

# A CONSTITUCIONALIDADE DA EXTRAÇÃO COMPULSÓRIA DE MATERIAL GENÉTICO PARA FINS DE PROVA NA PERSECUÇÃO PENAL

THE CONSTITUTIONALITY OF COMPULSORY EXTRACTION OF  
GENETIC MATERIAL TO BE USED AS EVIDENCE IN CRIMINAL  
PROSECUTION

**Chrystopher Augusto Danielski**

*Especialista na Carreira do Ministério Público*

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina*

**RESUMO:** Nos feitos de natureza penal, é comum que a autoridade policial venha a se deparar com vestígios biológicos capazes de apontar a autoria do delito. A título exemplificativo, podem-se citar sêmen em crimes sexuais, células do agressor sob as unhas da vítima ou mesmo sangue do delinquente ao tentar se evadir pela vidraça de uma moradia. Contudo, diante de um alargamento interpretativo, extremado do princípio da presunção de inocência, há grande dificuldade em se proceder ao cotejo entre eventual material genético encontrado e a pessoa do investigado, tudo sob a justificativa da proteção que lhe é dada em não produzir prova contra si, revestindo-o com um escudo de impunidade. Em tal cenário, busca-se estabelecer diferenciação entre a produção de prova autoincriminatória e a tolerância de prova, esta última, entende-se, contornada pelos limites constitucionais.

**Palavras-chave:** Princípio da presunção de não culpabilidade. Extração compulsória de material genético para fins penais. Tolerância de prova.

**ABSTRACT:** In criminal proceedings, it is common for the police authority to come across biological traces that may point to the offender. As an example, one can mention semen in sexual crimes, aggressor cells under the victim's nails or even the offender's blood when trying to escape through a window. However, in view of an interpretative widening and exacerbation of the principle of presumption of innocence, there is great difficulty in comparing any genetic material found and the suspect, due to the protection given to one so as not to produce evidence against oneself, which covers one with an impunity shield. In such a scenario, we seek to distinguish the production of self-incriminating evidence and the tolerance of evidence, the latter being understood as circumvented by constitutional limits.

**Keywords:** Principle of presumption of innocence. Compulsory extraction of genetic material for criminal ends. Tolerance of evidence.

Enviado em: 24-04-2018

Aceito em: 17-05-2018

## 1 INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de não culpabilidade (outrora tratado como presunção de inocência) estabelece uma das balizas à interpretação penal e processual penal, de forma a figurar como instrumento de defesa de qualquer acusado frente ao direito de punir do Estado. Em evolução derivativa do princípio supracitado, tem-se o direito à não autoincriminação (princípio *nemo tenetur se detegere*) e o direito ao silêncio.

Contudo, a interpretação hodierna emprestada ao citado princípio constitucional – e suas derivações – foi engradecida de tal maneira a transvestir o que foi imaginado como instrumento de equilíbrio jurídico-penal entre Estado e acusado em blindagem jurídica a qualquer participação deste na formação probatória.

Há fortes dificuldades em se proceder ao cotejo entre eventual material genético encontrado e a pessoa do investigado, tudo sob a justificativa da proteção que lhe é dada em não produzir prova contra si, revestindo-o com um escudo de impunidade.

A título exemplificativo, podem-se citar o cotejo entre o material genético e o sêmen em crimes sexuais, as células do agressor sobre as unhas da vítima, sangue ao tentar se evadir pela vidraça de uma moradia, testes de alcoolemia e tomada de padrão de escrita. No ponto da proposta do presente estudo, busca-se estabelecer os limites interpretativos do princípio em mesa para fins de identificação do indivíduo frente ao fato ilícito investigado, propondo-se traçar um marco entre o direito à não autoincriminação e a mera tolerância de prova.

## 2 DA PARTICIPAÇÃO PASSIVA DO INVESTIGADO NA PRODUÇÃO DA PROVA CRIMINAL: DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRODUÇÃO DE PROVA E TOLERÂNCIA DE PROVA

O princípio da presunção de não culpabilidade encontra espaço constitucional junto ao art. 5º, LVII, da Constituição da República, cuja redação determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Em igual caminho, o direito ao silêncio, em sede constitucional, em consequência natural ao *nemo tenetur se deteger*, apresenta-se na Constituição da

República no art. 5º, LXIII ao determinar que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais, o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Contudo, de forma ainda mais relevante para a conclusão que almeja o presente artigo, referido direito a não ser compelido a produzir prova que lhe seja prejudicial encontra amparo no bloco de constitucionalidade pátrio, mais especificamente na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), donde se extrai:

**Artigo 8. Garantias judiciais.**

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

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

a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

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

h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. (CIDH, 1969, grifo nosso).

