



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Lei n. 12.654/2012, Implicações Constitucionais

Tarcisio dos Santos Figueiredo

Rio de Janeiro
2014

TARCISIO DOS SANTOS FIGUEIREDO

A Lei n. 12.654/2012, Implicações Constitucionais

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:

Artur Gomes

Guilherme Sandoval

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho Artigo

Rio de Janeiro
2014

A LEI N. 12.654/2012: IMPLICAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Tarcisio dos Santos Figueiredo

Graduada pela Faculdade Universidade.
Servidor Público. Pós-graduando em
Direito Público e Privado pela Emerj.

Resumo: Com o objetivo de melhorar a investigação criminal e criar banco de dados sigiloso com novos tipos de identificação, o Estado cria a Lei n. 12.654/2012. Com essa ferramenta, assim como antes da nova Lei, identifica-se criminalmente, de ofício pela autoridade judiciária, ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa. Se a identificação datiloscópica ou fotográfica, pode ser apagada por meio de cirurgia ou alterada, o perfil genético coletado, assegura, por técnicas de genética, de biologia molecular, uma maior durabilidade e certeza informativa. Todavia a nova Lei confronta-se com o nosso modelo de garantias, disposto na Constituição de 1988. Não se pode voltar ao Sistema Inquisitório, assim como não se pode obrigar uma pessoa fazer prova contra si própria. O Direito Penal do Autor não pode ganhar espaço suprimindo os direitos e garantias legais e Constitucionais. A essência do trabalho é trazer, na norma que se analisa, aquilo que se opõe os Princípios Constitucionais, apontar as lesões e ameaças do sistema de garantias que rege hoje o modelo jurídico do Brasil, o de Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Processo Penal. Identificação Criminal. Coleta de Perfil Genético.

Sumário: Introdução. 1. Breves Considerações Sobre a Lei n. 12.654/2012. 2. A Coleta do Perfil Genético no Direito Comparado. 3. A Lei n. 12.037/2009 e os Princípios Violados. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

É fundamental para a vida em sociedade, a identidade. É um elemento que confere segurança jurídica, pois a sua ausência ou imprecisão traz consequências lastimáveis. Pode-se imaginar o problema que se gera quando alguém não tem nome, ou filiação, ou mesmo que traga dúvidas quanto ao seu gênero ou estado civil.

Em âmbito criminal essa identificação não pode ser confundida com a qualificação do acusado, uma vez que a identificação pode ser datiloscópica,

fotográfica, e genética. A qualificação, por sua vez, é a individualização que se faz através da obtenção de dados como o nome completo, naturalidade, filiação, nacionalidade, estado civil, domicílio, etc.

Tendo em vista que o objeto do presente trabalho é a coleta do perfil genético, hoje autorizada por lei, é importante dizer que essa técnica objetiva conferir mais segurança à identidade criminal. Com o desenvolvimento de técnicas variadas, como de identificação biométrica, de voz, da íris, da retina, da face, entre outras, o legislador copiou modelos estrangeiros, quando passou a perceber que os vestígios biológicos deixados no local do crime bem serviriam como material de confronto com a posterior coleta do perfil genético, ou confronto com um banco de dados já formado por esses mesmos perfis.

A lei autoriza a existência de um banco de dados que armazene os dados dos autores de delitos, incluindo características físicas, sinais particulares, características físicas, e agora dados genético. Pode essa disposição reduzir a condução de ser humano a mero objeto ou meio de execução a um fim desejado ? É uma atitude legal constranger o indivíduo à obrigatoriedade da identificação, especialmente com a existência de um banco de dados com as informações civis ?

Quando se defronta, nesses dias, com a possibilidade da autoridade judiciária ter a real possibilidade de obrigar o indivíduo a essa identificação genética, de ofício, ou com a representação do Delegado, do Ministério Público ou da Defesa, incorre-se em uma afronta ao sistema acusatório? E o princípio do *nemo tenetur se detegere*, o direito de não produzir provas contra si mesmo ? Essas e outras indagações, são alvo desse trabalho. Não se tem o interesse de esgotar o tema, tanto pela variedade de pontos de

vista existentes, como pela crescente atualização diária, de leis, doutrinas e jurisprudência.

