

## A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL OBRIGATÓRIA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO (*NEMO TENETUR SE DETEGERE*), NO ÂMBITO DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Adalberto Salvador Noronha Filho\*

### RESUMO

O presente artigo tem por finalidade investigar a evolução do princípio da não autoincriminação ou *nemo tenetur se detegere*, no direito pátrio, e as correlações existentes com a dogmática dos direitos fundamentais, em particular, no campo de proteção e restrição do princípio, em face da obrigatoriedade do condenado de fornecer material biológico, para realização de identificação criminal, baseada em perfil genético, prevista no art. 9º-A, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal (LEP). Desta forma, o cerne desta pesquisa é demonstrar que a regra insculpida no art. 9º-A da LEP coaduna com a atual ordem de intervenção penal do Estado, na esfera dos direitos fundamentais do condenado, haja vista o clamor da sociedade pela prestação de uma Justiça Penal mais eficiente, em que o superdimensionamento do princípio do *nemo tenetur se detegere*, configura-se em um descompasso com a atual realidade técnico-científica dos procedimentos periciais e com os ordenamentos jurídicos, no plano internacional. Para a consecução destes objetivos, serão abordados os aspectos relativos à evolução do princípio da não autoincriminação no Brasil e a sua correlação com a dogmática dos direitos fundamentais, em especial, no seu plano de sua restrição, bem como será objeto de estudo a investigação genética no campo das intervenções corporais, que irão convergir para a identificação criminal obrigatória da LEP e a sua relação com o princípio da não autoincriminação.

**Palavras-chave:** Identificação criminal. *Nemo tenetur se detegere*. Perfil genético. Não autoincriminação

### 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade investigar a evolução do princípio da não autoincriminação ou *nemo tenetur se detegere* no direito pátrio, e as

---

\* Graduado em Administração de Empresas, pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

Graduado em Direito, pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal, Universidade Estadual do Ceará (UECE), em parceria com a Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará.

Papiloscopista Policial Federal

Professor da Academia Nacional de Polícia, do Departamento de Polícia Federal (ANP/DGP/DPF)

E-mail: adalberto.noronha@gmail.com

correlações existentes com a dogmática dos direitos fundamentais, em particular, no plano de proteção e restrição do princípio, em face da obrigatoriedade do condenado de fornecer material biológico, para realização de identificação criminal, baseada em perfil genético, prevista no art. 9º-A, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal (LEP).

Historicamente, os processos evolutivos da identificação criminal e do princípio da não autoincriminação ou do *nemo tenetur se detegere* coincidem com o próprio reconhecimento e consolidação dos direitos humanos fundamentais, na história da humanidade.

Neste sentido, a identificação criminal, em seu processo evolutivo, perpassa por procedimentos que empregavam a violência como, por exemplo, a mutilação e a utilização do ferrete, até alcançar a aplicação de métodos biométricos, como a identificação criminal baseada no perfil genético do indiciado ou condenado.

Por seu turno, o princípio do *nemo tenetur se detegere*, no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais, consolidou-se, nos séculos XVIII e XIX, tanto no Continente Europeu, em particular na Inglaterra, como nos Estados Unidos, em decorrência da influência do movimento iluminista e a conseqüente mudança no sistema processual penal, que elevou o acusado à condição de sujeito de direitos e não mais como mero objeto de prova, tutelando-se a dignidade pessoal do acusado. (COUCEIRO, 2004; QUEIJO, 2012; MARTELETO FILHO, 2012)

Estes fatores, associados ao movimento constitucionalista do pós-guerra, caracterizado pelo pós-positivismo, influenciaram de forma decisiva o processo de redemocratização ocorrido no Brasil.

Destarte, o movimento constitucionalista buscou quebrar o paradigma positivista e lançou as bases do atual Estado Democrático de Direito.

E é, justamente, no clamor de tais mudanças que o poder constituinte originário promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em 05 de outubro de 1988.

A Carta da República de 1988 erigiu a identificação criminal ao patamar de direito e garantia individual, em que o civilmente identificado não poderia ser submetido ao procedimento de identificação, salvo nas hipóteses previstas em lei.

Por sua vez, o princípio do *nemo tenetur se detegere* foi consubstanciado no art. 5º, inciso LXIII, da CRFB/1988, através do direito ao silêncio, que é uma consagrada forma do princípio da não autoincriminação e na Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica (art.8º, 2, g) e no Pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14.3, g), em que o Brasil é signatário.

Recentemente, a Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012 veio a alterar dispositivos da Lei nº 12.037/2009, que dispõe sobre a identificação criminal em nosso país, com a previsão da coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, cujo teor da norma infraconstitucional foi regulamentado por intermédio do Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013.