Com sustentáculo em tais dispositivos de *status* constitucional, o outrora simples direito de permanecer calado tomou proporções inimagináveis na juris-

prudência e na doutrina brasileira, conforme conhecidas teses acerca da impossibilidade de submissão compulsória do investigado a qualquer meio de produção probatória que demande sua coparticipação (teste de alcoolemia, exames de DNA, fornecimento de imagens para fins de identificação, tomada de escrita para fins de exame grafotécnico etc.), excepcionando-se – por enquanto – o reconhecimento pessoal (art. 6º, VI, art. 226, ambos do Código Penal).

Todavia, conforme se passa a explorar, a retirada de material genético por meios não intrusivos para fins criminais não difere – exceto quanto ao método – do exercício de especial forma de reconhecimento, encontrando, portanto, igual solução quanto à constitucionalidade como meio de prova.

A Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso LVIII, garante que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo em hipóteses previstas em lei.

Com efeito, visando regulamentar aludido dispositivo constitucional, sobreveio a Lei n. 12.037/09, dispondo, em seu artigo 3º, que:

**Art. 3º 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.

Art. 4º Quando houver necessidade de identificação criminal, a autoridade encarregada tomará as providências necessárias para evitar o constrangimento do identificado.

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

**Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. (BRASIL, 2009, grifo nosso).**

Como se vê, o ordenamento jurídico autoriza a coleta de material genético quando tal providência se mostrar imprescindível ao andamento da investigação criminal, não se podendo perder de vista que:

[...] a identificação da pessoa faz parte da segurança pública. Há uma confusão entre o interesse particular com o interesse público. É um direito do Estado a identificação da pessoa. [...] **'O banco de dados se insere na mesma esfera da impressão digital e interessa não só ao culpado, mas também ao inocente'**. (SCRIBONI, 2012, grifo nosso).

No ponto, não há qualquer violação constitucional, notadamente no que se refere ao princípio da não autoincriminação.

De início, registra-se que não existem garantias absolutas no ordenamento jurídico brasileiro, nem mesmo quando envolvam os direitos fundamentais, tal como o princípio em apreço.

Alexandrino e Paulo (2010, p. 103) esclarecem que os direitos fundamentais “não dispõem de caráter absoluto, visto que encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados pelo texto constitucional”.

Acrescentam, ainda, que não podem eles:

[...] ser utilizados como escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena da consagração do desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito (ALEXANDRINO; PAULO, 2010, p. 169).

No mesmo sentido, ensina Alexandre de Moraes (2015):

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sem-

pre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Apontando a relatividade dos direitos fundamentais, Quiroga Lavié afirma que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem contudo desconhecem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito. (MORAES, 2015, p. 30-31).

Aliás, é esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, externado no julgamento do Mandado de Segurança n. 23.452/RJ:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (BRASIL, 2000).

Dito isso, cabe esclarecer que o que deve ser ponderado é se a medida causará qualquer risco à integridade física ou psíquica do indivíduo ou à sua dignidade humana, o que, certamente, não ocorrerá no caso aventado.

Isso porque a coleta do material biológico e papiloscópico não se trata de procedimento invasivo.

Queijo (2012, p. 99) leciona que as provas não invasivas são aquelas cuja “produção no máximo tangencia os direitos fundamentais, mas nunca os atinge de forma direta”.

A contribuição do agente limita-se, quando muito, a tolerar a intervenção ou fornecer o material, dispensando a utilização de procedimentos médicos ou invasão à intimidade, não havendo qualquer afronta à dignidade da pessoa humana, razão pela qual não persistem motivos plausíveis para que seja tachada de inconstitucional.

Noutros termos, o que se espera não é que o investigado produza a prova que lhe será (ou não) desfavorável, mas tão somente que tolere sua produção, inexistindo conduta positiva a ser adotada.

A título argumentativo, tem-se que a Lei n. 7.210/84, (Lei de Execução Penal – LEP), de origem legislativa ordinária, portanto igualmente submissa à Constituição da República e ao Pacto de San Jose da Costa Rica, em seu art. 9º-A, prevê a colheita coercitiva de material genético para fins de formação de banco de dados (mais gravosa do que a mera comparação pontual), possibilitando, ainda, a consulta a tal acervo para fins de investigações criminais em curso (art. 9º-A, §§ 1º e 2º).