Assim, no decorrer do trabalho a preocupação basilar é verificar, com raciocínio e coerência, se os ganhos com a nova forma de identificação pode comprometer as garantias do sistema Constitucional.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI N° 12.654/12

A Lei n. 12.654, de 28 de maio. de 2012¹, só chegou ao ordenamento brasileiro depois de uma longa trajetória; é lei modificadora de lei, mas para se entender o motivo de sua criação é necessário que se faça uma breve retrospectiva legal, desde as razões motivadoras, passando pela evolução normativa, até os embates doutrinários que contrários ou favoráveis acabam por enriquecer uma discussão atraente e favorável, imprescindível, sem dúvida, ao processo democrático do saber.

O art. 5º, inciso LVIII, da atual Constituição disciplina que, "o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei". Com essa determinação houve a necessidade de uma regulamentação que trouxesse os detalhes necessários. Surgiu então a Lei n. 9.034/95, em âmbito infraconstitucional. Nesta Lei, o art. 5º, informa que: "a identificação criminal de pessoas envolvidas com a prática por organizações criminosas será realizada independente da identificação civil" (Lei revogada). Em seguida uma nova produção normativa aparece, a Lei n. 10.054/200, que por sua vez foi revogada pela Lei n° 12.037/2009.

¹ BRASIL. Lei n. 12.654 de 28 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 21 out. 2014.

Esta é a última lei que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulando o art. 5º, inciso LVIII da Constituição Federal. Isso, contudo, não impediu a alteração, da citada Lei n. 12.037/2009, pela Lei n. 12.654/12. Essa última acaba por também alterar a Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal), passando a ter a responsabilidade de engendrar no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de se coletar perfil genético como uma forma de identificação criminal e formação de banco de dados sigiloso, regulamentado e expedido pelo Poder Executivo.

Com a justificativa de se conter o alto índice de impunidade, o Estado acabou por impor uma técnica de coleta genética. A principal justificativa apresentada foi melhorar a investigação, elevando as chances de identificação, o que claramente pode estar contida nos vestígios deixados na cena do crime.

Por outro lado manter um banco de dados com base no perfil genético é tarefa que pode esbarrar em questões constitucionais, como por exemplo o desafio que se faz ao art. 5º da CRFB/88, em seu inciso LXVIII que garante ao réu o direito de não produzir provas contra si mesmo, princípio do *nemo tenetur se detegere*. Mesma previsão está contida na Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 8º, II, g, que estabelece "Garantias judiciais: [...]. g - direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada [...]".

A identificação criminal tem como definição mais basilar, o registro, a guarda e recuperação dos dados e informações, através das quais serão utilizadas para se chegar a identidade do acusado. Ricardo Antonio Andreucci² estabelece :

Identidade, por seu turno, é o conjunto de características que distinguem uma pessoa da outra, tais como características físicas (digitais, cor dos cabelos e da pele, altura, cicatrizes etc.), características pessoais (endereço, profissão, estado civil etc.), características biológicas (tipo sanguíneo, DNA, morfologia de órgãos e partes do corpo etc., dentre outras.

² ANDREUCCI, R.A. *Legislação Penal Especial*. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 386.

A Constituição de 1988 teve como propósito, ao criar o art. 5º, LVIII, impedir uma, já constatada, abusividade na utilização da identificação criminal pelas autoridades policiais. Mas como conciliar a vontade que impera nas instituições de segurança, que é a de concentrar todos os esforços para se coibir e punir de maneira efetiva o crime, e o direito que todos tem, garantidos pela Carta Magna ? É uma pergunta que se pretende responder no decorrer desse trabalho.

De imediato se percebe que os criminosos, aproveitando-se da vedação constitucional, acabam por providenciar documentos falsos, e burlam o sistema, de maneira direta ou indireta. Isso prejudica pessoas que de fato são inocentes, levam-nas a responder inquéritos, procedimentos diversos e até ações, complicando suas vidas, que no mínimo redundam na perda de tempo de todos os envolvidos.

A coleta de perfil genético e a sua utilização na confrontação pericial e identificação, foi estabelecida na nova lei (Lei nº Lei 12.654, de 28 maio de 2012). Resolveu aquilo que trazia algum transtorno na identificação papiloscópica ou mesmo a fotográfica, porque apesar da certeza de tais recursos, como obtenção de um resultado único e inconfundível, é identificação que pode ser modificada ou apagada por meio de cirurgia ou ação do tempo. Assim as autoridades criam e se valem da genética forense, que se utiliza de técnicas da genética e biologia molecular. Tudo isso contribui para o desenvolvimento de métodos seguros para se chegar no que se almeja, a solução a impunidade que assola o país.

