à riqueza de informações genéticas e de saúde nele contidas. No entanto, um regime de retenção tão indiscriminado e aberto como o que está em questão exige um exame cuidadoso, independentemente destas diferenças.

Especialmente preocupante no presente contexto é o risco de estigmatização, decorrente do fato de as pessoas que se encontram na posição dos requerentes, que não foram condenadas por qualquer infração e têm direito à presunção de inocência, são tratadas como se pessoas condenadas fossem.

Em conclusão, o Tribunal verificou que o caráter geral e indiscriminado dos poderes de retenção das impressões digitais, das amostras celulares e dos perfis de ADN das pessoas suspeitas, mas não condenadas por infrações, aplicadas no caso dos presentes recorrentes, não observa um justo equilíbrio entre os interesses públicos e privados concorrentes e que o Estado inquirido tenha ultrapassado qualquer margem de apreciação aceitável a este respeito. Por

consequente, a retenção em causa constitui uma ingerência desproporcionada no direito dos recorrentes ao respeito da vida privada e não pode ser considerada necessária numa sociedade democrática.

Consequentemente, no presente caso, o Tribunal por unanimidade declarou que houve violação do artigo 8º, da Convenção, a proteção oferecida pelo artigo 8º, da CEDH, seria inaceitavelmente enfraquecida se o uso moderno no campo das técnicas de justiça penal fosse autorizado sem antes se sopesar cuidadosamente as vantagens destas técnicas por um lado, e os interesses essenciais relacionadas com a proteção da privacidade. O Estado ao reivindicar um papel pioneiro no uso de novas tecnologias só reforça a sua responsabilidade em encontrar um justo equilíbrio na questão.

8. COMO REALIZAR A IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO EM CASO DE RECUSA DO INVESTIGADO/CONDENADO: A PROBLEMÁTICA BRASILEIRA.

Inicialmente, deve-se destacar que ser obrigatório, e se realizar de maneira compulsória são expressões que se complementam, mas tem significados diferentes. Apesar de ser obrigatório (no caso do art. 9º-A, da LEP), não necessariamente pode se realizar de maneira compulsória a identificação do perfil genético do condenado.

Tendo isto em mente, o objetivo do presente capítulo é apresentar os pressupostos, os problemas e soluções para a realização da identificação do perfil genético do arguido em caso de recusa deste.

8.1. Pressupostos.

A doutrina que sustenta a intervenção corporal como meio probatório no processo penal apresenta a necessidade de determinados pressupostos para que a medida seja desenvolvida e executada, tornando-se assim, uma prova válida e eficaz. Convém assinalar que os pressupostos não possuem o mesmo grau de imprescindibilidade, sendo que sua ausência implica em diferentes consequências.

A definição dos pressupostos para a aplicação das medidas de intervenção corporal é uma necessidade no Estado Democrático de Direito. Por se tratar de um procedimento que fere, potencialmente, os direitos fundamentais, parece inequívoco que sua execução depende de lei que defina as hipóteses de aplicação nas quais o juiz autorizaria a realização da ingerência no corpo humano, após analisar sua necessidade e adequação ao caso processual penal²⁹⁵.

Assim, a legalidade é imprescindível, não podendo ser consideradas lícitas as provas obtidas através de intervenções corporais, sem ser prevista tal modalidade na legislação do país onde se executou a medida. É necessário ainda que a norma estabeleça de forma clara e pormenorizada em quais situações a intervenção corporal será realizada, esclarecendo as condições para o procedimento de ingerência.

De fato, o tema não foi tratado suficientemente pela Lei n.º 12.654/2012 que, acrescentando um parágrafo único ao art. 5º, da Lei n.º 12.037/2009, permitiu a coleta de material biológico para todo e qualquer tipo de

²⁹⁵ SILVA, Emílio de Oliveira e - Identificação Genética para Fins Criminais (...), p. 75.

investigação criminal. Não definiu os crimes que permitem a realização da intervenção coercitiva, tampouco os limites do procedimento, bastando, para tanto, que a medida seja essencial às investigações policiais e exista decisão judicial. Além disso, não explicitou como se realizaria o procedimento de intervenção corporal obrigatório, somente afirmando em que situações a identificação genética pode ser realizada.

Neste ponto, entende-se que a Lei de Identificação Genética violou o princípio da legalidade, sob a perspectiva da taxatividade, e nem decreto regulamentador supriria tal lacuna, por clara afronta a reserva legal (art. 5.º, II, CRFB/88).

Todavia, a observância do princípio da legalidade por si só não confere legitimidade à medida interventiva. Qualquer intervenção corporal que coloque em risco a vida ou a saúde da pessoa humana deve ser descartada, já que nessas hipóteses a execução da intervenção corporal constitui um meio gravíssimo para os fins que se pretendem atingir²⁹⁶.

Ademais, por se tratar de um procedimento técnico complexo, torna-se necessário que a execução dessa medida seja realizada por profissionais especializados, os quais detenham conhecimentos na sua área de atuação e, assim, possam avaliar os riscos do procedimento. Somente quem detenha qualidade técnica poderá realizar tais diligências, pois não se trata somente de uma restrição de direitos, como pode colocar em risco a vida do sujeito passivo do exame, dependendo de como e das circunstâncias em que esta for realizada.

Outro pressuposto trata do respeito aos procedimentos processuais, principalmente os referentes à audiência prévia e a presença de defensor. O devido processo penal deve ser respeitado, assim, tanto a audiência prévia como a presença do defensor são hipóteses de validade da prova. Observando-se que, no caso de medidas que exijam o sigilo e em que não seriam possíveis esses procedimentos, o contraditório deverá ser diferido, ocorrendo logo depois da realização da intervenção para, somente depois, ter a prova validade no processo²⁹⁷.

A ausência de uma decisão judicial que determine a intervenção corporal informa a falta de um pressuposto não absoluto para toda a doutrina. A

²⁹⁶ SILVA, Emílio de Oliveira e - Identificação Genética para Fins Criminais (...), p. 76.

²⁹⁷ FIORI, Ariane Trevisan - A Prova e a Intervenção (...), pp. 132-133.

doutrina alemã, por exemplo, relativiza este requisito, entendendo que, no caso de perigo de impossibilidade de realização da medida pela espera, seja desnecessária a ordem judicial²⁹⁸. No entanto, a maioria das nações entende no sentido contrário, concluindo que a ausência de mandado judicial viola diretamente os direitos fundamentais, não sendo admissíveis eventuais provas obtidas sem a referida decisão. Ademais, a decisão judicial que defere uma medida de intervenção corporal é restritiva de direitos, razão pela qual deve ser devidamente fundamentada, resultando a falta de fundamentação na inadmissibilidade da prova.

Tendo em vista que a grande parte da doutrina sustenta a impossibilidade de coerção do destinatário, nestes casos, é preciso então, que o mesmo seja informado do direito de opor-se à realização da intervenção. O sujeito passivo tem de ter assegurado o direito a rechaçar a medida e recorrer da decisão, caso necessário²⁹⁹.

Todos esses pressupostos: a legalidade; a existência de um processo judicial, com a respectiva decisão judicial devidamente fundamentada sobre a medida; o respeito aos procedimentos processuais (audiência prévia, presença do defensor); o profissional habilitado para executá-la, responsável pela menor duração e local da intervenção; a impossibilidade de coerção e o direito a opor-se, decorrem do princípio da proporcionalidade. A vulneração a esse princípio significa que a intervenção corporal não é mais legítima nem justificada, devido à limitação que impõem aos direitos fundamentais, já que somente se determina uma medida de intervenção corporal, se for proporcionalmente necessário em razão da gravidade do delito ocorrido. Assim, não ocorrendo o respeito à proporcionalidade, as intervenções corporais são consideradas ilícitas, portanto inadmissíveis³⁰⁰.

8.2. Problemas e possíveis soluções.

Inicialmente, ressalta-se que a coercibilidade da subtração de amostras é admitida em alguns ordenamentos jurídicos para fins de investigação criminal e até de paternidade, como é o caso da Alemanha; para efeitos de investigação criminal, essa prática poderia significar, não apenas a “coisificação” do corpo humano, mas ainda a negação dos princípios constitucionais e de processo penal já

²⁹⁸ Sendo a decisão judicial realizada *a posteriori*.

²⁹⁹ FIORI, Ariane Trevisan – A Prova e a Intervenção (...), p. 134.

³⁰⁰ FIORI, Ariane Trevisan – A Prova e a Intervenção (...), pp. 134-135.

debatidas na presente pesquisa. De resto, a recolha coercitiva do ADN, com recurso à força física para obtenção de material genético em ordem a instruir o processo penal de natureza acusatória contra o próprio titular da amostra, parece assemelhar-se, muito de perto, a práticas próximas da tortura, mas não deixa de ser uma realidade em diversos países.

Mesmo assim, existe a possibilidade da consagração legal de obrigatoriedade de registro na base de dados genéticos através de decisão que ordena a realização do exame, com toda a sua fundamentação, bem como da recusa de submissão por parte do arguido, tudo deixado a livre apreciação da prova por parte do magistrado competente.

No entanto, a inversão do ônus da prova caso o arguido se recuse a submeter-se a exames não é uma solução como vigora no direito civil em caso de exame de paternidade, pois no direito criminal essa repartição do ônus da prova, além de desvirtuar o princípio da presunção de inocência, parece contradizer a estrutura acusatória do processo penal, que não se compadece, em caso algum, com uma repartição do ônus probatório. A imposição do arguido de sanção penal ou ônus probatório no caso de recusa retira, em virtude dessa ameaça com medida legalmente prevista, a liberdade do consentimento, para mais, estando o arguido numa relação especial de poder, pouco pode adiantar, pois a recusa pode continuar a ser feita³⁰¹.

Por outro lado, a maioria da jurisprudência entende que o consentimento informado do investigado é fundamental no momento de realização da prova em que o resultado desta pode ser incriminatório. Deve-se observar que o consentimento informado deve ser acompanhado de assistência jurídica sempre que se trate de um acusado ou detento. O consentimento haverá de ser fornecido para o fim determinado, não podendo ser utilizado pelas pessoas as quais tenha sido dado além das limitações exatas em que foi expresso. Exemplo concreto seria o sangue coletado para análise de vínculo genético da paternidade/maternidade ser aplicado na investigação de crimes.

Em outro ponto, o requerimento ao investigado para que suporte uma intervenção corporal com um aviso de desobediência em caso de negativa é legítimo, e não vulnera os direitos do imputado de não se declarar culpado³⁰². Tal

³⁰¹ GONÇALVES, Manuel – Recolha de amostras de ADN (...), p. 211.

³⁰² MARÍN, Maria Ángeles Perez - El ADN como método de (...), pp. 148-149.

modalidade de desobediência não existe no Brasil (apesar de existir em diversos países, como Portugal), sendo modalidade criminosa após ordem legal emitida por autoridade competente. No entanto, tal delito ainda não solucionaria (na prática) a realização de perícia em caso de recusa do condenado, tendo em vista que, em regra não se permite realizar o emprego da força física por ser uma situação desumana e degradante, além de contrária ao arcabouço constitucional.