Indubitavelmente, a constitucionalidade da colheita individual, para fins de comparação genética, encontra identidade com a constitucionalidade do citado dispositivo legal, uma vez que, embora divergentes em requisitos e finalidades, encontram unidade quanto ao estudo dos direitos fundamentais.

Não fosse isso, sob o manto do reiterado discurso da vedação à autoincriminação, em um enfoque engradecido, forma-se um oceano de absolvições por falta de provas, colocando em cheque a balança que equilibra a proteção social e a proteção ao investigado.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade torna-se essencial na solução do impasse que envolve, de um lado, o interesse coletivo na busca da verdade real (decorrente da dignidade da pessoa humana), na manutenção da segurança pública e nos próprios direitos fundamentais das vítimas – que são brutalmente desrespeitados com a prática delituosa – e, de outro, o direito do réu de não colaborar na produção de prova contra si (igualmente decorrente da dignidade da pessoa humana).

Trata-se, pois, de legítima situação em que estão em jogo os princípios da proibição do excesso e da proibição da proteção deficiente.

A respeito da questão, elucidada Marcelo Novelino:

O postulado da proporcionalidade possui uma dupla face: de um lado, as regras que o compõem (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) impendem a adoção de cargas coativas indevidas ou excessivas por parte dos poderes públicos (proibição de excesso); de outro, a proporcionalidade impõe aos órgãos estatais o dever de tutelar de forma adequada e suficiente os direitos fundamentais consagrados na constituição (proibição de proteção insuficiente). Neste sentido, pode-se dizer que enquanto a “proibição de excesso” tem por finalidade evitar intervenções no âmbito de proteção dos direitos fundamentais além do necessário, a “proibição de proteção insuficiente” visa impedir que medidas constitucionalmente exigidas para proteção e promoção dos direitos fundamentais fiquem aquém do necessário. (NOVELINO, 2015, p. 296)

Ao final, arremata asseverando que “a proibição da proteção insuficiente impõe aos poderes públicos, portanto, a adoção de medidas adequadas e suficientes para garantir a proteção e promoção dos direitos fundamentais”.

Se a não autoincriminação é um direito previsto no bloco de constitucionalidade, também são, e em maior grau, os direitos fundamentais da vítima e a segurança de toda a coletividade, de sorte que o equilíbrio entre esses é encontrado no centro entre o elastecimento desregrado do direito individual e a compressão condescendente ao direito coletivo.

Não pode o Estado, em casos tais, permanecer inerte, deixando de salvaguardar a sociedade das ações delinquentes, abraçando o argumento de não violar a intimidade do suposto investigado ao nível extremo em que não se possa tocá-lo com um algodão em sua mucosa bucal para fins investigativos, sob pena de desrespeito ao princípio da proibição da proteção deficiente.

A propósito, em questão polêmica, sopesando direitos fundamentais em jogo no caso concreto, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. **Bens jurídicos constitucionais como “moralidade administrativa”, “persecução penal pública” e “segurança pública” que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho.** [...]. (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Dos ensinamentos do ilustre Eugênio Pacelli de Oliveira (2008), o qual inclusive faz alusão ao julgado alhures transcrito, também se extrai que:

As legislações européias, de modo geral, bem como a anglo-americana e algumas de países da América do Sul, como ocorre com a Argentina (art. 218, *Código Processual Penal de la Nación*), por exemplo, preveem situações nas quais o réu, embora sujeito de direitos, e não mero objeto do processo, deve se submeter a (ou suportar) determinadas ingerências corporais, com finalidades probatórias.

Em todos os casos, porém, como regra, deverá haver previsão expressa na lei e controle judicial da prova. É o que ocorre com os exames para coleta de sangue, testes para a comprovação de DNA, desde que realizados por médicos, os testes de alcoolemia, fornecimento de padrões gráficos e de voz etc. Para realização da perícia técnica.

É bem de ver que em todas as legislações citadas há também previsão e aplicação do princípio da não auto-incriminação, mas nos limites de suas concretas finalidades que é a proteção da dignidade humana da pessoa, da sua integridade, física e mental, de sua capacidade de autodeterminação e do exercício efetivo do direito de não ser obrigado a depor contra si. (OLIVEIRA, 2008, p. 377).