Os dados genéticos, quando da coleta, deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, dispõe o art. 5º-A da Lei nº12.037/09: “ 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”. E como deve proceder a autoridade nesse caso ? Pode se fazer a extração forçada do material biológico ? Já é entendimento da

jurisprudência³ que se o réu não é civilmente identificado, não se constitui constrangimento ilegal a determinação de identificação criminal pelo processo datiloscópico.

Pode-se dizer que houve um avanço muito grande desde a CRFB/88, pois antes de 1988, com enunciado da súmula 568 do STF, tinha-se o entendimento firmado que a identificação criminal não constituía constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tivesse sido identificado criminalmente, ou seja mesmo que houvesse a identificação civil, o indiciado ou acusado poderia ser identificado criminalmente.

O legislador brasileiro avançou e agora a disciplina o tema pela Lei n. 12.037/09. A Lei assegura ao civilmente identificado a desnecessidade de ser submetido a mais um constrangimento, que é a identificação criminal, tanto na modalidade de identificação fotográfica como datiloscópica, casos que estão explicitados.

Com a Lei de Coleta de perfil genético o legislador brasileiro vem elaborar um conteúdo que se assemelha ao *Combined DNA Index System* (CODIS), criado nos Estados Unidos (EUA), que tem a finalidade de realizar 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 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 persecutórios⁴.

Mas no Brasil autores como do Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha⁵ insurgem-se contra a compulsoriedade da extração do perfil genético, afirmando o

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 12126/RJ . Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Disponível em: <<https://www2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=22492&tipo=0&nreg=200101697860&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20020325&formato=HTML&salvar=false>>. Acesso em: 21 out. 2014.

⁴ THE FBI, Federal Bureau Of Investigation. *Codis-Ndis Statistics*. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/ndis-statistics>> Acesso em: 25 mar. 2014.

⁵Lei 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade (?). Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/06/04/lei-12-65412-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade>> Acesso em 01 de dez. 2014.

condenado pode se recusar a fornecer o seu perfil genético. 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.

Dessa forma, sob esse fundamento, o réu não poderia ser compelido a ceder seu perfil genético, visto que se trata de prova invasiva. Como se pode observar no sistema jurídico, em especial no código de processo penal, a admissão do exame de DNA compulsório não representa nenhuma inovação acerca das restrições e bens jurídicos que já suporta o acusado, dessa forma, facilmente se constata que, 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 recordar da existência de medidas de caráter restritivo para superar a cultura de intangibilidade absoluta do acusado. A obrigatoriedade apenas quando diante de condenação, é hipótese em que a prova não poderia ser confrontada no processo em que o está sendo acusado. Sendo assim aplicado, o método incidiria em atraso para a elucidação de crimes.

Pode-se argumentar, na defesa da Lei, que a norma, em toda a sua amplitude, serve para que a identificação realize apenas registro do perfil e utilização em eventual processo diverso. Ainda pode-se defender que não se deve taxar de inconstitucional lei que prevê a identificação criminal, por qualquer meio não degradante, aos 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 um coringa para a prática de novos delitos.

Pode-se assumir, na defesa desse no sistema legal que um exame de DNA nunca será, isoladamente, prova cabal de culpa. Quem acusa, por exemplo, deve sempre provar que o indivíduo estava na cena de um crime, ou provar que teve relações sexuais com a vítima. Isso não o torna, automaticamente, culpado do crime investigado. No entanto, prova de DNA pode, mesmo isoladamente, ser prova cabal de inocência. Se uma vítima de estupro aponta um inocente como seu algoz, com ou sem intenção de prejudicá-lo, um confronto com resultado negativo entre o DNA coletado na vítima e o do suspeito, invariavelmente, deverá resultar em absolvição.

Uma Outra argumentação utilizada é que, diante de possíveis dificuldades para se incriminar o réu, não há, para a sua defesa técnica, nenhuma restrição ao exame. A inovação legislativa originada pela evolução da ciência, não obstante pareça prejudicial ao réu, por vezes, poderá ser um magnífico instrumento de defesa. Para reforçar a tese, defensores da lei completam que a ausência de identificação criminal, no hodierno panorama jurídico, pode dar azo à prisão temporária e prisão preventiva do suposto autor do fato, de acordo com o art. 313 do CPP, Par. Único e Lei n. 7.960/89⁶, Art. 1º, II, o que ratifica a importância desse procedimento para o processo penal brasileiro.