Importante destacar que as células corporais necessárias para realizar uma intervenção corporal são mínimas e podem ser encontradas no próprio local dos fatos (mostra de sangue, cabelos, pelos, etc.), no corpo ou vestes da vítima ou em outros objetos. Nestes casos, poderão ser recolhidas normalmente, utilizando os meios normais da investigação preliminar (busca e/ou apreensão domiciliar ou pessoal). O problema aparece quando essas amostras precisam ser realizadas mediante colaboração do sujeito passivo da medida, pois existindo consentimento deste, poderá ser realizada qualquer espécie de intervenção corporal, uma vez que o conteúdo da autodefesa seria disponível e renunciável. Todavia, quando o sujeito se recusa a colaborar com as investigações criminais, se depara com a divergência doutrinária. Em países como Estados Unidos e Alemanha, em regra, permitem a execução da medida sem o consentimento do indivíduo, utilizando, inclusive, a coerção, se necessário. Já no direito brasileiro, mesmo existindo previsão expressa quando a realização do exame de ADN de investigados e condenados, a maioria da doutrina entende que, tendo em vista os princípios da presunção de inocência e do *nemo tenetur se detegere*, o sujeito não pode ser obrigado a submeter-se às intervenções corporais de forma não consentida³⁰³.

Verifica-se assim que a Lei de Identificação Genética brasileira padece e imperfeições técnico-legais que impossibilitam a execução da coerção física, sobretudo em razão da violação ao princípio da legalidade e a autoincriminação. Tais falhas são decorrentes do inadequado processo legislativo e se refletem nas lacunas da Lei n.º 12.654/2012, que não diferenciou as diversas maneiras de coleta do material biológico e tampouco estabeleceu as consequências da não realização da intervenção corporal. Enfim, faltou um regime jurídico que garantisse ao indivíduo a idoneidade e segurança do procedimento investigativo e probatório,

³⁰³ FIORI, Ariane Trevisan – A Prova e a Intervenção (...), pp. 107-108.

sem que isso pudesse representar comportamentos arbitrários por parte dos agentes estatais³⁰⁴.

Mas apesar das diversas críticas que podem ser exaladas para a legislação brasileira, o fato é que a Lei de Identificação Genética existe e o intuito do presente capítulo é definir os problemas e estabelecer soluções para a legal e válida recolha de material genético para a posterior análise e prova no processo penal.

Inicialmente a seguinte pergunta deve ser respondida: **É possível a extração de material biológico de forma coativa caso o investigado ou condenado a ela se recuse?**

Analisando a jurisprudência dos tribunais brasileiros, a resposta é negativa, tendo em vista principalmente o princípio do *nemo tenetur se detegere*, que é analisado de forma exacerbada no país. Mas não é só isso, outra questão é a falta de regulamentação expressa, o que desrespeita o princípio da legalidade, no que concerne a possibilidade de se utilizar a força no caso da negativa do indiciado/condenado, além do respeito à integridade física e a dignidade da pessoa humana.

Corroborando coma resposta, Aury Lopes Junior assevera que no processo penal contemporâneo, democrático, o imputado pode rechaçar o exame que corresponda à intervenção corporal, direito absoluto, que não deve ceder sequer em face ao princípio da proporcionalidade. Ainda lembra que a carga probatória incumbe a quem acusa, e o acusado não pode ser compelido a auxiliar a acusação a se livrar de um ônus que é seu³⁰⁵.

Desta feita, para entender a situação, a Lei n.º 12.654/2012 diz que é obrigatório à identificação do perfil genético pelos condenados por crimes hediondos (previstos no art. 1º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990), além dos crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, mediante extração de ADN - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor, ou nos casos de investigação a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, de acordo com decisão judicial. No entanto, a legislação não explica quais as consequências do descumprimento por parte do condenado ou investigado, nem como se é possível e

³⁰⁴ SILVA, Emílio de Oliveira e - Identificação Genética para Fins Criminais (...), p. 131.

³⁰⁵ LOPES JÚNIOR, Aury - Direito Processual Penal, pp. 615-617.

de que forma realizar a identificação criminal genética, caso este se recuse a consenti-la. Desta forma, é obrigatória a identificação do perfil genético, mas não existem consequências expressas para o seu descumprimento.

Tal situação também ocorre na legislação portuguesa, onde de acordo com Patrícia Naré Agostinho, o legislador não regulou expressamente as consequências da ausência de consentimento e bem ainda da resistência, ativa ou passiva do visado, não existindo assim verdadeiramente um regime legal da recusa de arguido. A Lei não disciplinou as formalidades do consentimento e é omissa quanto às consequências da sua ausência³⁰⁶.

Desta maneira, a doutrina entende que não há forma de forçar o réu a realizar alguma diligência pericial, em nenhum caso se permite fazer o uso da força física por ser uma situação degradante e contrária às previsões constitucionais. Afirma-se a absoluta ilicitude da coerção que implica o uso da compulsão física e supõe a violação de direitos fundamentais frente ao exercício do direito legítimo do imputado em não contribuir com sua própria autoincriminação³⁰⁷.

E ainda, é importante que a obtenção do consentimento do investigado/acusado não se realize mediante métodos que possam viciar sua vontade, devendo tal autorização ser livre e esclarecida, não podendo estar pervertida por qualquer fator extraprocessual, como a coação ou valores monetários para se submeter ao procedimento, ou ainda fatores processuais, como a promessa de vantagens futuras no decorrer da persecução, o que viciaria a manifestação, tornando-a nula, e a prova produzida consequentemente ilegal³⁰⁸.

Como já visto a negativa por parte do condenado ou investigado não pode ser considerado em seu desfavor, tendo em vista a presunção de inocência, além do ônus de provar ser da acusação, não do réu. E então, conforme respondido à primeira pergunta, não é possível, no Brasil, a extração obrigatória e forçada de material genético do condenado no caso de sua recusa, por todos os princípios e direitos fundamentais já apresentados nesta investigação.

Surge então à segunda questão: **O que fazer em caso de recusa do condenado/investigado de se submeter à identificação do perfil genético?**

A questão que ainda não encontrou resposta prende-se quando, para o sucesso da diligência, é necessário forçar a pessoa visada a adotar determinada

³⁰⁶ AGOSTINHO, Patrícia Naré – O regime legal da recusa (...), p. 48.

³⁰⁷ MARÍN, Maria Ángeles Perez - El ADN como método de (...), p. 149.

³⁰⁸ SILVA, Rodrigo Vaz - Da utilização do exame de (...), p. 02.

postura, manietá-la para que permaneça imóvel ou, de forma mais agressiva, forçar a abertura da boca ou a introdução de instrumentos nas cavidades corporais. Problemática que tem que percorrer a análise de vários tópicos essenciais, que devem estar presentes concomitantemente para justificar o uso da força física: modalidade, intensidade e indispensabilidade da medida (quer na perspectiva da sua subsidiariedade quer do seu potencial probatório), necessidade do meio e justificação teleológica (para defesa do próprio ou de terceiros ou para vencer a resistência à execução de determinada medida) ³⁰⁹.

A exigência legal de submissão a determinadas ingerências corporais, *a priori*, nada tem de inconstitucional. Podendo sê-lo, todavia, quando a) desnecessárias, b) gravosas e c) interfiram na capacidade de autodeterminação da pessoa. No caso, a ingerência corporal não é inconstitucional, mas a obrigação em se submeter a tal perícia através da força sim. Desta forma, deve a legislação prever a forma e as consequências da conduta do investigado.

Importante enunciar a observação de Maria Elizabeth Queijo³¹⁰, que conclui ser vedada a condução coercitiva do acusado para produzir prova contra si mesmo, de forma que a não exigência ao dever de colaborar, por se tratar de direito fundamental, apenas pode ser flexibilizada diante da ocorrência de delitos graves e para atender interesse público, sempre em consonância ao princípio da proporcionalidade, caso a própria Constituição limite o direito fundamental que assegura a não autoinculpação ou exista previsão legislativa expressa para tanto, isto desde que diante de valores limitadores suficientemente importantes e através do crivo judicial previamente fundamentado em delitos graves, segundo a análise de cada caso em concreto.

Mas como visto, nos parâmetros constitucionais atuais, não é possível a realização forçada da intervenção corporal para a identificação criminal com o não consentimento do arguido. Sabendo disto, observa-se que, atualmente, tal dificuldade já acontece nas delegacias de polícia brasileiras, pois o que fazer caso o investigado se recuse a se submeter à identificação criminal comum, ou seja, a datiloscópica e fotográfica? Da mesma forma, não seria obrigado a realizá-la, no

³⁰⁹ AGOSTINHO, Patrícia Naré – O regime legal da recusa (...), p. 62.

³¹⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth - O direito de não produzir (...), p. 317.

entanto, não pode se recusar ou mentir sobre seus dados pessoais, e caso o faça, poderá incorrer no crime de falsa identidade³¹¹.

Assim, o arguido não tem o direito de mentir sobre sua qualificação, mas pode se recusar a se submeter à identificação criminal. Claro que nos casos de identificação fotográfica a solução é mais simples, mas no caso da datiloscópica, e especialmente na genética, o problema se torna maior.

Passando para as propostas de solução, uma sugestão inicial seria o legislativo brasileiro regulamentar às consequências no caso de descumprimento da ordem judicial e legal para identificação criminal genética, de forma semelhante ao delito de desobediência que existe em Portugal.

Evidente que a criação de crime específico não solucionaria o problema, mas supriria lacuna legislativa explicitando a forma de colheita do material genético, e as consequências caso o indiciado/condenado se recuse a realizá-la, no caso de descumprimento de decisão judicial, pois existe a necessidade de uma legislação que respeite o princípio da taxatividade (legalidade) e regulamente de forma pormenorizada as consequências da negativa e as formas de se realizar o exame³¹².

Por outro lado, a imposição de multa seria outra proposta com efeito prático bem reduzido, semelhante ao da sanção pecuniária no direito penal. Assim como poucos são os acusados que efetuam o pagamento da pena pecuniária a que foram condenados, poucos réus teriam condições de pagar a multa imposta por uma não sujeição (determinada judicialmente) ao exame de ADN³¹³.

Outra proposta seria a recusa do acusado ser sancionada com a agravação da pena, aplicada a todos os delitos, como forma de repreender quem

³¹¹ Em relação à situação apresentada, foi editada a Súmula 522 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), publicada em 06 de abril de 2015, que teve como um dos precedentes o REsp n.º 1.362.524. Ao julgar o recurso que discutia delito de falsa identidade, a Seção, por unanimidade, concluiu ser típica a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa.

O colegiado citou precedente do Supremo Tribunal Federal (STF) que, ao julgar uma questão de ordem, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria. Segundo o STF, “o princípio constitucional da autodefesa não alcança aquele que se atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente”.

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

³¹² Mas, por razões semelhantes à impossibilidade de coercibilidade para a extração de material genético com o intuito de identificação criminal, também tal legislação com delito específico provavelmente seria declarada inconstitucional/ilegal pelos tribunais superiores brasileiros, isto tendo como parâmetro as decisões estudadas.

