



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* como meio de prova no processo penal

Camilla Oliveira Ribeiro

Rio de Janeiro  
2015

CAMILLA OLIVEIRA RIBEIRO

**A aplicação do princípio do *Nemo tenetur se detegere* como meio de prova no  
processo penal**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2015

## A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

Camilla Oliveira Ribeiro

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

**Resumo:** O presente trabalho analisa o princípio *nemo tenetur se detegere* e as suas decorrências no processo penal. Inicialmente, estuda a sua evolução histórica, perpassando pela ótica constitucional e seus princípios mais ligados com o *nemo tenetur se detegere*. A partir desse enfoque, trata-se do direito fundamental à não autoincriminação como meio de prova no sistema processual penal brasileiro. Trata da relação entre o direito de não produzir prova contra si mesmo e a efetividade da Lei nº 12.654/2012, que prevê a criação de banco de dados de perfis genéticos com o material coletado dos investigados e condenados. No âmbito da identificação criminal, especificamente, traz o presente artigo considerações acerca de alguns casos concretos com grande repercussão no cenário nacional, a fim de melhor elucidar a relação entre este instituto e a aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere*.

**Palavras chaves:** Direito processual penal; Princípio *nemo tenetur se detegere*; Direito fundamental ; Identificação criminal; Lei nº 12.654/2012; Direito de não produzir provas contra si mesmo.

**Sumário:** Introdução. 1. Breves considerações acerca da aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* ao longo da história. 2. O princípio *nemo tenetur se detegere* como direito fundamenta de primeira geração. 3. A aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* na identificação criminal. 4. Consequências da violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O princípio *nemo tenetur se detegere*, conforme será demonstrado neste trabalho, possui participação imprescindível no âmbito do processo penal brasileiro, eis que assegura ao acusado o direito à não autoincriminação. Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, este direito de não produzir provas contra si mesmo, representado pelo mencionado princípio, consolidou-se como

direito fundamental, de modo a ser incorporado efetivamente no ordenamento jurídico pátrio.

O presente artigo científico analisa o princípio *nemo tenetur se detegere* sob suas diversas formas de manifestação, sendo dado destaque à sua aplicação no tocante à identificação criminal. Da mesma forma, destaca-se a aplicação do referido princípio sob o prisma dos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, da presunção de não culpabilidade e da dignidade da pessoa humana. O princípio do *nemo tenetur se detegere* é um princípio de civilidade, típico do modelo acusatório, pois graças a ele o acusado não é mais considerado como a pessoa que deve contribuir e iluminar o juiz com o seu conhecimento.

Será feito um estudo da aplicabilidade do *nemo tenetur se detegere* no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quando confrontado a possibilidade de identificação criminal do investigado ou condenado. Será demonstrado que todas as suas manifestações são extremamente importantes para o devido respeito do cidadão perante o poder estatal, sendo impossível relativizar tal princípio, sob pena de ocorrer verdadeiro retrocesso frente ao Estado Democrático de Direito.

O estudo, baseado em ampla pesquisa bibliográfica na doutrina pátria, será complementado com a citação de jurisprudência correlata, cujo objetivo será verificar se a garantia constitucional em tela de fato confere ao acusado a possibilidade de não produzir prova contra si mesmo, tendo em vista a possibilidade de identificação criminal no âmbito da prova no processo penal.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória.

## 1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* AO LONGO DA HISTÓRIA

Em primeiro lugar, é importante destacar o significado da expressão *nemo tenetur se detegere*, que se traduz na ideia de que ninguém é obrigado a se descobrir.

A aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* foi evoluindo ao longo do tempo. Nos primórdios, por volta de 1.700 a.C., o Código de Hamurabi que, assim como as Leis Escritas de Manu, redigidas entre os séculos II a.C. e II d.C., não dispunha de maneira formal acerca do interrogatório do acusado, prevendo, contudo, a possibilidade deste ser ouvido sob juramento.

Por volta do século III a.C, o Talmud, que teve sua base nos cinco livros de Moisés, de maneira discreta, começou a introduzir o que hoje se traduz pelo princípio *nemo tenetur se detegere*, eis que a lei previa a vedação de qualquer pessoa confessar ou testemunhar contra si mesmo.

Nas civilizações clássicas, Grega e Romana, foi negada a existência do direito *nemo tenetur se detegere*, visto que o silêncio do réu era considerado como confissão, sendo utilizadas técnicas de tortura em busca da verdade real, salvo em crimes capitais.