É justamente essa a pedra de toque que se propõe o enfretamento, a atribuição de limites aos já citados dispositivos protecionistas frente à sua finalidade original, perdida ao longo do tempo na jurisprudência pátria.

E prossegue o doutrinador:

E exatamente por que se trata de medidas dirigidas contra a pessoa do acusado, cujas consequências geralmente afetam, em certa medida, a sua inviolabilidade pessoal, elas devem se submeter a exigências extremamente rígidas, no que se refere à possibilidade de sua aplicação.

É preciso, primeiro, que haja expressa previsão na lei. Em segundo lugar, é preciso que se cuide de infração penal cuja comprovação o exame pericial técnico seja efetivamente necessário, quer pela complexidade do crime, quer pela impossibilidade prática de obtenção de outras provas. É também necessário que a diligência se realize sob o controle judicial, exceto nos casos de urgência inadiável, quando o controle deverá ser feito posteriormente.

No Brasil, as intervenções corporais previstas em lei são pouquíssimas e, não bastasse, nem sequer vem sendo admitidas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sempre fundamentada no princípio constitucional da não auto-incriminação. (OLIVEIRA, 2008, p. 377-8).

Concluindo igualmente acerca da interpretação extensiva utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, conclui o renomado jurista sobre as balizas aptas a reger a produção de provas em palco:

O que deve ser protegido, em qualquer situação, é a integridade, física e mental, do acusado, a sua capacidade de autodeterminação, daí porque são inadmissíveis exames como o do *soro da verdade* ou de ingestão de qualquer substância química para tal finalidade. E mais: deve ser também protegida a dignidade da pessoa humana, a vedar qualquer tratamento vexaminoso ou ofensivo à honra do acusado, e o reconhecimento do princípio da inocência. Reputamos, por isso, absolutamente inaceitável a diligência policial conhecida como *reprodução simulada* ou *reconstituição dos fatos* (art. 7º, CPP).

Não vemos, contudo, como a exigência de fornecimento de padrões gráficos possa afetar quaisquer dos valores protegidos pelo princípio da não auto-incriminação ou do direito ao silêncio, parecendo-nos exorbitante do âmbito de proteção da norma constitucional a referida decisão da Suprema Corte.

[...]

Todavia, e como já demonstramos alhures (item 9.1.4.6), o Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado em 21 de fevereiro de 2002, nos autos da RCL nº 2.040/DF, sendo Relator o Ministro Néri da Silveira (*Informativo STF* nº 257, 18 a 22 de fevereiro de 2002), deu um passo em direção oposta, isto é, na direção do entendimento que sustentamos, em relação à possibilidade jurídica das intervenções corporais.

Com efeito, decidiu-se que o Judiciário poderia autorizar a realização do exame de DNA em material colido de gestante, *sem a sua autorização pessoal*, em autos do inquérito policial instaurado para apurar possível crime de estupro supostamente praticado contra conhecida artista mexicana que se encontrava presa nas dependências da Polícia Federal.

Não há de se negar que a aludida providência judicial determinou exatamente uma forma de *intervenção corporal* não consentida, ainda que não realizada na pessoa do réu, mas da vítima. Assim, não se pode dizer que a Suprema Corte tenha flexibilizado seu entendimento em relação ao *nemo tenetur se detegere* (não auto-incriminação).

**Entretanto, parece também irrecusável a conclusão no sentido de que ocorreu, ali, pelo menos o primeiro passo para o reconhecimento de que as intervenções corporais, quando não puderem causar qualquer tipo de *risco à integridade física ou psíquica da pessoa, à sua dignidade humana ou à sua capacidade de autodeterminação, poderão ser admitidas (quando previstas em lei, acrescentaríamos nós).* [...]**

**Determinadas intervenções corporais, quando não puserem em risco a integridade física e psíquica do acusado em processo penal, e desde que previstas em lei, não encontram obstáculos em quaisquer princípios constitucionais, sobretudo quando se destinarem a colher prova em crimes que atingiram direitos fundamentais das vítimas. Afinal, o Direito Penal, intervenção estatal mais radical, não é também destinado à proteção dos direitos fundamentais? (OLIVEIRA, 2008, p. 384).**

Em caminho similar, Albuquerque (2008) pontua o equívoco interpretativo levado a efeito no direito penal e processual penal nacional, fruto de alargamento desmedido da expressão “não produzir”:

[...] a doutrina parece reconhecer, com pequeníssima margem de hesitação, a existência do citado instituto, dando à expressão 'não produzir' uma acepção tão ampla que se estende **para além de seus significados semântico e jurídico**, abrangendo então a ideia de que o sujeito passivo de um processo penal ou de uma investigação criminal não pode ser compelido sequer a participar, prestando qualquer forma mínima de colaboração de uma atividade probatória cujo resultado lhe possa ser, eventualmente, prejudicial. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 4, grifo nosso).