³¹³ HADDAD, Carlos Henrique Borlido – A Constitucionalidade do exame de (...), p. 16.

obstaculizou a atividade persecutória. Seria o anverso da circunstância atenuante da confissão espontânea, que premia o réu facilitador do trabalho da acusação. Contudo, além de não haver respaldo legal para a medida, contrariaria a sistemática das circunstâncias agravantes e atenuantes do Código Penal brasileiro, na qual se prevê, às condutas manifestadas pelo acusado após o crime, apenas a finalidade de abrandamento da pena. Ademais, a sanção deixaria de equivaler à medida da culpabilidade, ou seja, a culpabilidade deixaria de ser o parâmetro superior do estabelecimento da punição, porquanto fatores posteriores à conduta típica e estranhos à infração praticada seriam considerados para o agravamento da reprimenda³¹⁴.

Passando para propostas de medidas mais eficazes, como visto anteriormente, a autoridade policial pode se utilizar de material desprendido do corpo. Assim, é possível a colheita de restos de cigarro, cabelos, e outros materiais que contenham produto genético desligados do corpo de forma natural, podendo isso ocorrer num interrogatório ou depoimento, ou no próprio cárcere.

Interessante destacar solução apresentada no acórdão do Tribunal de Relação do Porto (Processo nº 1728/12.8JAPRT.P1)³¹⁵, que coaduna com a apresentada: “Por isso e em caso de recusa obstinada em ceder esse fluidos bocais, é muitas vezes aconselhável, designadamente quando o uso da força coactiva 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 mostra de fluído orgânico que possa ser devidamente recolhido para determinação do ADN”.

Mais ainda, a legislação prevê que a autoridade judicial poderá ordenar a extração de ADN por outros meios que não a colheita de amostras corpóreas como a busca de objetos que contenham células desprendidas do corpo³¹⁶. Assim, pode-se expedir mandado de busca e apreensão para que os policiais entrem na residência do investigado/acusado/condenado, e recolham objetos pessoais, no intuito de realizar a pesquisa de material genético, como em escovas de cabelo, de dentes ou lençóis.

³¹⁴ HADDAD, Carlos Henrique Borlido – A Constitucionalidade do exame de (...), p.17.

³¹⁵ Vide item 6.1.5.

³¹⁶ RUIZ, Thiago - Escorço sobre a colheita compulsória (...), p. 14.

Desta forma, esta seria uma solução relativamente eficaz (a depender do caso concreto), para que se consiga realizar a colheita de material genético sem a realização de intervenção corporal coercitiva.

Outra solução seria no caso da prisão preventiva para identificação criminal, pois, se é permitido à prisão preventiva como o intuito de identificação criminal do investigado (e a prisão é revogada assim que cumprido tal feito), seria possível, desde que de forma fundamentada pelo magistrado, a decretação da prisão, ou continuidade desta, até que a prova fosse cedida de forma espontânea pelo réu, de forma a não ferir a sua integridade física, nem o seu direito a não se autoincriminar.

De fato, tal medida parece até mais arrebatadora do que a própria extração de material genético a força, o fato é que o CPP brasileiro, em seu art. 313, parágrafo único³¹⁷, permite a prisão de quem exista dúvida sobre a identidade ou esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, sendo posto em liberdade somente após sua identificação. Ainda, na Lei de Prisão Temporária (Lei n.º 7960/1989), em seu art. 1º ³¹⁸, esta também permite a prisão temporária quando o investigado não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, neste caso num rol taxativo de crimes previstos na legislação.

O certo é que determinar a prisão até que se disponha a realizar o exame é arbitrário. A privação da liberdade, no curso do processo, é excessivamente mais rigorosa do que a coleta de material orgânico, e com ela não mantém relação de proporcionalidade. A prisão somente deve ocorrer nas restritas hipóteses discriminadas em lei e, a título de punição, depois de assegurado o devido processo legal. A prisão como forma de compelir ao cumprimento de uma obrigação é prevista apenas para o devedor de alimentos, e afigura-se estranha ao processo penal, uma vez que a detenção provisória é empregada, exclusivamente, para assegurar a prova e garantir a aplicação da lei penal³¹⁹.

³¹⁷ Art. 313, do CPP: Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (...).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

³¹⁸ Art. 1º, da Lei n.º 7960/1989: Caberá prisão temporária: (...).

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; (...).

³¹⁹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido – A Constitucionalidade do exame de (...), p. 16.

No entanto, apesar de ser uma medida drástica, é possível que alguém permaneça preso enquanto não demonstrar sua real identidade, mas por óbvio, tal prova não necessita ser pelo perfil de ADN, podendo ser realizado por outros meios de identificação civil, tendo em vista que a legislação não trouxe a hipótese da necessidade de prova através de material genético, mas não deixa de ser um ponto que pode ser alterado legislativamente.

Ainda, outra hipótese relevante é a tentativa de utilizar o ADN de parentes do arguido para efeitos de exclusão. Desta forma, através do exame consentido de parentes do investigado, ou condenado, poderia se chegar à prova que se pretende realizar, não sendo muito útil no caso dos condenados para o registro no banco de dados genéticos. Mas o fato é que seria possível excluir ou não determinado investigado com a perícia em um parente próximo (evidentemente com o consentimento do familiar).

Concluindo, parece que não deve ser admissível a coercibilidade física, nem a coatividade sancionatória, para obrigar o arguido a permitir a recolha da amostra para efeitos de obter o perfil de ADN, tudo em respeito à dignidade da pessoa humana, à liberdade e integridade individual, em obediência também ao princípio da presunção de inocência e contra a autoincriminação, sobretudo através do próprio corpo, mas nada justifica que o indivíduo possa pretender ocultar fato objetivo da sua recusa, subtraindo-o ao conhecimento da realizada factual, sobretudo porque existia fundamentação concreta e proporcionada para a extração da amostra e registro do perfil do ADN.

Importante, para o regime dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e para o regime da proteção dos dados pessoais, é a definição por parte do legislador da opção tomada, para que a licitude da recolha do dado pessoal ADN para efeitos de investigação criminal seja líqüida³²⁰. Desta forma, a opção tomada deve ser pormenorizada, explicitando como realizar a intervenção e os efeitos da recusa, se atentando para o cumprimento do princípio da legalidade, no seu subprincípio da taxatividade.

A título de exemplo, são requisitos legais de admissibilidade das perícias de ADN no processo penal português: 1) Existência de um fim constitucionalmente legítimo; 2) Respeito pelo princípio da legalidade (previsão legal específica); 3) Jurisdicionalização da medida (necessidade de autorização

³²⁰ GONÇALVES, Manuel – Recolha de amostras de ADN (...), pp. 212-213.

pelo juiz); 4) Imprescindibilidade da motivação; 5) Princípio da proporcionalidade (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); 6) Intervenção de pessoal adequado (como médico ou enfermeiro); e 7) respeito pela dignidade da pessoa, evitando-se formas humilhantes ou vexatórias³²¹.

No Brasil, tais requisitos também devem ser cumpridos, mas como a atuação coercitiva em caso de recusa do investigado/condenado para identificação criminal genética não pode ser realizada, uma das soluções apontadas deve ser levada em conta para resolver a questão, tendo como preferência: 1º) a utilização de materiais descartados pelo arguido; 2º) o aguardo no período de detenção para a recolha de saliva bucal que o sujeito passivo expila qualquer outra mostra de fluído orgânico que possa ser devidamente recolhido para determinação do ADN (dentro de um limite proporcional); 3º) a expedição de mandado de busca e apreensão por magistrado competente, na residência ou em outro local onde este frequente, para a possibilidade de busca de material genético; 4º) ou ainda, a identificação de algum parente próximo que consinta a pesquisa de material genético e posterior comparação, no intuito de exclusão ou não do arguido.

³²¹ COSTA, Ália Montenegro - Base de dados de perfis de ADN e o exame coactivo, p. 02.

CONCLUSÕES.

A utilização das técnicas de exames de ADN como ferramentas de identificação criminal ainda são encaradas como uma ameaça aos direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos, precisamente pelo potencial de erosão do seu direito à intimidade da vida privada. Por isso, a admissibilidade jurídica da extração de material genético e inserção dos perfis em base de dados com finalidade de investigação criminal não está isenta de controvérsia em nenhum ordenamento jurídico.

Mas a ciência mudou e, portanto, o direito também deve se atualizar. A partir do momento em que se percebe que a amostra pode ser colhida simplesmente através da raspagem da mucosa bucal, o problema da violação da integridade física parece estar superado. Trata-se, em termos jurídicos, de uma violação insignificante da integridade física que se poderia facilmente integrar nas chamadas regras de adequação social, dentro de seus limites³²². No entanto, outros princípios e direitos fundamentais devem participar da ponderação de valores em relação ao problema, e a abordagem torna-se mais complexa.

Percebe-se que a Lei n.º 12.654/2012 surgiu no campo jurídico-penal com o objetivo de regular a utilização dos dados genéticos na persecução criminal brasileira, mas acarretou diversos questionamentos doutrinários. O legislador andou bem em tentar atualizar o processo penal às novas tendências e tecnologias, além das propensões de outros países, especialmente europeus, e inclusive da própria América Latina, mas em certos pontos se esqueceu de adequar estas inovações aos direitos e garantias fundamentais.

O ponto de maior perplexidade se refere ao consentimento do indivíduo em fornecer material apto ao exame, e a possibilidade de coerção sobre este. Pode o investigado ou condenado se recusar a fornecê-lo? Podem os agentes públicos se utilizarem da força para obterem o material necessário para a realização do exame? Tudo isso tendo como preceito o sistema processual penal e constitucional brasileiro.

Estudando a sistemática brasileira, tendo como especial parâmetro as decisões do Supremo Tribunal Federal, percebe-se que a interpretação sobre o

³²² MONIZ, Helena - Comunicações no debate: "A Ciência do Crime: Da recolha de provas à base de dados de perfis de DNA", p. 32.

nemo tenetur se detegere é extremamente alargado, dando-se maior plenitude à garantia fundamental para abarcar também sua participação em perícias, não estando o princípio limitado ao direito de não prestar declarações.

Assim, o preso tem o direito de ser informado do exame de ADN (art. 5º, LXIII, da CRFB/88), sendo-lhe facultada a recusa ao fornecimento do material biológico, porque inviolável sua integridade física e moral na Constituição Federal (art. 5º, XLIX, da CRFB/88). Lembrando ainda do direito à preservação do próprio corpo, no Código Civil brasileiro de 2002 (art. 13). O Estado não pode, por sua vez, obter material genético sem o consentimento da pessoa humana, nem a lei poderia prever tal situação onde a investigação criminal se sobreporia aos referidos valores fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, porque estes apresentam importância maior na ordem axiológica dos direitos na Constituição da República, além da garantia contra a autoincriminação.