O Decreto supramencionado instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, que, juntamente, como Sistema Automatizado de Identificação de Impressões Digitais (AFIS), atualmente em uso, permitirão o armazenamento de informações biométricas de indiciados submetidos à identificação criminal, ou levantadas em locais de crime.

A Lei nº 12.654, de 28/05/2012 ao alterar dispositivos das Leis nº 12.037/2009 e 7.210, de 11/07/1984 - Lei de Execução Penal (LEP) inovou ao estabelecer a previsão da coleta de perfil genético como forma de identificação criminal.

O novel diploma incluiu o art. 9º-A na LEP que estabeleceu a identificação criminal obrigatória baseada no perfil genético, mediante a extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, aos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei n.º 8.072, de 25/07/1990 (Lei de Crimes Hediondos).

Destarte, apesar dos aspectos inovadores contidos no art. 9º-A da LEP, o novel diploma trouxe a baila o questionamento sobre a obrigatoriedade de o condenado fornecer material para traçar seu perfil genético e o possível constrangimento e ilegalidade na produção de prova contra si, em face da ofensa ao princípio do *nemo tenetur se* e, conseqüentemente, a presunção de inocência e intimidade do condenado.

Por conseguinte, o cerne deste artigo é demonstrar que a regra insculpida no art. 9º-A da LEP coaduna com a atual ordem de intervenção penal do Estado, na esfera dos direitos fundamentais do condenado, haja vista o clamor da sociedade pela prestação de uma Justiça penal mais eficiente, em que o superdimensionamento do princípio do *nemo tenetur se detegere*, configura-se em um descompasso com a atual realidade técnico-científica dos procedimentos periciais e com os ordenamentos jurídicos, no plano internacional.

## **2 A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO BRASIL**

Apesar de o sistema processual brasileiro possuir tradição romano-germânica e ter sofrido influência do direito canônico e do ideário liberal inglês, o direito ao silêncio e, por conseguinte, a garantia do *nemo tenetur se detegere* não estiveram presentes, de forma expressa, nos períodos Colonial e Imperial, da história de nosso país. (COUCEIRO, 2004; MARTELETO FILHO, 2012)

O período Colonial brasileiro foi marcado por forte influência das Ordenações Portuguesas, em particular, das Ordenações Afonsinas (século XV), Manoelinas (século XVI) e Filipinas (século XVII) que predominava o sistema inquisitorial, inclusive, a tortura era permitida, para a obtenção da confissão, o que impossibilitava a coexistência da garantia ao direito ao silêncio, com o sistema inquisitorial. (COUCEIRO, 2004; MARTELETO FILHO, 2012; QUEIRO, 2012;).

Insta ressaltar, que apesar de não existir, de forma expressa, a garantia ao silêncio, no Período Colonial, havia previsão esparsa, nas Ordenações o direito a “não declarar” e a “não prestar juramento”, contudo, estas previsões coexistiam com o emprego da tortura que, por exemplo, estava prevista no Livro V, Título LXIV, das Ordenações Manuelinas e no Livro V, Título CXXXIII, das Ordenações Filipinas (COUCEIRO, 2004; MARTELETO FILHO, 2012).

Apenas com Constituição do Império de 1824, outorgada em 25 de março de 1824, que a tortura foi, expressamente, abolida no ordenamento jurídico pátrio, nos termos do art. 179, inciso XIX, ao estabelecer que “Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”.

Por seu turno, o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de

29 de novembro de 1832, não previu o direito ao silêncio, mas possibilitou ao acusado produzir provas em sua defesa, nos termos do §6º, art. 98, do Código adjetivo penal de 1832.

Em relação ao Código de Processo Criminal do Império, Marteleto Filho assevera que:

O Código de Processo Criminal do Império disciplinava o interrogatório como sendo um meio de defesa, especialmente porque as perguntas relativas ao fato, elencadas no artigo 98, pediam ao acusado provas de inocência, sendo-lhe permitido permanecer em silêncio, ainda que não houvesse menção explícita a tal direito.

José Antonio Pimenta Bueno, um dos principais comentadores do Código de Processo Criminal do Império, já postulava, então, que o interrogatório era um meio de defesa, não podendo o réu ser constrangido a dizer o que não quisesse. (MARTELETO FILHO, 2012, p. 38)

Acerca do Código de Processo Criminal de 1832, Queijo leciona o seguinte:

O Código de Processo Criminal de 1832 inspirou-se nos princípios liberais, especialmente influenciados pela França e Inglaterra. O interrogatório, regulado no art. 98, era considerado *acto de defesa*, principalmente porque as perguntas tendiam a solicitar ao acusado as provas de sua inocência. Contudo, o diploma não trata da hipótese de o acusado silenciar no interrogatório. (QUEIJO, 2012, p. 125)

Esta propensão de considerar o interrogatório do acusado como sendo um meio de defesa foi reforçada com o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal, em particular, pela exposição de motivos, do então Ministro da Justiça, Campos Salles (COUCEIRO, 2004; MARTELETO FILHO, 2012; QUEIJO, 2012).