2. O COLETA DE PERFIL GENÉTICO NO DIREITO COMPARADO

O legislador, no Brasil, teve-se como proposta assemelhar o sistema ao criado nos Estados Unidos . Naquela região o material genético recolhido dos infratores sofre inúmeras

⁶BRASIL. Lei n. 12.037 de 1º de outubro de 2009l. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm > Acesso em: 25 mar. 2014. Acesso em: 21 de out. 2014.

pesquisas na cena do crime, e dessa forma almeja-se diminuir quantitativo de crime. Nesse programa, o próprio FBI tem se utilizado da identificação por perfil genético para auxiliar nas investigações, ratificando a eficiente utilidade do mecanismo para fins persecutórios.

Na União Europeia, a identificação criminal por perfil genético tem amplo amparo 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. Não se pode deixar de dizer que a maioria dos países membros do Conselho da Europa dá autorização para se coletar, de maneira compulsória, impressões digitais e amostras de DNA no contexto do processo penal. Assim na Áustria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Estónia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Polónia, Espanha, Suécia e Suíça, temos a previsão desses bancos de dados. É legal se coletar e armazenar os perfis de DNA das pessoas condenadas. Mas esses períodos tem limitação de tempo, estabelecido após a condenação⁷.

Mas ainda assim, com todas essa supostas vantagens, discute-se muito, no Direito Comparado, a constitucionalidade da medida, sua compulsoriedade da extração do material genético para os fins de se identificar criminalmente, pois isso acarreta flagrante lesão ao direito de intimidade do réu. Aqui no Brasil, a discussão é a mesma, como será colocada adiante, com enfoque da tutela do Princípio *nemo tenetur se detegere*.

Pode-se afirmar que o exame de DNA compulsório é adotado em Estados legalistas e do *common law*. Apesar de ser um eficaz instrumento para a melhor elucidação dos fatos no processo penal, acaba por limitar ou restringir bens jurídicos dignos de proteção.

2. A LEI N. 12.037/2009 E OS PRINCÍPIOS VIOLADOS

⁷ Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país. Conjur. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil> > Acesso em: 04 out. 2013

Primordialmente há duas maneiras de se coletar material genético com o intuito de proceder à identificação criminal. A primeira que é estabelecida pelo art. 5º da Lei n. 12.037/2009, e que se dá na investigação, quando, para se determinar a autoria de crime e sendo a prova essencial, o juiz decide fundamentadamente concedendo a autorização, através do requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público. Nesse caso não há necessidade do crime ter sido cometido com violência ou grave ameaça contra a pessoa, devendo-se apenas demonstrar a essencialidade da coleta para a finalidade investigatória. A segunda forma de se coletar o material genético acontece pela regra estabelecida no art. 9º-A da Lei de Execução Penal, Lei n. 7.210/84. Por esse disciplinamento a coleta acontece após a condenação definitiva, de forma automática, para aqueles que praticaram crimes dolosos com violência de natureza grave contra a pessoa ou crimes hediondos, dentro da classificação apresentada pelo art. 1º da Lei n. 8.072 de 25 de jul. de 1990. Na primeira possibilidade de coleta, verifica-se que o par. único do art. 5º da Lei, parágrafo único, 12.037/2009 faz remissão ao inciso IV do art. 3º da mesma Lei. Nesse inciso observa-se que o juiz tem a faculdade de decidir de ofício pela identificação criminal. Ora o juiz, sem o requerimento da autoridade policial ou Ministério Público, por vontade exclusiva sua pode determinar a coleta. Essa interpretação, literal, do inciso IV do art. 3º da presente Lei leva, o leitor avisado, ao assunto tão importante do Processo Penal que trata dos sistemas processuais penais, inquisitório e acusatório.

O Sistema Inquisitório predominou até o século XII, não existindo processo sem acusador legítimo e idôneo. Nesse sistema o juiz é livre para intervir no procedimento ou processo, recolhe provas, faz a seleção, julga sem a preocupação dos eventuais vícios oriundos da inatividade das partes e sem vinculação legal. Ocorre que houve uma descrença no Sistema Acusatório, porque quando se quer dar movimento a investigação ou ação, acumulando-se as várias funções, coletar, selecionar, julgar, condenar, pode-se incidir em

erro, o chamado erro psicológico, pois não pode uma só pessoa manter-se imparcial exercendo funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar.