Como, em princípio, a garantia do *nemo tenetur se detegere* disponibiliza ao acusado a decisão em participar, cedendo material, ou não da produção da prova, qualquer técnica que se proceda de forma incisiva se torna ilegal. A vedação a produção de provas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CRFB/88) passa, antes de tudo, no crivo dos ditames constitucionais, ficando impedido o legislador ordinário de excepcioná-los. Até mesmo porque o indivíduo vive em estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CRFB/88) ³²³.

Apesar disso, foi demonstrado através de comparação jurisprudencial com outros países, especialmente europeus, que tais sistemas constitucionais permitem a extração coercitiva de amostra biológica, independentemente de consentimento do arguido, o que difere da sistemática apresentada pelos tribunais brasileiros.

Ademais, a possibilidade da informação, proveniente do exame de ADN, vir a fazer parte de um banco de dados, também pede a prévia ciência e aprovação do examinado, pois este tem o direito à autodeterminação informacional (art. 5º, LXII, da CRFB/88), isto é, o direito mais amplo que concede a todos os cidadãos o direito de acesso a todos os dados que lhe digam respeito (quer sejam tratados informática ou manualmente), podendo exigir a sua retificação ou atualização, bem

³²³ PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes – Identificação criminal e banco de (...), p. 10.

como o direito a conhecer a finalidade com que é construída a base³²⁴. Além disso, a natureza da informação, ligada à genética, poderia vir a significar que as consequências jurídicas do processo criminal e da eventual condenação tenderiam a extrapolar a pessoa do condenado (art. 5º, XLV, da CRFB/88), atingindo possivelmente a família deste, ferindo o princípio da intranscendência.

Certo é que quando o réu decide colaborar, manifestando-se nesse sentido (consentindo), a discussão sobre a legalidade e a licitude é afastada, pois o *nemo tenetur se detegere* é um direito disponível ao acusado, podendo este não utilizá-lo, como parte de sua estratégia defensiva.

Importa ressaltar que quando a análise se dá através de material descartado pelo acusado não existe ofensa à garantia de não autoincriminação, visto que o objeto utilizado para a coleta de material genético não se encontra mais na esfera particular da pessoa, não restando mais qualquer ingerência sobre aquele bem, devendo a autoridade policial ter o cuidado de preservar o objeto descartado. Analogicamente deve-se incluir em tal possibilidade o material que possa ser apreendido através de ordem judicial da autoridade competente (mandado de busca e apreensão), não havendo ilicitude na apreensão de bens que possam conter material genético da pessoa, como escovas de dente ou roupas de cama.

De outra forma, quando o acusado requer que a vítima ceda material genético para análise (ou que perpetre qualquer ação no curso do processo), a doutrina entende que o direito a ampla defesa atropela qualquer pretensão da vítima, que deve ser conduzida, “de baixo de vara”, se for preciso a entregar o que foi requerido pela defesa³²⁵. Claro que se trata de posição polêmica, e mais inteligente seria negar a acusação, absolvendo qualquer imputado quando a suposta vítima se nega a realizar a perícia genética.

No entanto, quando o acusado se recusa a ceder o material para a produção da prova, nada resta fazer para outra parte, pois dessa abstenção não se pode extrair nenhuma avaliação negativa, por estar protegido pelo princípio do *nemo tenetur se detegere* e ser o ônus probatório exclusivo da acusação.

Assim, conforme o texto legislativo aprovado e em vigor, a coleta de material biológico com fins de investigação criminal pode se dar quando for

³²⁴ MONIZ, Helena - Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais, p. 243.

³²⁵ SILVA, Rodrigo Vaz - Da utilização do exame de (...), p. 06.

necessário e autorizado judicialmente, além do banco de dados genéticos dos condenados (por crimes hediondos ou dolosos com violência de natureza grave contra a pessoa), os quais devem fornecer material biológico para a sua alimentação após a sentença condenatória transitada em julgado, com a obrigatoriedade da coleta.

A finalidade da coleta de material biológico é diferenciada: para o investigado, a coleta destina-se a servir de prova para o caso concreto e determinado (uma infração já consumada); em relação ao condenado, a coleta destina-se a servir de prova para um caso futuro, a alimentar banco de dados de perfis genéticos e servir para apuração de crimes que venham a ser praticados e cuja autoria seja desconhecida.

No entanto, pode se afirmar que apesar da previsão legal, e de acordo com a doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores, existe a impossibilidade da extração compulsória de material genético do acusado, seja pela inexistência de previsão legislativa taxativa, ou pela violação dos direitos fundamentais da intimidade, integridade física, dignidade da pessoa humana, e a não autoincriminação, não se podendo aceitar consequências negativas da recusa em cooperar do investigado na coleta de material genético, em prol da presunção de inocência e da carga probatória à acusação, devendo o exame genético ser realizado por outros meios.

O exercício do direito de não produzir prova contra si mesmo não pode ser visto como uma penalização, um suplício, um antídoto da liberdade consagrada. Incumbe ao Estado, por meio de seus agentes persecutórios, demonstrar a prática de um ilícito pelos meios probatórios admissíveis nas regras jurídicas e não coagir o eventual infrator a consentir na realização de provas espúrias, prostrando-o diante de sua própria cidadania. É o aniquilamento de direitos obtidos com muito custo pela população brasileira. É a reserva que assegura ao cidadão o direito de não realizar provas contra si mesmo³²⁶.

Por outro lado, não é princípio inserto na Constituição tenha a verdade de ser investigada custe o que custar, tampouco represente o esclarecimento e punição dos crimes, incondicionalmente, o interesse preponderante do Estado. A obtenção de uma verdade absolutamente correspondente à realidade dos fatos é incompatível com a natureza da atividade processual, malgrado a perseguição deva

³²⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de - *Nemo tenetur se detegere*, p. 02.

ser sempre almejada. O preço pago pela procura da verdade nem sempre compra os direitos e garantias impostos como limites ao esclarecimento dos fatos³²⁷.

Não pode o Estado se render ao acusado e não conseguir de nenhuma outra maneira a prova para condenação criminal, que não seja pela força da condução coercitiva e da extração compulsória de material genético de um sujeito de direitos. Evidente que muitos refletirão que escolher por essa direção, da impossibilidade da recolha coercitiva de material de ADN seja um caminho retrógrado para um país como o Brasil, principalmente se analisada a legislação e jurisprudência portuguesa ou alemã, mas tendo em vista tantas conquistas democráticas conseguidas pela Constituição Cidadã de 1988, deve se reconhecer que se trata de uma “Carta” que em muito avançou nas garantias contra as ingerências dos poderes públicos.

De qualquer forma, na prática, apesar de existir procedimento padrão adotado no Brasil para a coleta de material biológico para fins de exame de ADN, consistente no “esfregaço da mucosa oral com suabe”, os institutos de identificação brasileiros ou Institutos de Pesquisa de DNA Forense (das Polícias Cíveis dos Estados ou da Polícia Federal), não existindo o consentimento expresso das partes para coleta do material necessário ao exame, tanto para investigação da paternidade/maternidade, quanto para a investigação de crimes, não realiza a coleta do material biológico para confronto, sendo o fato comunicado a autoridade judiciária³²⁸.

Desta maneira, por todo o exposto, pode se chegar as seguintes conclusões: inexistente dever legal de sujeição a intervenção corporal; inexistente qualquer ônus probatório sobre o sujeito passivo; inexistente sanção legal para a não colaboração ao nível da intervenção corporal por parte do investigado, acusado ou condenado; inexistente dispositivo legal que permita a coação física com vista à obtenção de material biológico humano para efeitos de determinação de perfis de ADN; qualquer material para a produção da prova científica, obtida diretamente do corpo do arguido e sem o seu consentimento, é ilegal de pleno direito. Assim, a identificação criminal genética é obrigatória (de acordo com a legislação), mas a recusa não gera consequências, não podendo ser realizada de forma coercitiva.

³²⁷ HADDAD, Carlos Henrique Borlido – A Constitucionalidade do exame de (...), p. 02.

³²⁸ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4991018&numeroProcesso=973837&classeProcesso=RE&numeroTema=905>>.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AGOSTINHO, Patrícia Naré - **Intrusões Corporais em Processo Penal**. 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

AGOSTINHO, Patrícia Naré – O regime legal da recusa de arguido condenado a recolha de amostra biológica para inserção na Base de Dados – perspectivas. **Revista do Ministério Público**. A. 37, n.º 148, Lisboa: SNMP, Outubro/Dezembro, 2016, pp. 39-64.

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer - **A Garantia de não Autoincriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALLDRIDGE, Peter - Recognising Novel Scientific Techniques: DNA as a test case. **The Criminal Law Review**. London: Sweet & Maxwell, Outubro, 1992.

ALVES, Eliete Gonçalves Rodrigues - **Direitos Fundamentais - Limitações necessárias: aplicação do exame pericial do DNA para a identificação de pessoas**. [Em linha]. Disponível em: <http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/Mono_eliete.pdf>. [Acesso em: 20 Jan. 2017].

ALVES, Paulo Vitor de Queirós – **A Colheita de Material Biológico do Arguido Contra a Sua Vontade no Processo Penal**. Dissertação de Mestrado em Direito na Área de Ciências Jurídico-Criminais. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015.

AMARAL, Nuno Peixoto do - Impressão Digital Genética, Base de Dados de Perfis de ADN e a Dignidade da Pessoa Humana. **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. 1ª edição, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

AMIGO, Luis Gómes – La investigación penal por medio de inspecciones e intervenciones corporales y mediante ADN. **Reflexiones Sobre El Nuevo Proceso**

Penal – “Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal” 25 y 26 de abril de 2013. Valência: Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 623-638.

ANDRADE, Costa - **Sobre as proibições de prova em processo penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ARBAGE, Lucas - **As Intervenções Corporais e o Princípio da Não Autoincriminação (*nemo tenetur de detegere*): As intervenções corporais previstas em lei violam o princípio da não autoincriminação?** [Em linha]. Disponível em: <<https://lucasarbage.jusbrasil.com.br/artigos/150985203/as-intervencoes-corporais-e-o-principio-da-nao-autoincriminacao-nemo-tenetur-de-detegere>>. [Acesso em: 07 Dez 2016].

BALDING, David J.; DONNELLY, Peter - The Prosecutor's Fallacy and DNA Evidence. **The Criminal Law Review.** London: Sweet & Maxwell, Outubro, 1994, pp. 711-721.

BARCLAY, David – Using forensic science in major crime inquires. **Handbook of Forensic Science.** Edited by Jim Fraser and Robin Williams. London: William Publishing, 2009, pp. 337-358.

BARGIS, Marta - Note in tema di Prova Scientifica nel Processo Penale. **Rivista di Diritto Processuale.** S.2, a.66, n.º 1, Padova, Janeiro/Fevereiro, 2011.

BARRISTER, Ian Freckelton, et al. – DNA Profiling: Forensic under the Microscope. **DNA and Criminal Justice: proceedings of a Conference held.** N.º2, Canberra: Australian Institute of Criminology, 1990, pp. 27-47.

BERGER, Mark - Burdening the fifth amendment: toward a presumptive barrier theory. **The Journal of Criminal Law and Criminology.** Vol. 70, n.º 1, Chicago: Northwestern Law, verão, 1979, pp. 27-41.