Com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, ficou estabelecida a plenitude de defesa, nos termos do artigo 72, § 16, que inferia que “aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas”.

O Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, ao instituir o Código de Processo Penal, inovou o ordenamento jurídico pátrio, pois foi o primeiro diploma que, expressamente, previu o direito ao silêncio, nos termos do art. 186, ao dispor que “antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja

obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”.

Contudo, observa-se uma notória relativização do direito, pois o silêncio do acusado poderia acarretar prejuízo em sua defesa, o que se depreende da leitura do art. 186, em seu texto original, sem as alterações trazidas, em sua redação, pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, o que demonstra o caráter autoritário da norma adjetiva penal, inspirada no Código de Processo Penal Italiano de 1930 (Código Rocco), de natureza fascista. (COUCEIRO, 2004; QUEIJO; 2012; MARTELETO FILHO, 2012)

Impende ressaltar, que conforme os ensinamentos de Couceiro (2004) o direito ao silêncio do acusado, no âmbito do processo penal, foi tratado apenas no art. 186 do Código de Processo Penal e nos artigos 296, §2º, 305 e 308 do Código de Processo Penal Militar (Dec.-lei 1.002, de 21/10/1969).

O direito ao silêncio foi consagrado, no ordenamento pátrio, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 05 de outubro de 1988, que, de forma expressa, consagrou a matéria no art. 5º, inciso LXIII, que erigiu o direito ao silêncio a categoria de direito fundamental, em 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”.

Em relação ao direito ao silêncio, Queijo assevera o seguinte:

Na realidade, o direito ao silêncio é a mais tradicional manifestação do *nemo tenetur se detegere*, mas o citado princípio não se restringe a ele. O direito ao silêncio apresenta-se como uma das decorrências do *nemo tenetur se detegere*, pois o referido princípio, como direito fundamental e garantia do cidadão no processo penal, como limite ao arbítrio do Estado, é bem mais amplo e há diversas outras decorrências igualmente importantes que dele se extraem. (QUEIJO, 2012, p.233)

Além da previsão constitucional, o princípio do *nemo tenetur se detegere*, no plano internacional, está expressamente previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, 2, g) e no Pacto internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 14.3, g), em que o Brasil é signatário.

Ressalte-se, que o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica ingressaram no ordenamento jurídico pátrio como norma supralegal, inserindo o princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), no âmbito da

dogmática dos direitos fundamentais, cujo tema será discutido no próximo tópico.

### **3 O PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

O princípio do *nemo tenetur se detegere* tem sido considerado como direito fundamental de primeira dimensão, que assegura a esfera de liberdade ao indivíduo, em face dos excessos e abusos cometidos por parte do Estado, inserindo-se no âmbito dos direitos de defesa e nas cláusulas do devido processo legal (MARTELETO FILHO, 2012; QUEIJO, 2012).

Caracteriza-se como de primeira dimensão por se tratar de um direito de resistência ou de oposição ao Estado, em que assume destaque o direito à vida, às liberdades individual e coletiva, à igualdade perante a lei, os direitos de participação política e as garantias processuais do devido processo legal, *habeas corpus* e do próprio direito de petição (MARTELETO FILHO, 2012; QUEIJO, 2012; SARLET ET AL, 2013).

Em que pese à categorização do *nemo tenetur se detegere* como direito fundamental de primeira geração, este poderá sofrer restrições em sua incidência, em via de exceção, mediante a existência de lei, cujo caráter restritivo da norma respeite as balizas dos limites da adequação, necessidade e da razoabilidade da medida adotada, que são corolários do princípio da proporcionalidade.

Desta forma, faz-se necessário um estudo mais aprofundado acerca da restrição aos direitos fundamentais, que será objeto de análise no tópico vindouro.

### **4 A RESTRIÇÃO DO PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Para uma maior compreensão acerca da restrição do princípio do *nemo tenetur se detegere*, na dogmática dos direitos fundamentais, torna-se imprescindível a conceituação e o entendimento de âmbito de proteção, que é pressuposto primário para a análise de qualquer direito fundamental.

Em relação ao tema, Mendes e Branco lecionam o seguinte:

O *âmbito de proteção* de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica (v.g.,

reunir-se sob determinadas condições) e a consequência comum, a proteção fundamental. Descrevem-se os bens ou objetos protegidos ou garantidos pelos direitos fundamentais. Nos direitos fundamentais de defesa cuida-se de normas sobre elementos básicos de determinadas ações ou condutas explicitadas de forma lapidar: propriedade, liberdade de imprensa, inviolabilidade do domicílio, dentre outros.