Na Idade Média, em sede do processo inquisitório, o interrogatório era considerado meio de prova, inexistindo o direito ao silêncio, o que fez desse período aquele em que mais se negou o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

A consagração do princípio *nemo tenetur se detegere* ocorreu com o Iluminismo, período em que surgiram as ideias acerca das garantias penais e processuais penais. A aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere*, então, passou a combater

a tortura como método de obtenção de confissão<sup>1</sup>, o que fez com que o acusado não fosse mais visto como objeto exclusivo de prova.

Na Idade Contemporânea, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, nada fora mencionado acerca do princípio do *nemo tenetur se detegere*. Todavia, há que se ressaltar a referência feita à presunção de não culpabilidade.<sup>2</sup>

Por sua vez, com a aprovação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1969, foi reconhecido, finalmente, o princípio do *nemo tenetur se detegere* entre as garantias penais e processuais penais mínimas a serem respeitadas em relação ao acusado.

No Brasil, desde as Ordenações Manuelinas, datadas de 1514, o direito ao silêncio em favor do acusado é garantido. Porém, tal direito não era na prática efetivamente aplicado, uma vez que o réu era frequentemente submetido a torturas, ou a imposição de multas, a fim de que prestasse declarações acerca do fato delituoso. Vale ressaltar, que, somente com a Constituição de 1824, a tortura foi eliminada juridicamente do ordenamento brasileiro.

Na atual Constituição da República, o princípio do *nemo tenetur se detegere* está previsto no artigo 5º, inciso LXIII, o qual dispõe: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Há também a presença do direito a não autoincriminação em outros dispositivos constitucionais, como os que asseguram os princípios da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV), e da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII).

---

<sup>1</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 8

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 26.

Por fim, é imprescindível ressaltar as modificações acerca do interrogatório judicial previsto na legislação processual penal, inseridas com a promulgação da Lei nº 10.792/2003. Como principal exemplo, tem-se o artigo 186, que passou a dispor em seu parágrafo único que “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

Observa-se, portanto, que a evolução do princípio *nemo tenetur se detegere* derivou em uma exclusão de presunção de culpabilidade quando do exercício do direito ao silêncio do acusado.

## **2. O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE PRIMEIRA GERAÇÃO**

O princípio *nemo tenetur se detegere* é considerado, sem qualquer dúvida, pelo ordenamento pátrio, como um direito fundamental de primeira geração, isso é, direito ligado à liberdade. A ausência de um dispositivo específico tratando do referido princípio não é óbice para o reconhecimento deste direito geral à não autoincriminação.

É importante observar, que o princípio, ora estudado, não é apenas reconhecido pelo enunciado do artigo 5º, inciso LXIII, da CRFB/88, que trata do direito ao silêncio<sup>3</sup>, mas também por suas várias outras formas de manifestação.

Uma das maiores características do direito fundamental é a proteção do indivíduo contra excessos e abusos do poder estatal. E, nesse contexto, segundo Maria Elizabeth Queijo, o princípio *nemo tenetur se detegere*, entendido como direito fundamental, é indispensável para “o resguardo contra violências físicas e morais,

---

<sup>3</sup> Ibid., p. 54-55.

empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.”<sup>4</sup>

Com efeito, é fácil notar que o princípio *nemo tenetur se detegere* não se restringe unicamente pela tradução ao direito ao silêncio, sendo correto afirmar que tal princípio configura-se na reunião de outros mais princípios constitucionais, dentre os quais merecem destaque o devido processo legal, a ampla defesa, a presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana.

### **2.1. *Nemo tenetur se detegere* e o devido processo legal e a ampla defesa**

Previsto no art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88, o princípio do devido processo legal remonta do direito anglo-saxão, com a finalidade de limitar o poder autoritário das autoridades para garantir às partes um processo justo.

A doutrina autorizada define o devido processo legal como “conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”<sup>5</sup>. Tais garantias, além de servirem aos interesses das partes, afiguram-se como direitos públicos subjetivos destas, configurando verdadeiras salvaguardas do próprio processo.

É imperioso observar que o devido processo legal serve como base para diversos outros princípios, sendo uma das mais amplas e relevantes garantias constitucionais.

---

<sup>4</sup> Ibid., p.55.

<sup>5</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed.: Malheiros, 2008, p. 88.

Sobre o assunto, leciona Gilmar Ferreira Mendes<sup>6</sup>:

[...] no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica.