BERREANO, Philip L - DNA Identification Systems: Social Policy and Civil Liberties Concerns. **Journal International de Bioéthique**. Vol. 01, n.º 3, Lyon, julho/setembro, 1990.

BEULKE, Werner - **Strafprozessrecht**. 11ª edição, Berlim: C.F. Müller, 2010.

BOMMER, Felix - DNA-analyse zu identifizierungszwecken im strafverfahren: bemerkungen zur regelung im vorentwurf für ein bundesgesetz über genetische untersuchungen beim menschen. **Schweizerische zeitschrift für strafrecht, Revue pénale suisse**. T.118, n.º. 2, Berlin: Bern, 2000, pp. 131-160.

BONACCORSO, Norma Sueli - **Aplicação do exame de DNA na elucidação de crimes**. São Paulo: Edições APMP, 2008.

BRAGA, Valeschka e Silva - **Princípios da Proporcionalidade & da Razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2004.

BRAMLEY, Bob - DNA databases. **Handbook of Forensic Science**. Edited by Jim Fraser and Robin Williams. London: William Publishing, 2009, pp. 309-336.

BRASIL, Ministério da Justiça - **Proposta de implantação do Banco Nacional de Perfis de DNA Criminal no Brasil**. Brasília, 2011.

BRASIL, Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública - **Projeto Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos: a implantação do CODIS (Combined DNA Index System) no Brasil**. Brasília, 2009.

BRAVO, Jorge dos Reis - **Intervenções Corporais Probatórias e Direitos Fundamentais: Compatibilidade e Limites**. [Em linha]. Disponível em: <<http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/2972/2234>>. [Acesso em: 15 Abr. 2015].

_____ - **I. O aprofundamento da cooperação transnacional em matéria de intercâmbio de prova genética; II. A ordem de recolha de amostras em**

condenados, para análise e inserção na Base de Dados de Perfis de ADN. Abordagens preliminares. [Em linha]. Disponível em: <https://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/TRABALHO_CFBADADNJORGE_RBRAVO.pdf>. [Acesso em 10 Abr. 2017].

____ - Perfis de ADN de Arguido-Condernados (O art. 8.º, n.º 2 e n.º 3, da Lei n.º 05/2008, de 21-02). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. N.º 01, ano 20, Coimbra: Coimbra Editora, Janeiro/Março, 2010, pp. 97-126.

BRAZ, José - **Ciência, Tecnologia e Investigação Criminal: Interdependências e Limites num Estado de Direito Democrático**. 1ª edição, Coimbra: Almedina, 2015.

CAINÉ, Laura M., et al - Interesse da entomologia forense na prática médico-legal. **Polícia e Justiça**. S.3, n.º 4, Coimbra: Coimbra Editora, Julho/Dezembro, 2004.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ELGEMANN, Wilson - **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. 1ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONE, Carlos A. - **La prueba penal ante la coercion del imputado**. Rosario: Nova Tesis, 2007.

CARO, Maria Victoria Rodriguez - **La investigación mediante ADN: derecho a la intimidad y derecho de defensa**. [Em linha]. Disponível em <<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10518-la-investigacion-mediante-adn:-derecho-a-la-intimidad-y-derecho-de-defensa/>>. [Acesso em: 31 Mar. 2017].

CARRIO, Alejandro D. - **Garantias constitucionales em el processo penal**. 5ª edição, Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

CARVALHO, Diogo Machado de - **As Intervenções Corporais no Processo Penal: Entre o desprezo, o gozo e a limitação de direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de - **Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de - A Constituição e as Intervenções Corporais no Processo Penal: Existirá algo além do corpo? **Revista Eletrônica de Direito Processual.** Ano 2, Volume II, Rio de Janeiro, Janeiro/Dezembro, 2008.

CASABONA, Carlos Maria Romero - **Genética, Biotecnologia e Ciências Penais.** Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

CASTRO, Bruna Abranches Arthidoro de - **A Incursão no Direito Comparado da (In)viabilidade das Intervenções Corpóreas em Sistemas Processuais Penais: Extensão e Limites do Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare.** Relatório de Mestrado em Direito na Área de Ciências Jurídico-Criminais. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de - **Prova Científica: Exame pericial do DNA.** 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CÓDIGO PENAL ALEMÁN *StBG* CÓDIGO PROCESAL PENAL ALEMÁN *StPO* - Coordenador Emilio Eiranova Encinas, Madri: Marcial Pons, 2000.

COMPARATO, Fabio Konder - **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2005.

COOPER, Amanda; MASON, Lucy – Forensic resources and criminal investigation. **Handbook of Forensic Science**. Edited by Jim Fraser and Robin Williams. London: William Publishing, 2009, pp. 285:308.

COQUOZ, Raphaël - Profils ADN: matière d'expertise ou élément d'enquête préliminaire? ce qui changera avec le fichier national de profils ADN. **Schweizerische zeitschrift für strafrecht**. T. 118, n.º 2, Suíça: Bern, 2000.

CORASANITI, Maria - La banca dati del DNA: Primi Aspetti Problematici Dell'attuazione del Trattato di Prum. **Il diritto dell'informazione e dell'informatica**. A. 25, n.º 3, Milano, Maio/Junho, 2009, pp. 437-463.

CORRÊA, Valter Parr – **Dever de Lavrar o Auto de Prisão em Flagrante e oferecer denúncia nos casos de excludente de ilicitude e o Ônus da Prova no Direito Processual Penal Brasileiro**. Relatório de Mestrado em Direito na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014.

CORREIA, Sara Raquel da Silva – **A Integridade Física e a Recolha de Vestígios Biológicos**. Dissertação de Mestrado em Direito na Área de Ciências Jurídico-Políticas. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Julho, 2013.

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva - **Processo Criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1956.

CORTE-REAL, Francisco - Comunicações no debate: “A Ciência do Crime: Da recolha de provas à base de dados de perfis de DNA”. **A Ciência na Luta Contra o Crime: potencialidades e limites**. Organização Susana Costa e Helena Machado. N.º 24, Minho: Húmus, 2010, pp. 25-29.

COUNCIL OF EUROPE - **The use of analysis of deoxyribonucleic acid (DNA) within the framework of the criminal justice system: recommendation NºR(92)1**, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 10

February 1992 and explanatory memorandum. Strasbourg: Council of Europe, 1993.

COSTA, Ália Montenegro - **Base de dados de perfis de ADN e o exame coactivo.** [Em linha]. Disponível em:

<<http://www.bsadvogados.pt/novidades/publicacoes/bases-de-dados-de-perfis-de-adn-e-o-exame-coactivo/>>. [Acesso em: 16 Maio 2015].

COSTA, Susana - **A Justiça em Laboratório - A Identificação por Perfis Genéticos de ADN: entre a harmonização transnacional e a apropriação local.** Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, Susana - **Quem entra na cena do crime deixa sempre a sua marca.** [Em linha]. Disponível em:

<http://www.aps.pt/viii_congresso/VIII_ACTAS/VIII_COM0283.pdf>. [Acesso em: 04 Abr. 2017].

CRUZ, Carla - Genética Forense: Uma ciência com passado, presente e futuro. **Revista Semestral de Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses.** N.º 04, Lisboa: ASFICPJ, 2012, pp. 88-11.

DA CRUZ, Joana Maria Ferreira - **Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e a Obrigação de Sujeição a Exames.** Relatório de Mestrado em Direito na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011.

DA SILVA, Raphael Zanon - **Reprodução Simulada dos Fatos - art. 7º do CPP.** [Em linha]. Disponível em:

<<http://blogjuridicopenal.blogspot.com.br/2011/01/reproducao-simulada-dos-fatos-art-7-do.html>>. [Acesso em 30 Jan. 2017].

DIAS, Eduardo - **Extração de DNA.** [Em linha]. Disponível em: <http://www.genetica.ufcspa.edu.br/bomedic/conteudo/genetica_molecular/extracaoadna.pdf>. [Acesso em: 10 Jan. 2015].

DINIZ, Maria Helena- O Respeito à Dignidade Humana como Paradigma da Bioética e do Biodireito. **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. 1ª edição, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

DO AMARAL, Carlos Eduardo Rios - **Da coleta do perfil genético como forma de identificação criminal**. [Em linha]. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=14536>>. [Acesso em: 20 Maio 2015].

DUTRA, Ludmila Corrêa - **Limites e Implicações do Princípio Nemo Tenetur Se Detegere nas Intervenções Corporais Probatórias**. [Em linha]. Disponível em: <http://revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a226.pdf>. [Acesso em 07 Dez. 2016].

EASTEAL, Patricia Weiser - The Forensic Use of DNA Profiling. **Trends and Issues in Crime and Criminal Justice**. Canberra: Australian Institute of Criminology, n.º 26, Novembro, 1990.

EVETT, Ian W., et al. - DNA profiling: A Discussion of Issues Relating to the Reporting of Very Small Match Probabilities. **The Criminal Law Review**. London: Sweet & Maxwell, Maio, 2000, pp. 341-355.

ELVIDGE, Suzanne - **Forensic Cases: Colin Pitchfork, First Exoneration Through DNA**. Atualizado em 18 Jul. 2016. Disponível em: <<http://www.exploreforensics.co.uk/forensic-cases-colin-pitchfork-first-exoneration-through-dna.html>>. [Acesso em 02 Dez. 2016].

ESPANÉS, Luis Moisset de – La Identificación de La Persona Mediante Pruebas Genéticas y sus Implicâncias Jurídicas: El avance de las ciencias biológicas y el Derecho civil iberoamericano. **Revista de la Facultad**. Vol. 01, n.º 1, Cordoba: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – Universidad Nacional de Cordoba, 1993.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco – **Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba em el processo penal**. Madrid: Trivium, 1999.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco – Inspecciones e intervenciones corporales e investigaciones mediante ADN en el borrador del nuevo Código de Processo Penal español. **Reflexiones Sobre El Nuevo Proceso Penal – “Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal” 25 y 26 de abril de 2013**. Valência: Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 641-666.

FARINHA, Carlos - Comunicações no debate: “A Ciência do Crime: Da recolha de provas à base de dados de perfis de DNA”. **A Ciência na Luta Contra o Crime: potencialidades e limites**. Organização Susana Costa e Helena Machado. N.º 24, Minho: Húmus, 2010, pp. 21-24.

FELICIONI, Paola - Le Ispezioni e Le Perquisizioni. **Trattato Di Procedura Penale**. 2ª edição, Milão: Giuffrè Editore, 2012.

FERRAJOLI, Luigi - **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 5ª edição, Madrid: Trotta, 2001.

FERREIRA, Érica - **Provas Invasivas e Não Invasivas no Processo Penal Brasileiro**. [Em linha]. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/EricaFerreira.pdf>. [Acesso em: 07 Dez. 2016].

FIDALGO, Sónia - Determinação do Perfil Genético como Meio de Prova em Processo Penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. N.º1, ano 16, Coimbra: Coimbra Editora, Janeiro/Março, 2006, pp. 115-150.