Alguns chegam a afirmar que o âmbito de proteção é aquela parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial ou, se quiser *aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental*. (MENDES E BRANCO, 2014, p.192)

Para Mendes e Branco (2014), a análise das restrições aos direitos fundamentais tem por pressuposto a identificação do âmbito de proteção do direito, cuja restrição não poderá ser fixada através de regras gerais, pois a norma deverá especificar o procedimento a ser adotado para a restrição de determinado direito, mediante a interpretação sistematizada, que abranja outros direitos e disposições constitucionais.

Ademais, segundo Mendes e Branco (2014), a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu texto, estabelece de forma direta e indireta restrições a direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito a inviolabilidade do domicílio, previsto no art. 5º, XI, da Carta Constitucional é mitigado em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial.

Além destes aspectos, como bem asseveram Mendes e Branco (2014, p.200) "os direitos fundamentais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (*restrição imediata*) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (*restrição mediata*)".

Nesta esteira, Alexy leciona que:

[...] Uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição. Se ela for inconstitucional, ela até pode ter a natureza de uma intervenção, mas não a de uma restrição. Com isso, fica estabelecida uma primeira característica: normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem *compatíveis com a Constituição*. (ALEXY, 2014, p. 281)

Para dirimir a controvérsia existente entre o direito fundamental e a sua restrição, Mendes e Branco trazem à baila as teorias externa e interna de Robert Alexy, nos seguintes termos:

**[MRCC1] Comentário:**  
As citações diretas com mais de 3 linhas vem:  
- Sem aspas  
- Recuo de 4cm  
- Fonte 10  
- Espaçamento simples  
- Seguido da notação de (AUTOR/DATA)



Não há dúvida de que a ideia de restrição leva, aparentemente, à identificação de duas situações distintas: o direito e a restrição.

Se direito fundamental e restrição são duas categorias que se deixam distinguir lógica e juridicamente, então existe, a princípio, um direito não limitado, que, com a imposição de restrições, converte-se num direito limitado (*eingeschränktes Recht*).

Essa teoria, chamada de teoria externa (*Aussentheorie*), admite que entre a ideia de direito e a ideia de restrição inexistente uma relação necessária. Essa relação seria estabelecida pela necessidade de compatibilização concreta entre os diversos tipos de direitos fundamentais.

A essa concepção contrapõe-se a chamada *teoria interna (Innentheorie)*, para a qual não existem os conceitos de direito e de restrição como categorias autônomas, mas sim a ideia de direito fundamental com determinado conteúdo. A ideia de restrição (*Schranke*) é substituída pela *de limite (Grenze)*. Tal como ressaltado por Alexy, eventual dúvida sobre o limite do direito não se confunde com a dúvida sobre a amplitude das restrições que lhe devem ser impostas, mas diz respeito ao próprio conteúdo do direito. (MENDES E BRANCO, 2014, p.197-198)

Corroborando com este entendimento, Trois Neto abordar a Teoria Externa Alexiana, leciona o seguinte:

A teoria externa pressupõe a existência de dois objetos jurídicos diferentes: o direito *prima facie* (direito não restringido) e as barreiras desse direito. Como resultado dessa relação, obtém-se o direito definitivo (direito restringido). A relação entre o direito e a barreira surge apenas quando houver a necessidade, externa ao próprio direito, de compatibilizá-lo com os direitos de outros indivíduos ou com bens coletivos. (TROIS NETO, 2011, p. 35)

Em relação às teorias supramencionadas, o presente artigo filia-se a teoria externa de Robert Alexy, por acreditar que os direitos fundamentais definem posições “*prima facie*” ou “*princípios*”, em sua concepção, que acarretam a distinção entre o direito assegurado e sua eventual restrição.

Neste sentido, Mendes e Branco estabelecem que:

Se se considerar que os direitos individuais consagram *posições definitivas (Regas: Regel)*, então é inevitável a aplicação da *teoria interna*. Ao contrário, se se entender que eles definem apenas posições “*prima facie*” (*prima facie Positionem: princípios*), então há de se considerar correta a teoria externa. (MENDES E BRANCO, 2014, p.198)

Outro aspecto que merece destaque está relacionado ao direito de defesa e a correlação existente entre o bem protegido e a intervenção.

Segundo os ensinamentos de Trois Neto (2011, p. 39) “bens protegidos são condutas, situações ou posições jurídicas que estão no âmbito temático do direito de defesa. Intervenções são as atuações estatais capazes de eliminar, impedir ou afetar um bem jurídico”.

Neste sentido, os direitos fundamentais como direitos de defesa opõem-

se a intervenção penal estatal e, por conseguinte, pugnam por uma abstenção do Estado em face da conduta realizada.