De todo o exposto acima, constata-se que a submissão de investigado à coleta de material biológico, de maneira não invasiva, ou seja, respeitando sua integridade física e psíquica, não ofende a Constituição da República.

### 3 DO TRATAMENTO EMPRESTADO À MATERIA JUNTO AO DIREITO COMPARADO

O debate proposto não se resume ao direito nacional, uma vez que, como já tratado, o direito do investigado a não produzir prova contra seus interesses encontra conforto expresso junto ao bloco de constitucionalidade pátrio no Pacto de San José da Costa Rica, que conta com a adesão de Antígua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, São Cristóvão e Nevis, Suriname, Trinidad e Tobago, Estados Unidos, Uruguai e Venezuela.

No mesmo trilhar, o princípio do *nemo tenetur se detegere* é encontrado como baliza internacional em matéria penal, derivando, como já mencionado, direitos menos abstratos ao acusado, como "direito ao silêncio", "direito de não se autoincriminar" ou "direito de não se confessar culpado". Em tal cenário, embora com mandamentos similares, o tratamento hermenêutico emprestado ao tema no plano internacional não fornece o escudo absoluto e inquebrável que se percebe na jurisprudência e na doutrina nacionais, permitindo, portanto, que o investigado seja objeto de prova, desde que não demande sua participação ativa na produção (verdadeiro significado do verbo produzir) e não se traduza em método invasivo – conforme alhures ventilado.

No sentido do exposto, a Suprema Corte norte-americana – caso *Schmerber v. California* (1966) – distinguiu os meios probatórios que demandam participação

positiva do investigado dos que o utilizam como objeto de prova (postura passiva), destacando não existir vedação à última forma de cooperação do investigado junto à formação da investigação, em expresse enfrentamento do *nemo tenetur se detegere*.

No ponto, cabe ressaltar que o banco de dados de perfil genético norte-americano conta com mais de 13 milhões de dados genéticos de indivíduos condenados, prestando auxílio a mais de 390 mil investigações:

The National DNA Index (NDIS) contains over 13,202,969 offender<sup>1</sup> profiles, 2,984,137 arrestee profiles, and 830,184 forensic profiles as of January 2018. Ultimately, the success of the CODIS program will be measured by the crimes it helps to solve. CODIS's primary metric, the "Investigation Aided," tracks the number of criminal investigations where CODIS has added value to the investigative process. As of January 2018, CODIS has produced over 406,211 hits assisting in more than 390,584 investigations. (CODIS, 2018).

Mesma conclusão é alcançada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, cujo julgamento do caso Jalloh v. Alemanha, vale a transcrição:

[...] o direito de não se autoincriminar impõe que se respeite a vontade do arguido de não falar e manter o silêncio, **no entanto, este direito não contempla a impossibilidade de utilização no processo de meios de prova que sejam obtidos através do arguido independentemente da sua vontade (ou mesmo, contra a sua vontade) por poderes de autoridade, tais como (...) recolha de amostras e exames de sangue, urina, saliva, cabelo, voz, ou recolha de outros tecidos orgânicos para a realização de testes de DNA**". (ALEMANHA, 2006, grifo nosso).

No Conselho da Europa a matéria é igualmente ponto de debate, com destaque às Recomendações R[87] e R[92], cuja redação debruça-se justamente sobre a utilização de material genético para fins criminais, inclusive propondo o intercâmbio entre os diferentes bancos de dados, sendo que a esmagadora maioria dos países que compõe o Conselho admitem a extração compulsória de material genético e impressão palmar para tais fins.

Referidos bancos de dados nacionais estão previstos na Áustria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Estónia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Polónia, Espanha, Suécia e Suíça.