Observando mais precisamente o processo penal, tem-se que o devido processo legal possui íntima ligação com a garantia da presunção de inocência ou não culpabilidade, bem como com as garantias referentes à prisão, tais como o direito ao silêncio, a assistência da família e de advogado, entre outras.

Assim, é evidente que o *nemo tenetur se detegere* compõe o que se entende por devido processo legal, visto que assegura a legitimação da função jurisdicional.

Conforme exposto, o direito à ampla defesa, com previsão no art. 5º, inciso LV, da CRFB/88, também está enquadrado na cláusula do devido processo legal.

Segundo as lições de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar<sup>7</sup>:

[...] A defesa pode ser subdividida em defesa técnica (efetuada por profissional habilitado) e autodefesa (realizada pelo próprio imputado). A primeira é sempre obrigatória. A segunda está no âmbito de conveniência do réu, que pode optar por permanecer inerte, invocando inclusive o silêncio.

A autodefesa, por sua vez, abrange o direito de audiência e o direito de presença. O primeiro se traduz na “oportunidade de influir na defesa por intermédio do interrogatório”, e o segundo, nada mais é do que a “possibilidade de o réu tomar

---

<sup>6</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 544.

<sup>7</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. rev. e atual. Bahia: Jus Podium, 2013, p. 59.

posição, a todo momento, sobre o material produzido, sendo-lhe garantida a imediação com o defensor, o juiz e as provas”<sup>8</sup>.

De acordo com a Súmula n. 523 do STF, “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Tais garantias são indispensáveis para o equilíbrio entre as partes no processo, já que é notória a desigualdade de conhecimento técnico na relação entre Ministério Público e imputado. Assim, para que haja justiça na relação entre as partes, é imperioso que o acusado seja acompanhado de um profissional devidamente habilitado.

## **2.2. *Nemo tenetur se detegere* e a presunção de não culpabilidade associados à dignidade da pessoa humana**

O princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência está previsto no art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88, sendo corolário do devido processo legal e tendo uma forte ligação com o princípio basilar da dignidade da pessoa humana, eis que ambos são vinculados ao modelo garantista brasileiro.

O princípio da não culpabilidade se traduz na garantia constitucional de que somente será reconhecida a autoria de uma infração criminal após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. “Antes desse marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade.”<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2001, p. 146.

<sup>9</sup> TÁVORA; ALENCAR, op. cit, p. 54.

No ordenamento jurídico brasileiro, a regra é a liberdade, sendo o encarceramento, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, medida excepcional.

Por tal razão, o legislador infraconstitucional, revogou o art. 595 do Código de Processo Penal, que condicionava o direito do réu de apelar ao recolhimento à prisão. Acompanhando essa alteração e em respeito ao princípio ora estudado, o STF firmou entendimento no sentido de que o status de inocência deve prevalecer até o trânsito em julgado da sentença final, ainda que pendente recurso especial e/ou extraordinário, sendo que a necessidade/utilidade da prisão cautelar requer devida demonstração.<sup>10</sup>

No campo probatório, além do ônus da prova recair exclusivamente sobre a acusação, o princípio da não culpabilidade garante ao acusado a possibilidade de se desobrigar a cooperar na investigação dos fatos. E é neste ponto que o *nemo tenetur se detegere* ganha forma, eis que é inadmissível tornar o imputado objeto da prova.

Isto, nada mais é, do que uma reafirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual afirma uma nova visão do homem na sua comunidade, no escopo de afastar das gerações presentes e futuras a possibilidade de se coisificar o ser humano.<sup>11</sup>

Nas lições de Flávia Piovesan<sup>12</sup>:

[...] O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro.

---

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 123456. Relator: Ministro Eros Graus. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078%2EENUME%2E+OU+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nd2tqb2.>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

<sup>11</sup> BITAR, Eduardo C. B. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. Org Agassiz Almeida Filho e Plínio Melgaré. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 253.

<sup>12</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Direito à Alimentação Adequada: Mecanismos Nacionais e Internacionais. In *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 35.

A dignidade da pessoa humana deve ser plenamente observada no tocante à forma de proceder a instrução criminal pelo Estado. Isso porque, o imputado não pode ser coisificado, sendo sujeito de direitos. Dessa forma, são inadmissíveis a aplicação de medidas de cunho vexatório, humilhante ou que causem qualquer discriminação.

O princípio do *nemo tenetur se detegere*, como impeditivo de tornar o acusado objeto de prova no processo penal, é corolário do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, o qual encontra amparo no art. 1º, inciso III da CRFB/88.