O Sistema Acusatório pode ser caracterizado pela clara distinção de acusar e julgar, dá-se a iniciativa de provar às partes, o juiz é imparcial e por isso trata as partes com igualdade, há o necessário contraditório e a possibilidade de defesa, os atos passam a ter publicidade, a segurança jurídica é homenageada, as provas tarifadas estão ausentes, pois sustenta-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão judicial. O professor Aury Lopes Junior⁸ esclarece:

Não há mais espaço, compreendida a complexidade do processo penal, voltamos a repetir, para que alguém se esconda atrás de categorias estereis e de arqueologia histórica, desconectando institutos dentro do processo, compartimentalizando-os. A concepção de sistema acusatório está íntima e indissolúvelmente relacionada, na atualidade, à eficácia do contraditório e, principalmente, da imparcialidade (princípio supremo do processo penal, recordemos).

Há nesse sistema, o acusatório, uma maior tranquilidade social, uma vez que são evitados os abusos e prepotência estatal que pode estar manifestada na figura de um juiz apaixonado pelo resultado de seu trabalho investigativo. Quando da sentença, pode o juiz parcial esquecer dos princípios básicos de justiça porque já estabelece, desde o início da investigação que o suposto autor é condenado.

O modelo acusatório é garantista e por isso o debate sobre a hipótese acusatória deve ser amplo. Essa discussão ocorrendo leva à transparência e igualdade de oportunidades, dentro de um ambiente que se espera uma estrutura dialética do processo.

Há uma evidente certeza que se o juiz quando recolhe a prova, forma antecipadamente o seu juízo de certeza. Se a ação se volta à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinentes aos rumos que o citado material possa efetivamente determinar, se esse material é efetivamente incorporado. Soma-

⁸ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 122.

se a isso, o fato de que caso seja encontrado material biológico na cena do crime e esse identifique uma determinada pessoa, não quer dizer que foi essa a autora do delito.

Pode alguém ser identificado geneticamente, através dos vestígios, e não ser o autor ou partícipe ? É claro que sim. Atente-se para algumas hipóteses que poderia ocorrer, como por exemplo, a pessoa ter chegado depois, mexido no local de crime ou a prova ter sido plantada, através do recolhimento antecipado de um fio de cabelo, ponta de cigarro, etc. O art. 6º do Código de Processo Penal, conjuntamente com o seu inciso III determina que: "Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá (...), III, colher todas as provas que servirem para esclarecimento do fato e suas circunstâncias; (...)".

É bom lembrar que art. 155 do CPP, informa que: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar a sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas". Esse texto advém da Lei n. 11.690/2008. Apesar dessa determinação imposta pelo CPP a coleta genética, como já dito antes, estimula um juízo antecipado, o pode levar ao prejuízo do processo, no ambiente democraticamente garantista que a CRFB/88⁹, com maior propriedade inaugura.

Sob essa ótica é que não se pode deixar de considerar que o art. art. 5º, parágrafo único da Lei n. 12.037/2009 perturba de maneira drástica a segurança jurídica que todos devem ter no processo penal, isso implica em vícios que enfraquecem as decisões. Ferindo o princípio acusatório começa-se mal a persecução penal, violando as garantias que todos os cidadãos devem ter. A permanência desses atos leva a derrota de toda uma sociedade.

⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 de out. 2014.

Há um outro princípio atingido, ainda no art. 5º da Lei n. 12.037/2009¹⁰, que é o princípio de não produzir provas contra si mesmo, o *nemo tenetur se detegere*, e esse advém do princípio da presunção de inocência. O indivíduo tem o seu direito de disponibilidade do próprio conteúdo de defesa pessoal, pois pode ele simplesmente se negar a declarar ou não colaborar com a atividade investigatória policial. Aqui lembramos do direito ao silêncio, que tem previsão no art. 5º, LXIII da CRFB¹¹: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (...)".

O privilégio contra a autoincriminação é matéria consubstanciadas em convenções ratificadas pelo Brasil e também em normas constitucionais. É, esse privilégio, o *nemo tenetur se detegere* é uma manifestação eloqüente que está em íntima relação com a cláusula da ampla defesa (art. 5º, LV da CRFB), o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII da CRFB e a presunção de inocência (art. 5º, LVII da CRFB).