Ademais, para Trois Neto (2011), a aplicação dos direitos de defesa, incluídos os direitos fundamentais individuais do imputado no processo penal, desenvolve-se a partir da análise em três passos: inicialmente, deverá ser analisado o âmbito de proteção do direito; depois o exame da intervenção e, por derradeiro, apura-se a justificação constitucional da intervenção.

Desta forma, quaisquer intervenções na esfera da proteção jusfundamental do indivíduo que ocasionem colisões entre direitos de defesa do indiciado ou acusado e o dever do Estado de prestar uma justiça penal efetiva deverá ser solucionado pelo critério estipulado na teoria dos princípios de Robert Alexy, que é o teste da proporcionalidade.

Neste giro, Trois Neto aduz o seguinte:

[...] a tensão entre eficientismo e garantismo expressa diferentes possibilidades de colisão de princípios constitucionais. Disso resulta que a solução das colisões entre direitos de defesa do imputado e o dever estatal de prestar uma justiça penal eficiente deve ocorrer pelo critério oferecido pela teoria dos princípios: o teste da proporcionalidade. (TROIS NETO, 2011, p. 59)

Para Trois Neto (2011, p. 59) o preceito da proporcionalidade pode ser conceituado como “o conjunto de regras utilizadas para a verificação da constitucionalidade de restrições estabelecidas sobre um direito fundamental em favor de outro direito fundamental ou de um bem coletivo”.

Em síntese, observa-se que a partir da análise da estrutura principiológica desenvolvida na Teoria Alexiana, na dogmática dos direitos fundamentais, admitem-se verdadeiras restrições e intervenções aos direitos fundamentais, desde que não violem o princípio da proporcionalidade, compatibilizando-se os direitos envolvidos.

Pelo exposto, e a partir da compreensão dos conceitos e princípios apreendidos nos tópicos alhures, serão discutidos, a seguir, os aspectos que circundam a identificação criminal obrigatória da Lei de Execução Penal (LEP) e a sua correlação com o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

## **5 A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL OBRIGATÓRIA DA LEP E O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO.**

A Lei nº 12.654, de 28/05/2012 ao alterar dispositivos das Leis nº 12.037/2009 e 7.210, de 11/07/1984 - Lei de Execução Penal (LEP) inovou ao estabelecer a previsão da coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, para os condenados definitivos, com trânsito em julgado, nos termos do art. 9º-A, *in verbis*:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012).

Acerca da identificação obrigatória contida no artigo 9º-A da LEP, Mirabete e Fabbrini asseveram que:

Prevê o art. 9º-A da LEP que será submetido à identificação por perfil genético o condenado por crime hediondo ou por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa. A providência é prevista como obrigatória, independentemente de qualquer outra condição, do consentimento do condenado ou de autorização judicial. Referindo-se a lei aos condenados, estão excluídos aqueles que ainda ostentam a condição de réus em razão da ausência do trânsito em julgado do decreto condenatório, mesmo que se tenha admitido à execução provisória. (MIRABETE E FABBRINI, 2014, p. 46)

Neste sentido, o art. 9º-A da LEP dispôs que a identificação criminal, baseada no perfil genético, será obrigatória para os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, expressos, em um rol taxativo.

Para Mirabete e Fabbrini (2014) há impropriedade técnica na redação do art. 9º-A da LEP, pois com exceção dos crimes hediondos, previstos, expressamente, no art. 1º da Lei nº 8.072/1990, a norma foi imprecisa, pois não há, de forma assentada, na lei ou na doutrina o conceito de violência de natureza grave, o que ocasiona imprecisão e consequente dificuldade de aplicação da norma.

Destarte, o procedimento de identificação criminal previsto no art. 9º-A da LEP, não alberga os delitos cometidos pelos condenados de natureza culposa ou os crimes nos quais a violência empregada resulte em lesão corporal de natureza leve.

Acrescentem-se ao rol das exceções à aplicação da norma prevista no art. 9º-A da LEP os crimes de tráfico de entorpecentes, tortura, terrorismo e os

crimes graves praticados com grave ameaça, como roubo e extorsão, conforme os ensinamentos de Mirabete e Fabbrini, a seguir expostos:

[...] Observe-se, também, que certamente estão excluídos da incidência do dispositivo os condenados pro crimes de tráfico de entorpecentes, tortura e terrorismo, se destes últimos não decorreu lesão grave, porque embora por lei equiparados aos crimes hediondos, não estão eles previstos no art. 1º da Lei nº 8.072/1990. Não estão igualmente abrangidos os condenados por outros crimes graves praticados com grave ameaça, como roubo e extorsão, porque, ao mencionar a “violência”, a lei penal refere-se à *vis physica* e não à violência moral ou *vis compulsiva*. (MIRABETE E FABBRINI, 2014, p. 46)

Por seu turno, o art. 9º-A, §1º, da LEP, estabelece que a identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

Neste sentido, o Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013, instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, no âmbito do Ministério da Justiça, nos termos do art. 1º, §§ 1º e 4º, *in verbis*:

Art. 1º Ficam instituídos, no âmbito do Ministério da Justiça, o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

§ 1º O Banco Nacional de Perfis Genéticos tem como objetivo armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes.