Por tal razão, o *nemo tenetur se detegere* só pode ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro como sendo um direito fundamental. Nesse sentido leciona Maria Elizabeth Queijo<sup>13</sup>, “acolhida a dignidade humana como um dos valores fundamentais do Estado brasileiro, incorpora-se o *nemo tenetur se detegere* no elenco de direitos fundamentais, como dela decorrente, por força do disposto no aludido art. 5º, § 2º, da Constituição.”

O *nemo tenetur se detegere* deve ser, portanto, respeitado como princípio fundamental, eis que decorre das garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e da presunção de não culpabilidade, e do mais fundamental de todos, que é a dignidade da pessoa humana. Todos esses princípios e garantias, incluindo o *nemo tenetur se detegere*, são corolários do Estado Democrático de Direito, os quais encontram amparo em nossa Lei Maior.

### **3. A APLICAÇÃO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL**

---

<sup>13</sup> QUEIJO, op. cit. p. 80.

A Constituição da República, em seu art. 5º, LVIII, assegura que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, ressalvados os casos previstos em lei.

Esse dispositivo constitucional foi regulamentado em 2009, pela Lei nº 12.037/2009, a qual, em conformidade com o texto constitucional, traz a identificação criminal como exceção, de forma a apontar, em seu art. 3º, em rol taxativo, as hipóteses em que o civilmente identificado poderá ser também submetido à identificação criminal.

Nesse ponto, a pergunta que deve ser respondida é se a possibilidade de ser realizada a identificação criminal do acusado ou réu em alguns casos violaria o princípio *nemo tenetur se detegere*. Para responder tal indagação é preciso um estudo mais aprofundado sobre o instituto, como será feito a seguir.

### **3.1. A identificação criminal no Brasil**

A regra prevista no ordenamento jurídico brasileiro é a identificação civil, a qual pode ser atestada pela apresentação da carteira de identidade, carteira profissional, passaporte, carteira de identificação profissional e identificação militar. Somente no caso em que tais documentos não forem apresentados é que se fará a identificação criminal do investigado.

A identificação criminal tem como finalidade auxiliar o processo penal, visto que é por meio dela que são registrados dados identificadores do agente que supostamente praticou a conduta delitiva. Tal identificação permite que apenas àquele agente seja imputado a prática do crime e, conseqüentemente, só a ele sejam impostas as

sanções devidas. Ademais, conforme ensina Mário Sérgio Sobrinho<sup>14</sup>, “a identificação servirá como meio de prova colocado à disposição das pessoas inocentes que possam demonstrar que não são verdadeiras autoras das infrações penais, quando houver equívoco de identidade.”

A identificação criminal, quando possível, a princípio, era realizada ou pelo processo datiloscópico, isto é, coleta de impressões digitais; ou pelo processo fotográfico, a fim de constranger minimamente o identificado.

Todavia, com a entrada em vigor da Lei nº 12.654, em 28 de maio de 2012, foi introduzido o parágrafo único ao art. 5º da Lei nº 12.037/2009, de forma a autorizar a inclusão da coleta de material biológico para a obtenção de perfil genético na identificação criminal.

Assim, a partir da vigência da nova lei, são três as formas de identificação criminal, a saber: datiloscopia, fotográfica e pelo perfil genético, popularmente conhecido como DNA.

### **3.2. Coleta de material biológico do investigado ou condenado – comentários à Lei nº 12.654/12**

A Lei nº 12.654/2012, que prevê a criação de banco de dados de perfis genéticos com o material coletado dos investigados e condenados, cuja finalidade dessa coleta é a possibilidade de comparação dos vestígios deixados com as informações constantes desse banco de dados para que se possa descobrir o verdadeiro autor do crime, alterou a Lei 12.037/2009, que trata da identificação criminal e a Lei 7.210/1984, mais conhecida como Lei de Execuções Penais.

---

<sup>14</sup> SOBRINHO, Mário Sérgio. *A identificação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 56.

É importante informar que, no Brasil, o Banco Nacional de Perfis Genéticos foi regulamentado pelo Decreto nº 7.950/2013, sendo ele responsável pelo armazenamento dos dados de perfis genéticos, os quais poderão ser utilizados na persecução criminal. Trata-se, em verdade, de uma rede de compartilhamento, que possibilita a comparação de perfis genéticos constantes nos bancos da União com os Estados e o Distrito Federal.