A partir da promulgação da Constituição de 1988, o princípio constitucional da não culpabilidade passou a impedir que o arbítrio fosse uma prática corriqueira em nossa sociedade, pois ninguém pode ser tratado como culpado por antecipação, Não importa a natureza do ilícito penal que possa ser atribuído, sem que exista decisão judicial condenatória transitada em julgado. Por isso a jurisprudência da Corte Suprema é unânime em proclamar que o Poder Público não pode agir, quanto ao suspeito, à testemunha ou réu, como se tivessem sido condenado definitivamente por sentença do Poder Judiciário.

O silêncio ou mesmo as inverdades que são ditas pelo réu ou acusado são comportamentos que se respaldam pela presunção de defesa. A velha orientação do Código de Processo Penal que aduzia que o silêncio poderia significar prejuízo ao réu, servindo ao juiz para a formação de sua convicção, ficou extinta (CPP, arts. 186, 191 e 198).

¹⁰BRASIL. Lei n. 12.037 de 1º de outubro de 2009l. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 21 de out. 2014.

¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 de out. 2014.

Deve-se proibir o excesso, priorizando o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, sendo o direito de não produzir prova contra si mesmo, digno de toda a proteção, quando há flagrante desrespeito ao sistema jurídico vigente acolhedor de garantias no processo penal. Maria Elizabeth Queijo¹² assim opina:

[...] o princípio *nemo tenetur se detegere* comporta exceções, principalmente diante da persecução, penal, estas exceções são vinculadas através do princípio da proporcionalidade, ou seja, as restrições são admissíveis desde que não comprometam a essência do direito em questão, sejam reguladas por lei, tenham justificação teológica na legitimidade constitucional e na relevância social representada pela paz social e pela segurança pública alcançadas na persecução penal [...].

Dessa forma, se pode afirmar que o princípio do *nemo tenetur se detegere*, não pode ser considerado como um suposto direito à mentira, por parte do acusado, mas a proteção contra hostilidades e históricas intimidações em que o desenvolvidas pelo Estado. Foi o Estado protagonista nas jurisdições eclesiásticas, depois no Estado Absolutista, e até hoje há resquícios. Percebe-se esse fato quando noticiários relatam casos onde autoridades, responsáveis por investigações criminais agem com absoluto abuso em suas funções.

CONCLUSÃO

Por todo o tema refletido, entendendo que a Lei discutida regula duas situações específicas quanto ao suspeito do crime: a sua será identificação quando da extração do material genético, e a utilização desse material genético como prova naquela investigação e posterior processo. Não se pode olvidar da gravidade da intervenção corporal e concomitante restrição da privacidade do indivíduo. Tolerar a banalização da intervenção corporal resulta em violação gravíssima à integridade física e dignidade da pessoa humana. O direito ao silêncio acaba por sofrer lesão. O sistema acusatório é violado, trazendo uma quase volta ao sistema inquisitivo, muito utilizado no sistema eclesiástico. A medida, será aplicada,

¹² QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 355 a 357.

uma vez que é grande o número de países que o adotam, há uma caminhada crescente para adoção por todos dessa técnica de investigação, mas deve-se ter sempre o cuidado de ponderar e justificar a necessidade e adequação da medida, bem como a impossibilidade de se obter outro meio de prova para a finalidade almejada. O cuidado para não se aplicar em qualquer tipo de delito, uma vez que a Lei não define um rol de crimes nos quais poderia ser feita a extração de material genético.

A intervenção corporal não pode então ocorrer em qualquer delito, devendo haver bastante cautela por parte da autoridade judiciária, observando os princípios da proporcionalidade, especialmente no que se refere à necessidade e adequação. A medida não pode ser banalizada. Se assim acontecesse o poder de polícia do Estado agiria com uma injustificável estigmatização, a presunção de inocência seria violada, assim como todos os demais direitos da personalidade.

Se existe a possibilidade de grave a grave restrição de direitos fundamentais todo o cuidado nas medidas adotadas pela polícia, juiz e promotor deve ser cuidadosamente escolhida.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, R.A. *Legislação Penal Especial*. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

BANCO de perfil genético deve se tornar realidade no país. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>> Acesso em: 04 out. 2013.

BRASIL. Lei n. 12.654 de 28 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 21 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC 12126/RJ . Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=22492&tipo=0&nreg=2>>

00101697860&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20020325&formato=HTML&salvar=false>. Acesso em: 21out. 2014.

_____. Lei n. 12.037 de 1º de outubro de 2009l. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 21 de out. 2014.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

THE FBI, Federal Bureau Of Investigation. *Codis-Ndis Statistics*. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/ndis-statistics>> Acesso em: 25 mar. 2014.