§ 4º O Banco Nacional de Perfis Genéticos será instituído na unidade de perícia oficial do Ministério da Justiça, e administrado por perito criminal federal habilitado e com experiência comprovada em genética, designado pelo Ministro de Estado da Justiça.

No âmbito do Ministério da Justiça, coube a Diretoria Técnico-Científica, do Departamento de Polícia Federal (DITEC/DPF), regular a matéria.

Impende ressaltar, que no âmbito do Departamento de Polícia Federal, a DITEC/DPF já havia criado o Banco Federal de Perfis Genéticos, através da Portaria nº. 079/2011-DITEC/DPF, de 28 de setembro de 2011, publicada no Boletim de Serviço (BS) nº194, de 07 de outubro de 2011, cujo artigo 1º estabelece que:

Art. 1º. Fica criado o Banco Federal de Perfis Genéticos, com a finalidade de manter e comparar os perfis genéticos obtidos durante os exames de perícia criminal realizados pelo Departamento de Polícia Federal.

Nesta esteira, o Banco Federal de Perfis Genéticos, criado pela DITEC/DPF, tinha por gênese o projeto de implantação da Rede Integrada de

Bancos de Perfis Genéticos e o Termo de Compromisso firmado entre o Departamento de Polícia Federal e o *Federal Bureau of Investigation* – FBI, para utilização do *Combined DNA Index System* – CODIS, conforme o que se depreende da leitura das considerações da norma supramencionada.

Além da criação do Banco Federal de Perfis Genéticos, a DITEC/DPF expediu a Instrução Técnica (IT) nº 007/2010-DITEC, de 30 de agosto de 2010, que foi publicada no Boletim de Serviço (BS) nº 190, de 04 de outubro de 2010, que padronizou os procedimentos a serem adotados na coleta, identificação, preservação e envio de amostras biológicas para fim de identificação genética no âmbito do Departamento de Polícia Federal.

A IT nº 007-DITEC/DPF/2010 traz, de forma bastante didática, os seguintes conceitos:

Art. 2º. Para os efeitos desta IT são adotados os seguintes conceitos:

[...]

VI – perfil genético: conjunto de características presentes no DNA que identificam um indivíduo;

VII – banco de dados de perfis genéticos: conjunto de dados de origem genética obtidos de um grande número de pessoas e organizados de forma padronizada de forma a permitir buscas e comparações;

VIII – exame de identificação genética: conjunto de procedimentos periciais que visam à identificação de uma amostra biológica por meio da comparação de seu perfil genético com o perfil genético da amostra de referência; (...)

[MRCC2] Comentário:  
Incluir notação (autor/data)

Vale salientar, que a identificação criminal, baseada no perfil genético, prevista no art. 9º-A da LEP tem por finalidade a individualização do condenado, bem como subsidiar perícias técnicas, para a elucidação de crimes, pretéritos ou futuros a condenação, haja vista que o material colhido será objeto de laudo pericial específico, bem como poderá ser utilizado para o cotejamento de provas levantadas em locais de crimes, ainda não solucionados.

Desta feita, apesar dos aspectos inovadores contidos no art. 9º-A da LEP, o novel diploma trouxe à tona o questionamento acerca da obrigatoriedade do condenado fornecer material para traçar seu perfil genético e o possível constrangimento e ilegalidade na produção de prova contra si, em face da ofensa ao princípio do *nemo tenetur se detegere* (ou da não autoincriminação) e, conseqüentemente, a presunção de inocência e intimidade do condenado.

Em que pese os questionamentos acerca da possível ofensa ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, delineada no art. 9º-A da LEP, tal perspectiva não

coaduna com a tendência atual dos ordenamentos jurídicos, no plano internacional.

Por conseguinte, busca-se a mitigação das garantias advindas do princípio da não autoincriminação, em decorrência da prevalência dos interesses do Estado e da sociedade na persecução criminal, por uma Justiça mais célere e eficiente.