Em respeito às normas constitucionais e internacionais acerca dos direitos humanos, genoma humano e dados genéticos, as informações genéticas armazenadas nesses bancos de dados não poderão traçar perfis somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto a determinação genética de gênero.

O armazenamento dos dados de perfis genéticos terá caráter sigiloso, sob pena daquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos do previsto em lei responder civil, penal ou administrativamente.

Observa-se que a Lei nº 12.654/2012 permite a coleta de material biológico do sujeito para a obtenção de perfil genético em duas hipóteses, a saber: durante as investigações para a apuração da autoria do crime e quando o réu já tiver sido condenado em razão do cometimento de determinado delito.

A coleta do material biológico do suspeito na fase de investigação criminal, nos termos do art. 5º da Lei nº 12.037/2009, é determinada por decisão judicial fundamentada, proferida de ofício, ou mediante requerimento da autoridade policial, do Ministério Público ou da própria defesa. Essa determinação somente deverá ocorrer se tal prova for essencial às investigações policiais.

Cumprido esclarecer que, em sede investigativa, independentemente de qual foi o delito praticado pela pessoa, é possível a determinação da coleta de material biológico.

Os dados dos perfis genéticos ficarão devidamente armazenados até o término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do crime.

A segunda hipótese em que é permitida a coleta de material biológico da pessoa para a obtenção do seu perfil genético é na execução penal. A Lei nº 12.654/2012 acrescentou o art. 9º-A à Lei de Execuções Penais.

O réu, já definitivamente condenado, deverá ter seu material biológico coletado nos casos de ter sido condenado ou por crime doloso praticado com violência de natureza grave contra a pessoa, ou por crime hediondo de qualquer espécie.

Essa identificação do perfil genético do condenado, mediante extração de seu DNA, é obrigatória por força legal, não necessitando, sequer, de autorização judicial. Trata-se de providência automática decorrente da condenação.

### **3.3. O direito de não produzir prova contra si mesmo e a efetividade da Lei nº 12.654/2012**

O princípio *nemo tenetur se detegere*, conforme demonstrado no presente estudo, é direito fundamental assegurado na Lei Maior da República.

Diante da aplicação de tal princípio, questiona-se a real efetividade da Lei nº 12.654/2012 no tocante à obrigatoriedade ou não do indivíduo ter que fornecer seu material biológico para a obtenção de seu perfil genético.

Sem qualquer polêmica, havendo livre consentimento, é plenamente possível a coleta de material genético do investigado ou condenado com a finalidade de produzir prova de natureza criminal.

Da mesma forma, nos termos do art. 6º, I, II, III e VII do Código de Processo Penal, não há óbice à apreensão e utilização de material genético desprendido do corpo do investigado ou condenado, independentemente de qualquer autorização ou consentimento. Isso, inclusive, já ocorreu no Brasil em dois casos emblemáticos.

No caso “Pedrinho”, menino sequestrado no hospital em que nasceu, apesar dos envolvidos não terem consentido a coleta de seu material biológico para a investigação, foi recolhido pela autoridade policial o resto de cigarro deixado no cinzeiro do Distrito Policial pela irmã de Pedrinho, Roberta Jamily, também suspeita de ter sido sequestrada quando criança, o qual continha a saliva de Roberta. Após a realização de exame de DNA no material recolhido, confirmou-se que Roberta não era filha de Vilma, mulher que a criou juntamente com Pedrinho.

A utilização do material genético sem o consentimento de Roberta foi contestado pela defesa, porém, os Tribunais entenderam pela sua validade.

Semelhante foi o caso de Glória Trevi, cantora mexicana, que ficou grávida enquanto cumpria pena privativa de liberdade em estabelecimento prisional brasileiro. À época, a cantora alegou ter sido vítima de estupro dentro do presídio, o que foi negado pelos supostos envolvidos. Para elucidar o caso, aguardou-se o nascimento do filho de Glória Trevi para que fosse realizado o exame de DNA a partir da placenta desintegrada do corpo dela. Também neste caso, a obtenção da prova foi considerada pelos Tribunais absolutamente lícita.

Todavia, nas lições de Renato Marcão<sup>15</sup>:

A intervenção não consentida no corpo do investigado ou réu – violenta, portanto – com vistas à extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), ainda que por técnica adqueada e indolor, com intuito de obter a identificação de seu perfil genético que servirá como prova de natureza criminal, é providência desaprovada na ordem constitucional vigente.