FIORI, Ariane Trevisan – **A Prova e a Intervenção Corporal: sua valoração no Processo Penal**. Coleção Pensamento Crítico. Coordenação Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FIORI, Ariane Trevisan – **Os Direitos Individuais e a Intervenção Corporal: A necessária releitura constitucional como forma de efetivação dos direitos fundamentais.** [Em linha]. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/hermeneutica_ariane_trevisan_fiori.pdf>. [Acesso em: 29 Mar. 2017].

FONSECA, Claudia - Mediações, Tipos e Figurações: reflexões em torno do uso da tecnologia DNA para identificação criminal. **Bases de dados genéticos forenses: tecnologias de controlo e ordem social.** Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

FRAGA, Renata Jardim Fraga - **A Necessidade do Consentimento na Produção de Provas que Implicam Intervenção Corporal no Acusado.** [Em linha]. Disponível em:

<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/renata_fraga.pdf>. [Acesso em: 07 Dez. 2016].

FREITAS, David - **DNA e a investigação criminal.** Loures: Diário de Bordo, 2014.

FREITAS, Florentina Maria de - **Implicações Constitucionais da criação de uma base de dados genéticos para fins de investigação criminal: Segurança versus Privacidade.** [Em linha]. Disponível em:

<<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/viewFile/476/448>>. [Acesso em: 15 Abr. 2015].

FURKEL, Françoise – L'Identification Par Empreintes Génétiques en Matière Civil em République Fédérale D'Allemagne. **Revue Internationale de Droit Comparé.** N.º 02, Ano 56, Lion: Société de législation comparée, Abril/Junho, 2004.

GARRETT, Brandon L. - Claiming Innocence. **Minnesota Law Review.** Vol. 92, n.º 6, Minneapolis: University of Minnesota, Junho, 2008, pp. 1670-1685.

GILL, Peter, et al. - The current status of DNA profiling in the UK. **Handbook of Forensic Science.** Edited by Jim Fraser and Robin Williams. London: William Publishing, 2009.

GOMES, Luiz Flávio - **Lei 12.654/12 (Identificação Genética): Nova inconstitucionalidade?** [Em linha]. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/lei-12-65412-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade/>>. [Acesso em: 22 Maio 15].

GOMES, Raimundo de Albuquerque; ALVES, Rozinara Barreto - **Lei n.º 12.654/2012 e a identificação criminal por DNA.** [Em linha]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13863>. [Acesso em: 02 Jun. 2015].

GONÇALVES, Manuel - Recolha de amostras de ADN para fins de investigação criminal Suspeito. **Revista do Ministério Público.** Ano 34, n.º 136, Lisboa: SNMP, Outubro/Dezembro, 2013, pp. 199-222.

GOÑI, Felix M.; MACARULA, José M. - “Introducción a la biología molecular”, in *Genética Humana. Fundamentos para el estudio de los efectos sociales de las investigaciones sobre el genoma humano.* Bilbao: Universidad de Deusto, Fundación BBV, 1995.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas - **Proporcionalid y Derechos Fundamentales em el Processo Penal.** Madrid: Editora Colex, 1990.

GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL – POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL – ACADEMIA DE POLÍCIA CIVIL - **Curso de Formação Profissional – Núcleo Comum.** Brasília: APC/DF, 2016.

GÖSSEL, Karl Heinz - As proibições de prova no direito processual penal da República Federal Alemã. Traduzido por Manuel da Costa Andrade. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal.** N.º 01: ano 02, Coimbra: Coimbra Editora, julho/setembro, 1992, pp. 397-441.

GÖSSEL, Karl Heinz - **El derecho procesal penal en el Estado de Derecho**. Santa Fe: Rubinzal-culzoni, 2007.

GRECO, Rogério - **Atividade Policial: Aspectos Penais, Processuais, Administrativos e Constitucionais**. 2ª edição, Niterói: Impetus, 2009.

GUERRA, Estela Filipa Milheiro – **Revistas Corporais Internas: A dignidade da pessoa humana enquanto limite ético à descoberta da verdade material?** Dissertação de Mestrado em Direito na área de Ciências Jurídico-Forenses. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido - A incorporação ao ordenamento jurídico do exame de DNA compulsório em processos criminais. **Direito Federal: Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil**. Ano 23, nº. 87. Distrito Federal: Letras Jurídicas, 2007.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido – A Constitucionalidade do exame de DNA compulsório em Processos Criminais e Propostas de sua regulamentação. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**. Vol. 10, n.º 39, Rio de Janeiro, EMERJ, Fevereiro, 2007, pp. 216-253.

HAMMERSCHMIDT, Denise - **Identificación Genética, Discriminación y Criminalidad: um análisis de la situación jurídico penal em Espanã y em Brasil actualizada por la Ley 12. 654/2012**. Curitiba: Juruá, 2012.

HILL, Barry, et al. - Sexually related offences. **The Criminal Law Review**. London: Sweet & Maxwell, 1997.

HOULDING, Brett; WILSON, Simon - Considerations on the UK re-arrest hazard data analysis. **Law, Probability and Risk**. N.º 10, Oxford: University Press, 2011, pp. 303-327.

HUERTAS, Martin - **El sujeto passivo del processo penal como objeto de la prueba**. Barcelona: Bosch, 1999.

HUNTER, Katherine - A new direction on DNA? **The Criminal Law Review**. London: Sweet & Maxwell, Julho, 1998.

IGLESIAS CANLE, Inés C. - La prueba en violencia sexual y en violencia de género: especial referencia a la prueba de ADN. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. N.º 51, Curitiba: UFPR, 2010, pp. 173-208.

IRELAND, Steve - What Authority should Police have to detain Suspectsto take Samples? **DNA and Criminal Justice: proceedings of a Conference held**. N.º2, Canberra: Australian Institute of Criminology, 1990, pp. 77-84.

JARDIM, Afrânio Silva - **Direito Processual Penal**. 11ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JESUS, Francisco Marcolino de - **Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal**. 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2015.

KIELY, Terrence F. - **Forensic Evidence: Science and the Criminal Law**. Boca Raton: CRC Press, 2001.

KOKKONEN, Paula - El Derecho a la Confidencialidad: uso de la informacion genetica. **El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano**. Vol. I, Madrid: Fundacion BBV, 1994, pp. 317-323.

KONVALINA-SIMAS, Tânia - **Profiling Criminal: introdução à análise comportamental no contexto investigativo**. 2ª ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2014.

LAGO, Giampiero - Banche Dati DNA: Raccomandazioni Internazionali Studio Comparato con la Legge 85/2009. **La Giustizia Penale**. S.7, a.115, n.º 4, primeira parte, Roma: Giurisprudenza Penale, Abril, 2010.

LAGOA, Arlindo M.; PINHEIRO, Maria Fátima – Impressões Digitais como evidência para Identificação Genética. **Polícia e Justiça**. N.º 07, Série III, Coimbra: Coimbra editora, Janeiro/Junho, 2006, pp. 253-271.

LAUSANNE, Raphaël Coquoz – Profils ADN: matière d’expertise ou élément d’enquête préliminaire? Ce qui changera avec Le fichier national de profils ADN. **Schweizerische zeitschrift für strafrecht, Revue pénale suisse**. T.118, n.º. 2, Berlin: Bern, 2000, pp. 161-177.

LEANNEY, Nicola – What is Involved in Producing Sound DNA Evidence? **DNA and Criminal Justice: proceedings of a Conference held**. N.º2, Canberra: Australian Institute of Criminology, 1990, pp. 13-16.

LEITE, Inês Ferreira - A nova base de dados de perfis de ADN. **Boletim Informativo da FDUL**, IDPCC, Ano I, Ed. N.º 5, Outubro/Novembro, 2009. [Em linha]. Disponível em:

<http://www.idpcc.pt/xms/files/Newsletters/Boletim_Ano_1_5_2009.pdf>.

[Acesso em: 10 Abr. 2017].

LEMONS, Cristiane Chaves – **A Coleta de Perfil Genético como forma de Identificação Criminal – entre a lógica do controle e a fragilidade processual penal**. [Em linha]. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/cristiane_lemos_2014_2.pdf>. [Acesso em: 20 Abr. 2017].

LEMONS JÚNIOR, Arthur Pinto de - A aplicação da perícia de análise do ADN no processo penal para fins de identificação criminal – Principais aspectos. **Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. Ano 02, n.º 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 83-104.

LIMA, Ana Margarida de Andrade Guerreiro - **Os Exames de ADN Como Meios de Prova no Direito Português**. Dissertação de Mestrado em Direito na Área de Especialização em Ciências-Jurídicas. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de - **Curso de Processo Penal: volume único**. Niterói: Editora Impetus, 2013.

_____ - **Manual de Processo Penal: volume único**. 4ª edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

_____ - **Legislação Criminal Especial Comentada: volume único**. 4ª edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

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

LOPES JÚNIOR, Aury - **Direito Processual Penal**. 11ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2014.

LORENTE, José António - **Um detective llamado ADN**. Madri: Temas de Hoy, 2004.

MACHADO, Helena; COSTA, Susana - Biolegalidade, Imaginário Forense e investigação Criminal. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. N.º 97, Coimbra: OpenEdition, Junho, 2012.

MACHADO, Helena; MONIZ, Helena - **Bases de Dados Genéticos Forenses: Tecnologias de Controlo e Ordem Social**. 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MACIEL, Marcela Albuquerque - **O papel do Supremo Tribunal Federal no Estado Brasileiro**. [Em linha]. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18033/o-papel-do-supremo-tribunal-federal-no-estado-brasileiro>>. [Acesso em 30 Jan. 2017].

MACLEOD, Neil - English DNA Evidence Held Inadmissible. **The Criminal Law Review**. London: Sweet & Maxwell, Agosto, 1991.

MAGGIO, Paola - Esame del DNA e Prova Scientifica: Le Esperienze Italiana e Tedesca a Confronto. **L'indice Penale**. Nova série, ano XIV, n.º 1, Padova: Dike Giuridica, Maio/Junho, 2011.

MARCHESE, Vittoria, et al. - Banca dati nazionale del DNA: Bilanciamento tra diritti individuali e sicurezza pubblica nella legge 30 giugno 2009, **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. N.º 85, Ano LVI, Fascículo 04, Padova: Giuffrè Editore, Outubro/Dezembro, 2013, pp. 1963-1898.

MARÍN, Maria Ángeles Perez - El ADN como método de identificación em el Processo Penal. **Revista do Ministério Público**. A. 33, n.º 132, Lisboa: SNMP, Outubro/Dezembro, 2012, pp. 127-164.

MARTIN, Miguel Ângelo - **Análise da Lei 12.654/12: Uma abordagem a favor da identificação genética do réu**. [Em linha]. Disponível em: <<http://miguelmartin.jusbrasil.com.br/artigos/173947664/analise-da-lei-12654-12-uma-abordagem-a-favor-da-identificacao-genetica-do-reu>>. [Acesso em: 28 Jan. 2017].

MARTINS, Filipe - **Lei 12.654/12: a identificação criminal por perfil genético no Brasil**. [Em linha]. Disponível em: <http://lizepmartins.jusbrasil.com.br/artigos/121943801/lei-12654-12-a-identificacao-criminal-por-perfil-genetico-no-brasil?utm_medium=email&utm_source=jusbrasil&utm_campaign=socialsharer&utm_content=artigo>. [Acesso em: 15 Maio 2015].