Ainda sobre o tema, aplicando tais regramentos ao caso S. and Marper vs. United Kingdom, a Corte Europeia reiterou a necessidade de utilização de técni-

cas científicas hodiernas no cumprimento do seu mister pelos atores envolvidos com a repressão à criminalidade, ressaltando, no ponto, o exame genético de identificação – DNA:

105. The Court finds it to be beyond dispute that the fight against crime, and in particular against organised crime and terrorism, which is one of the challenges faced by today's European societies, depends to a great extent on the use of modern scientific techniques of investigation and identification. The techniques of DNA analysis were acknowledged by the Council of Europe more than fifteen years ago as offering advantages to the criminal justice system (see Recommendation R(92)1 of the Committee of Ministers, paragraphs 43-44 above). Nor is it disputed that the member States have since that time made rapid and marked progress in using DNA information in the determination of innocence or guilt. (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2008).

Percebe-se, pois, que, no âmbito internacional, países cujas normas penais foram fundadas sobre pilares idênticos ou muito similares aos nacionais alcançam conclusão diversa no estudo do mesmo texto legal, o que permite concluir que a pedra de toque do citado reinado da impunidade não encontra abrigo, no ponto, junto à legislação pátria, mas à leniente hermenêutica empregada.

#### 4 CONCLUSÃO

O direito emprestado ao investigado de não produzir prova contra si mesmo, como visto, não é inovação legislativa brasileira, mas se encontra difundido por toda a literatura internacional criminal, figurando como uma constante supraconstitucional.

Em tal trilhar, vislumbra-se que a interpretação alienígena em muito se distancia da encrustada no cenário jurídico nacional. Como visto, o estudo do direito comparado revela que, fundamentado na mesma norma (Pacto San Jose da Costa Rica – EUA) ou muito similar (Conselho da Europa), admite-se a extração compulsória de material genético e impressão palmar, embora com respeito ao princípio *nemo tenetur se detegere*.

Para tanto, difere-se a postura ativa ou passiva da medida a ser levada a efeito pelo investigado, interpretando-se esta última como possível e de acordo com o direito, impondo àquele, como membro da sociedade, o ônus de ao menos participar da formação da prova como objeto de estudo.

Vê-se que não se busca nada estranho ao direito pátrio; trata-se de forma cientificamente moderna de identificação pessoal.

Exemplifica-se que a jurisprudência brasileira não tem dúvidas acerca da possibilidade de reconhecimento do réu pela vítima quando ocorre um roubo, tampouco do dever do investigado de submeter-se a tal reconhecimento; em nada difere o tema em comento, à exceção de que o reconhecimento far-se-á em laboratório, tomando seu perfil genético de forma não invasiva.

Por todo o exposto, permite-se concluir que a tomada compulsória de material genético para fins probatórios penais encontra amparo tanto no bloco de constitucionalidade já aventado quanto no regramento infraconstitucional do tema, revelando, em suma, que a convivência hermenêutica nacional com a criminalidade é consequência do desvirtuamento dos institutos protetores do investigado, desequilibrando a balança da justiça em desfavor daquela que não traz sua face aos autos (e talvez por isso relegada) – a sociedade.

Com esse norte, tal qual um médico, que deve utilizar seu instrumental adequadamente, compete ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública (artigo 129, I, da Constituição da República), fomentar a evolução do pensamento jurídico sobre o tema, uma vez que não se está a falar de eventual necessidade de alteração legislativa, mas meramente do mau emprego do arcabouço já existente.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação – extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALEMANHA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Jalloh v. Alemanha**. Julgado em 11 jun. 2006.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)

[lado.htm](#)>. Acesso em 15 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm)>. Acesso em 15 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm)>. Acesso em 15 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.452/RJ**. Luiz Carlos Barretti Junior *versus* Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Min. Celso de Mello. Acórdão de 12 maio 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 2.040/DF**. Glória de Los Angeles Treviño Ruiz *versus* Juiz Federal da 10ª Vara da Sessão Judiciária do Distrito Federal. Relator: Min. Néri da Silveira. Acórdão de 21 fev. 2002.

CIDH. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Pacto de San Jose da Costa Rica. San Jose, Costa Rica, nov. 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em 15 mar. 2018.

CODIS. **NDIS Statistics**. Disponível em: <<https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/ndis-statistics>>. Acesso em 15 mar. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **S. and Marper versus United Kingdom**. 2008. Disponível em: <<https://rm.coe.int/168067d216>>. Acesso em 15 mar. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCRIBONI, Marília. Constitucionalidade de banco de DNA gera discussão. **Revista Consultor Jurídico**. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mai-06/criminalistas-divergem-constitucionalidade-banco-dna>. Acesso em 16 mar. 2018.