Em razão do direito de não produzir prova contra si mesmo ser assegurado pela CRFB/88, tendo em vista a melhor interpretação do art. 5º, LXIII, e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 8º, II, g, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se assentado no sentido de que o acusado não é obrigado a

---

<sup>15</sup> MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37.

fornecer padrão vocal ou padrão de escrita a fim de que sejam realizadas perícias que possam prejudicá-lo. Senão vejamos<sup>16</sup>:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE.

Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido.

Ora, por uma questão lógico-sistemática, certamente o mesmo raciocínio deverá ser aplicado quanto ao fornecimento de material biológico.

#### **4. CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE***

O princípio *nemo tenetur se detegere*, sendo direito fundamental de inquestionável relevância, deve ser sempre assegurado e respeitado, não podendo ser admitido, num Estado Democrático de Direito, o abandono de um direito fundamental para que seja imputado a alguém a prática de um crime.

---

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 77135, Relator: Ministro Ilmar Galvão. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2877135%2E+OU+77135%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n884vt3>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

Segundo Maria Elizabeth Queijo<sup>17</sup>, *as provas colhidas com infringência ao princípio em foco são ilícitas.*

Desta forma, o reconhecimento e o respeito ao princípio *nemo tenetur se detegere* fortalecem a aplicação de outras garantias fundamentais, tais como o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana.

É imprescindível, portanto, em virtude do Estado Democrático de Direito e da Carta Constitucional de 1988, que assegura inúmeras garantias fundamentais a toda e qualquer pessoa humana, independentemente de haver contra ela investigação ou processo criminal em curso, o reconhecimento do princípio *nemo tenetur se detegere* e todas as suas decorrências, sob pena de insegurança jurídica no ordenamento brasileiro.

## CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo, buscou-se a analisar como o princípio *nemo tenetur se detegere*, elencado na Carta da República como direito fundamental, aplica-se como meio de prova no processo penal brasileiro.

Verifica-se a relação íntima desse princípio com as garantias à ampla defesa, ao devido processo legal, à presunção de não culpabilidade e à dignidade da pessoa humana. Em verdade, o reconhecer o princípio *nemo tenetur se detegere* representa a vitória desse direito fundamental imprescindível frente aos sistemas autoritários e absolutistas, os quais pregavam a inexistência da defesa dos acusados e a ausência de seus direitos fundamentais.

A partir da consagração do direito a não produzir provas contra si mesmo no ordenamento jurídico brasileiro, o presente trabalho busca demonstrar a sua aplicação no tocante à identificação criminal.

Ao contrário do que ocorre na seara civil, em que, nos casos envolvendo reconhecimento de paternidade, a recusa do réu em se submeter ao exame de DNA gera

---

<sup>17</sup> QUEIJO, op. cit. p. 453.

a presunção da paternidade, não há, no direito processual penal, como falar em nenhuma presunção. Assim, bem como o silêncio do acusado não pode dar ensejo a nenhuma presunção contra ele, a sua não concordância em se identificar criminalmente também não pode ser obstada, sob pena de esvaziar a essência do *nemo tenetur se detegere*.

Todavia, conforme demonstrado, nem sempre a identificação criminal deverá ser afastada como meio de prova no processo penal. Nesse sentido, buscou-se analisar duas situações concretas com certa repercussão e evidência na sociedade: o caso Pedrinho e o caso Glória Trevi, em que ambos foi possível a utilização de material genético descartado como meio de prova para fins de elucidação de supostos crimes.

Em que pese a existência de situações como as acima narradas, o que o presente estudo objetivou proclamar é o imprescindível respeito ao princípio *nemo tenetur se detegere*, o qual tem papel fundamental no âmbito do processo penal brasileiro, eis que assegura ao acusado o direito de não autoincriminação. Isso porque todas as manifestações desse princípio são de suma importância para o real respeito do cidadão perante o poder estatal, o que torna impossível a relativização de tal princípio, sob pena de ocorrer verdadeiro retrocesso frente ao Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

BITAR, Eduardo C. B. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. Org Agassiz Almeida Filho e Plínio Melgaré. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 77135, Relator: Ministro Ilmar Galvão. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2877135%2E%2E+OU+77135%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n884vt3>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC n. 123456. Relator: Ministro Eros Graus. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078%2E%2E+OU+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nd2tqb2>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed.: Malheiros, 2008.

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2001.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Direito à Alimentação Adequada: Mecanismos Nacionais e Internacionais. In *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SOBRINHO, Mário Sérgio. *A identificação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. rev. e atual. Bahia: Jus Podium, 2013.