MATOS, Fábio Correa de - **Provas invasivas e a análise pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos**. [Em linha]. Disponível em: <<http://debatecomprofessores.com>>. [Acesso em: 11 Set. 2015].

MATOS, Margareth Carvalho de Andrade - **A polêmica forma de investigação com a obrigatoriedade da coleta de material genético com base na Lei 12.654/2012.** [Em linha]. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/_20121219171354.pdf>. [Acesso em: 22 Maio 2015].

MAZZACUVA, Nicola, et al. - Osservazioni in tema di prelievo ematico coattivo. **L'indice Penale.** Nuova seria, a.2, n.º 2, Padova: Dike Giuridica, Maio/Agosto, 1999, pp. 485-494.

MEESTER, Ronald; SJERPS, Marjan -Why the effect of prior odds should accompany the likelihood ratio when reporting DNA evidence. **Law, Probability and Risk.** N.º 3, Oxford: University Press, 2004, pp. 51-62.

MEDEIROS, Roberto José - **A Genética na Prova Penal.** 1ª edição, São Paulo: Pillares, 2009.

MESQUITA, Paulo Dá – A prova em processo penal e a identificação de perfis de ADN – Da recolha para comparação directa entre amostra problema e amostra referência às inserções e interconexões com a base de dados. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal.** A. 24, n.º 04, Coimbra: Coimbra Editora, Outubro/Dezembro, 2014, pp. 551-576.

MILHEIRO, Tiago Caiado – Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal. [Em linha]. Disponível em: <<https://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/Prova%20por%20adn%20e%20o%20papel%20do%20Juiz%20de%20Instru%C3%A7%C3%A3o%20criminal2-2.pdf>>. [Acesso em: 29 Mar. 2017].

MONIZ, Helena - Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal.** N.º 02, ano 12, Coimbra: Coimbra Editora, Abril/Junho, 2002, pp. 237-264.

_____ - A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a coordenação transfronteiras em matéria de transferência de perfis de ADN. **Revista do Ministério Público**. N.º 120, ano 30, Lisboa: SNMP, Outubro/Dezembro, 2009, pp. 145-156.

_____ - Comunicações no debate: “A Ciência do Crime: Da recolha de provas à base de dados de perfis de DNA”. **A Ciência na Luta Contra o Crime: potencialidades e limites**. Organização Susana Costa e Helena Machado. N.º 24, Minho: Húmus, 2010, pp. 31-33.

MONTE, Mário Ferreira - O resultado da análise de saliva colhida através da zaragatoa bucal é prova proibida? Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Setembro de 2006. **Revista do Ministério Público**. Ano 27, n.º 108, Lisboa: SNMP, Outubro/Dezembro, 2006, pp. 239-262.

MONTELEONI, Paul M. - DNA databases: Universality, and the fourth amendment. **New York University Law Review**. Vol. 82, n.º.1, New York: New York University Press, Abril, 2007, pp. 247-280.

MUCCIO, Hidejalma - **Curso de Processo Penal**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MUÑOZ, Helena Soletto; FIODOROVA, Anna - DNA and Law Enforcement in the Europe Union: Tools and Human Rights Protection. **Utrecht Law Review**. Vol. 10, n.º1, Janeiro, 2014, pp. 149-162. [Em linha]. Disponível em: <<http://ultrechlawreview.org>>. [Acesso em: 29 Mar. 2017].

MURPHY, Erin - The New Forensics: Criminal Justice, false certainty, and the second generation os scientific evidence. **California Law Review**. Vol 95, n.º 3, Berkeley: University of California, Junho, 2007, pp. 721-797.

NASCIMENTO, Flávia Lourenço da Silva do - **As polémicas inovações advindas da Lei n.º 12.654/2012**. Monografia de graduação em Direito, Brasília: Universidade Católica de Brasília, 2013.

NASCIMENTO, Ricardo - Identificação Individual: dactiloscopia e genética forense. **Maia jurídica, Revista de Direito**. A.6, n.º 2, Maia: Associação Jurídica, Junho/Dezembro, 2008.

NICOLITT, André Luiz – **Intervenções Corporais - O Processo Penal e as Novas Tecnologias: Uma análise Luso-brasileira**. Tese de Doutoramento em Direito, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2010.

NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro - **Intervenções Corporais no Processo Penal e a nova identificação criminal: Lei n.º 12.654/2012**. 1ª edição, Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

NIMMICH, Kenneth W. – Structure of the FBI Laboratory. **DNA and Criminal Justice: proceedings of a Conference held**. N.º2, Canberra: Australian Institute of Criminology, 1990, pp. 85-88.

NISHIMI, Robyn Y., *et al.*- Genetic witness: Forensic Uses of DNA Tests: report summary. **Journal International de Bioethique**. Vol. 02, n.º1, Lyon: ESKA, Janeiro/Março, 2008.

NOVAES, Luiz Carlos Garcez - A identificação humana por DNA pode substituir a identificação humana por impressão digital? **Revista brasileira de ciências criminais** A.12, n.º 51, São Paulo: Revista dos Tribunais, Novembro/Dezembro, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis – **Os Princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza - **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza - **Código de Processo Penal Comentado**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUNES, Rizzato - **Manual da Monografia Jurídica**. 10ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013.

O'BRIAN JUNIOR, William E. - Court Scrutiny of Expert Evidence: recent decisions highlight the tensions. **The International Journal of Evidence & Proof**. Vol. 07, n.º 2, London: Sage Publishing, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de - **Processo e Hermenêutica na Tutela dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de - **Curso de Processo Penal**. 10ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - O Princípio da Pessoa Humana e a Regulação Jurídica da Bioética. **Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. Ano 08, n.º 15, Coimbra: Coimbra Editora, Janeiro/Junho, 2011, pp. 29-33.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de - **Nemo tenetur se detegere**. [Em linha]. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI222528,81042-Nemo+tenetur+se+detegere>>. Junho, 2015. [Acesso em: 18 Abr. 2017].

PALMA, Maria Fernanda - A constitucionalidade do artigo 342.º do Código do Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido). **Revista do Ministério Público**. A. 15, n.º 60, Lisboa: SNMP, 1994.

PARKS, Stephanie A - Compelled DNA Testing in Rape Cases: Illustrating the Necessity of an Exception to the Self-Incrimination Clause. **William & Mary Journal of Women and the Law**. [Em linha]. Vol. 07, Issue 02, Article 07. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1216&context=wmjowl>>. [Aceso em: 20 Jan. 2017].

PHILLIPS, John – A View from the Bench. **DNA and Criminal Justice: proceedings of a Conference held**. N.º2, Canberra: Australian Institute of Criminology, 1990, pp. 17-26.

PICOTTI, Lorenzo - Trattamento dei Dati Genetici, Violazione della Privacy e Tutela dei Diritti Fondamentali nel Processo Penale. **Il diritto dell'informazione e dell'informatica**. A.19, n.º 4-5, Milão: A. Giuffré, Junho/Outubro, 2003.

PINHEIRO, Maria de Fátima - Contribuição do Estudo do DNA na Resolução de Casos Criminais. **Revista do Ministério Público**. A.19 n.º 74, Lisboa: SNMP, 1998 pp. 145-153.

_____ - Aplicação do estudo do DNA em criminalística. **Polícia e Justiça**. S.3, n.º 3, Coimbra: Coimbra Editora, Janeiro/Junho, 2004.

_____ - Identificação Individual: Dactiloscopia. Maia jurídica. **Revista de Direito**. A.6, n.º 1, Maia: Associação Jurídica, Janeiro/Junho, 2008.

_____ - Identificação genética: passado, presente e futuro. **Revista do Ministério Público**. A.30, n.º 118, Lisboa: SNMP, Abril/Junho, 2009, pp. 157-196.

_____ - Identificação genética no âmbito de crimes sexuais. **Investigação Criminal. Revista Semestral de Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses**. N.º 2, Lisboa: ASFIC/PJ, Novembro, 2011 pp. 57-83.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes – Identificação criminal e banco de dados genéticos. **Revista do Advogado**. Ano XXIV, n.º 78, São Paulo: AASP, Setembro, 2014, pp. 07-12.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes – **A identificação processual penal e a Constituição de 1988**. N.º 635, São Paulo: Revista dos Tribunais, Setembro, 1988.

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

RAPOSO, Vera Lúcia – A vida num código de barras. **Boletim da Faculdade de Direito.** Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. IV, *Stvdia Ivridica* 101, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010, pp. 935-968.

REDMAYNE, Mike - Doubts and burdens: DNA evidence, probability and the Courts. **The Criminal Law Review.** London: Sweet & Maxwell, Junho, 1995.

_____ - Presenting probabilities in court: the DNA experience. **The International Journal of Evidence & Proof.** Vol. 1, n.º 4, London: Blackstone Press Limited, 1997, pp. 187-214.

_____ - The DNA database: Civil Liberty and Evidentiary Issues. **The Criminal Law Review.** London: Sweet & Maxwell, Julho, 1998.

RIBAUX, Olivier; HICKS, Tacha – Technology and database expansion: what impact on policing? **Technocrime, Policing ans Surveillance.** Edited by Stéphane Leman-Langlois. Oxon: Routledge, 2013, pp. 91-101.

ROCHA, Tiago Alexandre da Luz - **A Recolha de Amostras Biológicas para Comparação de Perfis de ADN em Processo Penal: Enquadramento jurídico dos casos de não consentimento pelo arguido e conseqüente ponderação constitucional dos direitos lesados.** Dissertação de Mestrado em Direito na Área de Especialização em Direito Forense. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2014.

RODRIGUES, Benjamim Silva – **Da Prova Penal, Tomo I – A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN? Controle de Velocidade, Álcool e Substâncias Psicotrópicas.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

RODRIGUES, Benjamim Silva – **Da Prova Penal, Tomo I, A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN? Controlo de Velocidade, Álcool e Substâncias Psicotrópicas (A Luz do Paradigma da Ponderação Criminal Codificado em Matéria de Intervenção no Corpo Humano, Face ao Direito à Autodeterminação Corporal e à Autodeterminação Informacional Genética)**. 3ª edição, revisada, atualizada e aumentada, Lisboa: Rei dos Livros, 2010.

ROXIN, Claus - **Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch**. 25. auf. Munique: Beck, 1998.

_____ - **Derecho Procesal Penal**. Tradução para o espanhol: Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

_____ - **Passado, Presente y Futuro Del Derecho Processual Penal**. 1ª edição, Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2007.

_____ - Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão. **Que futuro para o Direito Processual Penal** (Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião do 20 anos do Código de Processo Penal Português), Dir. Mário Ferreira Monte et. al., Coimbra: Coimbra Editora, Janeiro, 2009, pp. 385-398.

RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline – La Identificacion Mediante Pruebas Geneticas: Aspectos juridicos. **El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano**. Vol. IV, Madrid: Fundacion BBV, 1994, pp. 93-101.