Neste contexto, Queijo aduz o seguinte:

[...] registra-se forte tendência nos ordenamentos a mitigar as garantias advindas do referido princípio, dando-se prevalência ao interesse do Estado e da sociedade na persecução penal.(QUEIJO, 2012, p.50)

Corroborando com este entendimento, Marteleto Filho (2012, p. 3) traz à baila as seguintes informações:

Consequentemente, concluiu-se que o réu possui deveres de cooperação passiva, legitimando-se a realização de inspeções, buscas pessoais, registros, reconhecimentos pessoais e mesmo das intervenções corporais coercitivas, no sentido de se colher material genético para a realização de exames de DNA e de outras perícias, conforme se prevê, *verbis gratia*, na Alemanha, na Espanha, na Itália, na Inglaterra, em Portugal e nos Estados Unidos, assim como em vários países sul-americanos, como a Argentina, o Chile, o Peru e a Colômbia, com as particularidades de cada ordenamento. (MARTELETO FILHO, 2012, p. 3)

Em síntese, observa-se que a norma inculpada no art. 9º-A da LEP, apesar de ser uma norma de caráter interventivo e restritivo, no âmbito de proteção dos direitos fundamentais do condenado, em particular na esfera de sua intimidade, não ofende a integridade física e moral do identificando, desde que a intervenção corporal não viole o princípio da proporcionalidade, compatibilizando-se os direitos envolvidos.

Nesta seara, a coleta de material biológico para a realização dos exames periciais deverá respeitar as balizas dos limites da adequação, necessidade e da razoabilidade da medida adotada, que são corolários do princípio da proporcionalidade.

Ademais, o condenado não poderá ser submetido a procedimento de coleta que afronte a sua dignidade física e moral, apesar do fim almejado, haja vista que o procedimento deverá ser não vexatório (adequado) e indolor, conforme o que estabelece o caput do art. 9º-A, da norma indigitada.

Desta forma, o procedimento a ser adotado deverá primar pelo emprego de técnicas não invasivas, em que há dano corporal mínimo, como, por exemplo, a

coleta de material biológico da mucosa oral do condenado, ou a utilização de fios de cabelo.

Ademais, o laudo pericial de exame genético, como elemento de prova técnica, deverá observar o regramento contido nos arts. 159 e seguintes do Código de Processo Penal, cujo conteúdo só poderá ser utilizado para a elucidação de crimes vindouros, ou pretéritos, mas nunca no crime objeto da condenação, transitada em julgado, para que não haja ofensa ao princípio do devido processo legal.

Em síntese, a regra insculpida no art. 9º-A da LEP coaduna com a atual ordem de intervenção penal do Estado, na esfera dos direitos fundamentais do condenado, haja vista o clamor da sociedade pela prestação de uma Justiça Penal mais eficiente, em que o superdimensionamento do princípio do *nemo tenetur se detegere*, configura-se em um descompasso com a atual realidade técnico-científica dos procedimentos periciais e com os ordenamentos jurídicos, no plano internacional.

## **6 CONCLUSÃO**

O presente artigo buscou investigar a evolução do princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), no direito interno, e as correlações existentes com a dogmática dos direitos fundamentais, em particular, no plano de proteção e restrição do princípio, em face da obrigatoriedade do condenado de fornecer material biológico, para realização de identificação criminal, baseada em perfil genético, prevista no art. 9º-A, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal (LEP).

Em que pese os aspectos inovadores contidos no art. 9º-A da LEP, o novel diploma trouxe à tona o questionamento sobre a obrigatoriedade do condenado fornecer material para traçar seu perfil genético e o possível constrangimento e ilegalidade na produção de prova contra si, em face da ofensa ao princípio do *nemo tenetur se detegere* e, conseqüentemente, a presunção de inocência e intimidade do condenado.

Apesar destes questionamentos, acerca a possível ofensa ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, delineada no art. 9º-A da LEP, tal perspectiva não coaduna com a tendência atual dos ordenamentos jurídicos, no plano internacional.

Esta mitigação, das garantias advindas do princípio da não autoincriminação, decorre da própria necessidade de prevalência dos interesses do Estado e, por conseguinte, da sociedade na persecução criminal, na busca de uma Justiça mais célere e eficiente.

Ademais, observa-se que a partir da análise da estrutura principiológica desenvolvida na Teoria Alexiana, na dogmática dos direitos fundamentais, admitem-se verdadeiras restrições e intervenções aos direitos fundamentais, desde que não violem o princípio da proporcionalidade, compatibilizando-se os direitos envolvidos.

Destarte, observa-se que a norma insculpida no art. 9º-A da LEP, apesar de ser uma norma de caráter interventivo e restritivo, no âmbito de proteção dos direitos fundamentais do condenado, em particular na esfera de sua intimidade, não ofende a integridade física e moral do identificando, desde que a intervenção corporal esteja limitada pelas balizas do princípio da proporcionalidade.

Nesta seara, a coleta de material biológico para a realização dos exames periciais deverá respeitar as balizas dos limites da adequação, necessidade e da razoabilidade da medida adotada, que são corolários do princípio da proporcionalidade.