RUIZ, Thiago - Escorço sobre a colheita compulsória de DNA do acusado. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. N.º 218, ano 18, São Paulo: Editora dos Tribunais, Janeiro, 2011.

SABOIA, Brenda Chio - **Intervenção Corporal, Identificação Criminal via DNA e o Princípio do Nemo Tenetur Se Detegere**. [Em linha]. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_2/brenda_saboia.pdf>. [Acesso em: 15 Abr. 2015].

SANCHÉS, Juan Miguel Mora – **Aspectos substantivos y procesales de la tecnología del ADN**. Granada: Comares, 2001.

SANTOS, Filipe - As funções do DNA na investigação criminal: estudo de cinco casos em Portugal. **Bases de dados genéticos forenses: tecnologias de controlo e ordem social**. Organização Helena Machado e Helena Moniz. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SANTOS, Rui – Comunicações no debate: “A Ciência do Crime: Da recolha de provas à base de dados de perfis de DNA”. **A Ciência na Luta Contra o Crime: potencialidades e limites**. Organização Susana Costa e Helena Machado. N.º 24, Minho: Húmus, 2010, pp. 15-19.

SANTOS, Sandra Maria dos - **Identificação Humana como Ferramenta de Investigações Criminais: Estudo de Frequências Alélicas de Marcadores de Interesse Forense no Estado de Pernambuco**. [Em linha]. Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/11894/Tese%20%20Sandra%20Maria%20dos%20Santos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. [Acesso em: 21 Dez. 2016].

SARLET, Ingo Wolfgang - **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel - **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SAUTTER, Bruno - Die Pflicht zur Duldung Von Körperuntersuchungen nach §372a ZPO. Zugleich ein Beitrag zur Verfassungsmäßigkeit des §81 a StPO. **Archiv für die civilistische Praxis**. T. 161, Tübingen: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1962.

SCARCELLA, ALESSIO - **Prelievo del DNA e banca dati nazionale, Problemi attuali della giustizia penale**. Domenica: Editora CEDAM, 2009.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm - **Exame de DNA: Faculdade ou obrigatoriedade? Indício, Presunção ou Prova?** [Em linha]. Disponível em: <http://www.cgadvogados.com.br/sites/default/files/Exame_de_DNA-Faculdade_ou_Obrigatoriedade_Indicio_Presuncao_ou_Prova.pdf>. [Acesso em: 06 Dez. 2016].

SCHÜNEMANN, Bernd – O Direito Penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal. **Revista Brasileira de Ciências Criminas – IBCCRIM**. Ano 13, n.º 53, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Março/Abril, 2005, pp. 09-37.

SHEN, Qiang; KEPPENS, Jeroen, AITKENS, Colin; SCHAFFER, Burkhard - A scenario-driven decision support system for serious crime investigation. **Law, Probability and Risk**. N.º 5, Oxford: University Press, 2007, pp. 87-117.

SILVA, Emílio de Oliveira e - **Identificação Genética para Fins Criminais: Análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n.º 12.654/2012**. 1ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2104.

SILVA, Inês Torgal Mendes Pedrosa da – A (I)legitimidade da Colheita Coercitiva de ADN para Efeitos de Constituição da Base de Dados Genéticos com Finalidades de Investigação Criminal. **Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. Ano 08, n.º 15, Coimbra: Coimbra Editora, Janeiro/Junho, 2011, pp. 159-188.

SILVA, Ludmila Lopes Ruela; BINSFELD, Pedro - **Evolução Histórica da Genética Forense no Judiciário Brasileiro**. [Em linha]. Disponível em: <<http://www.cpgls.pucgoias.edu.br/7mostra/Artigos/SAUDE%20E%20BIOLOGICAS/EVOLU%C3%87%C3%83O%20HIST%C3%93RICA%20DA%20GEN%C3%89TICA%20FORENSE%20NO%20JUDICI%C3%81RIO%20BRASILEIRO.pdf>>. [Acesso em: 30 Jan. 2017].

SILVA, Rodrigo Vaz - Da utilização do exame de DNA no Direito Penal Brasileiro. **Âmbito Jurídico**. N.º 78, XIII, Rio Grande, Julho, 2010. [Em linha]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8468>. [Acesso em: 25 Jan. 2017].

SOUSA, João Henrique Gomes de - **Elementos para o Estudo Comparado do Reconhecimento de Pessoas em Processo Penal na Óptica do Juiz do Julgamento**. [Em linha]. Disponível em: <http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/Elementos_estudo_comp_optica%20do%20juiz.pdf>. [Acesso em: 30 Jan. 2017].

STEVENTON, Beverley - The Ability to Challenge: DNA evidence. **The Royal Commission on Criminal Justice**. London: HMSO, 1993.

STEVENTON, Beverly - The Retention of Fingerprints and Samples Following Acquittal or When Proceedings are Discontinued. **The Law Teacher**. Vol. 37, n.º 1, London: Thomson, 2003, pp. 85-95.

TAK, Peter J. - Le test ADN et la procédure pénale en Europe. **Gertrud A. van Eikema Hommes Revue de science criminelle et de droit pénal compare**. N.º 4, Paris: Imprinta, Outubro/Dezembro, 1993.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues - **Curso de Direito Processual Penal**. 10ª edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

THE ETHICS AND GOVERNANCE OF HUMAN GENETIC DATABASES - **The Ethics and Governance of Human Genetic Databases: European Perspectives**. Edited by Matti Häyry, et al. Cambridge: Cambridge: University Press, 2013.

TILLEY, Nick; TOWNSLEY, Michael – Forensic science in UK policing: strategies, tactics and effectiveness. **Handbook of Forensic Science**. Edited by Jim Fraser and Robin Williams. London: William Publishing, 2009, pp. 359-379.

TRACY, Paul E., et al. - Big Brother and his science kit : DNA databases for 21st century crime control? **Introduction to criminal justice: a sociological perspective**. Edited by Charis E. Kubrin, and Thomas D. Stucky. - Stanford: Stanford University Press, 2013.

VADILLO, Enrique Ruiz – Las Alteraciones Geneticas Provocadas y el Derecho Penal. **El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano**. Vol. III, Madrid: Fundacion BBV, 1994, pp. 119-161.

VAGNOLI, Elena Terrosi - L'identificazione Genetica (DNA profiling) nelle recente Giurisprudenza Statunitense. **La Giustizia Penale**. S.7, a.100, n.º 3, parte I, Roma: Giustpen, Março, 1995.

VALE, Ionilton Pereira do - **O principio "nemo tenetur se detegere" na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos**. [Em linha]. Disponível em:
<<https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/133746374/o-principio-nemo-tenetur-se-detegere-na-jurisprudencia-do-tribunal-europeu-dos-direitos-humanos>>. [Acesso em: 06 Dez. 2016].

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de - Novas Tecnologias e Antigos Clamores Punitivos na Justiça Criminal: considerações em busca de critérios para a utilização de exames genéticos no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. A.22 n.º 110, São Paulo: Revista dos Tribunais, Setembro/Outubro, 2014, pp. 327-366.

VAZ, Maria – O Registro de Identificação Criminal de Condenados por Crimes contra a Autodeterminação e Liberdade Sexual de Menores: Um mal necessário. **Lisbon Law Review**. Vol. LVII, Lisboa: Lisbon Law Editions, 2016/1, pp. 145-167.

VERVAELE, J. A. E, *et al.* - The Dutch Focus on DNA in the Criminal Justice System: Net-widening of Judicial data. **Revue Internationale de Droit Pénal**. Nouvelle série, a.83, Toulouse: Eres, 3-4 trimestres, 2012, pp. 458-480.

VIGONI, Daniela - Corte Costituzionale, Prelievo Ematico Coattivo e Test del DNA. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Nova série, a. 39, Milão: Giuffrè, Outubro/Dezembro, 1996.

VOLLET FILHO, Wilson L. - **A transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová: a liberdade religiosa e o equivocado precedente do STJ**. [Em linha]. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI253591,81042-A+transfusao+de+sangue+em+Testemunhas+de+Jeova+a+liberdade+religiosa>>. [Acesso em: 17 Mar. 2017].

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. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. [Em linha]. Porto Alegre, n.º 57, Dezembro, 2013. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Guilherme_Walcher.html>. [Acesso em: 23 Ago. 2015].

WALKER, Clive; CRAM, Ian - DNA Profiling and Police Powers. **The Criminal Law Review**. London: Sweet & Maxwell, Julho, 1990, pp. 479-493.

WALL, Wilson - Genetics and DNA Technology: Legal Aspects. **Law, Probability and Risk**. N.º 04, Oxford: University Press, 2006, pp. 267-269.

WATSON, James D. - **A Dupla Hélice: Como descobri a estrutura do DNA**. Tradução Rachel Botelho, 1ª edição, Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

WELTER, Belmiro Pedro - Relativização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Condução Coerciva do Investigado na Produção do Exame Genético em DNA. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. N.º47, Porto Alegre: AMPRS, Abril/Junho, 2002.

WISEMAN, Samuel R. - Waiving Innocence. **Minnesota Law Review**. Vol. 96, n.º3, Minneapolis: University of Minnesota, Fevereiro, 2012.

WOLFLAST, Gabriele - Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnung. **Neue Zeitschrift für Strafrecht**. N.º 3, Munique: CHBeck, 1987.

WOODAGE, Trevor - Relative futility: limits to genetic privacy protection because of the inability to prevent disclosure of Genetic Information by relatives. **Minnesota Law Review**. Vol. 95, n.º 2, Minneapolis: University of Minnesota, Dezembro, 2010.

YESLEY, Michael S. - El Derecho a la Confidencialidad: Uso de la informacion genetica. **El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano**. Vol. I, Madrid: Fundacion BBV, 1994, pp. 357-379.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho - Identificação Criminal: a excepcionalidade necessária. **Doutrinas essenciais do Processo Penal**. Ano 6, n.º 24, São Paulo: Revista dos Tribunais, Outubro/Dezembro, 1998.

Sítios consultados na internet:

- <<http://www.bundesverfassungsgericht.de>>.
- <<http://www.dejure.org>>.
- <<http://www.dgsi.pt/>>
- <<http://hudoc.echr.coe.int>>
- <<http://www.gddc.pt/>>
- <<http://www.parlamento.pt>>.
- <<http://www.pgdlisboa.pt/home.php>>
- <<http://www.planalto.gov.br>>.
- <<http://www.poderjudicial.es/search/>>
- <<http://www.stf.jus.br>>.
- <<http://www.tjrs.jus.br>>.
- <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/default.aspx>>.
- <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>>.
- <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/legislacao>>.

ANEXO.



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 12.654, DE 28 DE MAIO DE 2012³²⁹.

Vigência

Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 5º da Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 5º

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.” (NR)

Art. 2º A Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

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

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

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

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

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

³²⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm>.

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

Art. 3º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 9º-A:

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

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

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

Art. 4º Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias da data de sua publicação.

Brasília, 28 de maio de 2012; 191ª da Independência e 124ª da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Luiz Inácio Lucena Adams

Este texto não substitui o publicado no DOU de 29.5.2012