Desta forma, o condenado não poderá ser submetido a procedimento de coleta que afronte a sua dignidade física e moral, apesar do fim almejado, haja vista que o procedimento deverá ser não vexatório (adequado) e indolor, conforme o que estabelece o caput do art. 9º-A, da norma indigitada.

Ademais, o procedimento a ser adotado deverá primar pelo emprego de técnicas não invasivas, em que há dano corporal mínimo, como, por exemplo, a coleta de material biológico da mucosa oral do condenado, ou a utilização de fios de cabelo.

Além destes aspectos, o laudo pericial de exame genético, como elemento de prova técnica, deverá observar o regramento contido nos arts. 159 e seguintes do Código de Processo Penal, cujo conteúdo só poderá ser utilizado para a elucidação de crimes pretéritos ou vindouros, mas nunca no crime objeto da



condenação, transitada em julgado, para que não haja ofensa ao princípio do devido processo legal.

Em síntese, a regra insculpida no art. 9º-A da LEP coaduna com a atual ordem de intervenção penal do Estado, na esfera dos direitos fundamentais do condenado, haja vista o clamor da sociedade pela prestação de uma Justiça Penal mais eficiente, em que o superdimensionamento do princípio do *nemo tenetur se detegere*, configura-se em um descompasso com a atual realidade técnico-científica dos procedimentos periciais e com os ordenamentos jurídicos, no plano internacional.

## **THE IDENTIFICATION OF MANDATORY CRIMINAL LAW CRIMINAL AND IMPLEMENTING THE PRINCIPLE OF NON SELF-INCRIMINATION (NEMO TENETUR DETEGERE SE), UNDER THE FUNDAMENTAL RIGHTS DOGMATIC**

### **ABSTRACT**

The present article aims to investigate the principle of self-incrimination's evolution, or *nemo tenetur if detegere in* homeland rights, and the correlations with the dogma of fundamental rights, in particular the protection field and limiting principle in the face of the mandatory law which consists in the convict's obligation in provide biological materials, for performing criminal identification based on genetic profile, provided for in art. 9-A of Law No. 7210, of July 11, 1984 - Penal Execution Law (LEP). Thus, the crux of this research is to demonstrate that the rule enrolled in art. 9-A LEP is consistent with the current criminal state order and intervention on the sphere of fundamental rights of the convict, given the clamor of society by providing a more efficient Criminal Justice, where oversizing the principle of *nemo tenetur if detegere* set a mismatch with the current technical and scientific reality of forensic procedures and legal systems, internationally. To achieve these goals, the aspects related to the evolution of the principle of self-incrimination in Brazil and its correlation with the dogmatic fundamental rights, in particular will be addressed in its plan of his stint, and will be studied genetic research in the field of body interventions, which will converge for mandatory criminal identification of LEP and its relationship with the principle of non-self-incrimination.

**Keywords:** Criminal Identification. *Nemo tenetur if detegere*. Genetic profile. not self-incrimination

### **REFERÊNCIA**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 29 set. 2014.

BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Dispõe sobre a organização da Justiça Federal. Disponível em < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm)>. Acesso em: 29 set. 2014.

BRASIL. Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 mar. 2013. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm)>. Acesso em: 07 out. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 07 out. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1002.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm)>. Acesso em: 30 set. 2014.

BRASIL. Exposição de motivos do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-norma-pe.html>>. Acesso em: 29 set. 2014.

BRASIL. Instrução Técnica nº 007/2010-DITEC, de 30 de agosto de 2010. Publicada no boletim de serviço nº 190, de 04 de outubro de 2010. Disponível em < <http://intranet.dpf.gov.br/legislacao/boletins-de-servico/>>. Acesso em: 08 out. 2014.

BRASIL. Lei S/N, de 29 de novembro de 1832. Código de Processo Criminal de Primeira Instância. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm)>. Acesso em: 29 set. 2014.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Dispõe sobre a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 mar. 2013. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 13 jul. 1984.

BRASIL. Lei nº 10.054, de 07 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a Identificação Criminal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 08 dez. 2000. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L10054.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10054.htm)>. Acesso em: 30 set. 2014.

BRASIL. Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 02 dez. 2003. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm)>. Acesso em: 30 set. 2014.

BRASIL. Lei nº 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 02 out. 2009. 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: 30 set. 2014.

BRASIL. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 mai. 2012. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm)>. Acesso em: 07 out. 2014.

BRASIL. Portaria nº. 079/2011-DITEC/DPF, de 28 de setembro de 2011. Publicada no boletim de serviço nº 194, de 07 de outubro de 2011. Disponível em <<http://intranet.dpf.gov.br/legislacao/boletins-de-servico/>>. Acesso em: 08 out. 2014.

COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no Processo Penal Contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Execução Penal**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

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.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.