



Boletim - 272 - Julho/2015



Sumário
 Editorial
 Artigos
 Jurisprudência

DIRETORIA EXECUTIVA

Coordenador chefe:

José Carlos Abissamra Filho

Coordenadores adjuntos:

Arthur Sodré Prado, Fernando Gardinali e
Guilherme Suguimori Santos

Conselho Editorial

A extração não compulsória de DNA para fins criminais e o direito ao silêncio

Autor: Luiz Antonio Borri e Rafael Junior Soares

De início, observa-se que predomina na doutrina o entendimento de que o sistema acusatório, ainda que não de forma pura, foi acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro, por força do que dispõe o art. 129, I, da Constituição Federal, atribuindo exclusivamente ao Ministério Público a função de acusar.

A adoção desse modelo implica assentir, entre outras características, que o investigado ou o acusado tem garantido um tratamento digno e respeitoso, deixando de figurar como simples objeto da persecução penal.⁽¹⁾ Contrapõe-se ao modelo inquisitivo em que a confissão era concebida como uma das principais provas a serem obtidas, razão pela qual era admitido o emprego da tortura, concebendo-se o acusado como meio de prova, o que obstava a incidência do direito ao silêncio.⁽²⁾

Essas reflexões são essenciais para compreender a posição jurídica do investigado ou acusado nos procedimentos persecutórios penais, assim como delimitar os limites de atuação do Estado, mormente quando colide com eventuais direitos e garantias fundamentais do acusado, incluindo-se nessa perspectiva o *nemo tenetur se detegere*, garantia maior que abrange o direito ao silêncio.⁽³⁾

Note-se que o direito à não autoincriminação possui amparo legal em diplomas internacionais de direitos humanos, de modo particular na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em seu art. 8.º, n. 2.º, g e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no art. 14, n. 3, g.⁽⁴⁾ Tem-se no ordenamento brasileiro ainda a garantia constitucional insculpida no art. 5.º, LXIII, da Constituição Federal e o art. 186 do Código de Processo Penal.

Com efeito, o silêncio na persecução penal consubstancia direito e garantia fundamental do indivíduo, traduzindo os denominados direitos fundamentais de primeira geração, que implicam direito de resistência ou oposição perante o Estado,⁽⁵⁾ contudo, não se desconhece as inúmeras controvérsias acerca da sua extensão, razão pela qual se entende pertinente conferir amplo espectro de proteção, de sorte que, remanescendo dúvidas sobre seu conteúdo, deve-se optar pela interpretação mais favorável.⁽⁶⁾

Na jurisprudência, por ocasião do julgamento do HC 99.289, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Min. Celso de Mello assentou as prerrogativas básicas decorrentes do direito à não autoincriminação: "(a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal".

Com base nas premissas lançadas supra, objetiva-se discutir a incidência do direito de não produzir prova contra si mesmo em relação à obtenção não compulsória das provas não invasivas, como exemplo, o exame de materiais fecais, exames de DNA realizados a partir de fios de cabelo e pelos, identificação dactiloscópica, de impressões de pés, unhas e palmar e ainda radiografias.

O tema é pouco debatido na doutrina, que normalmente se restringe a abordar a questão inerente à extração compulsória de material genético, como se a matéria ventilada neste opúsculo não comportasse maiores divergências, especialmente após alterações legislativas (cf. Lei 12.654/2012) regulamentando a extração compulsória de material genético para identificação criminal do investigado, assim como, impondo esta medida em relação aos autores de crime praticado dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa ou quaisquer dos delitos contemplados na Lei 8.072/1990.⁽⁷⁾

Não obstante, indaga-se: seria possível a produção de exames do DNA a partir do lixo descartado pelo investigado, especialmente em chicletes, pontas de cigarro, latas de cerveja e refrigerantes? A resposta impõe o exame das peculiaridades que circundam a obtenção do material para análise pericial, com reflexos diretos na avaliação da ilicitude da prova.

Nesse contexto, menciona-se a proporcionalidade como regra de interpretação e aplicação do direito, possibilitando que eventuais restrições aos direitos

fundamentais não se concretizem de forma desproporcional, mediante o exame das seguintes sub-regras: (a) adequação; (b) necessidade; e (c) proporcionalidade em sentido estrito,⁽⁸⁾ as quais poderão auxiliar na resolução do problema proposto.

Necessário esclarecer que não se vislumbra qualquer objeção ou afronta ao *nemo tenetur se detegere* quando o exame genético é realizado nos materiais anteriormente mencionados a partir de busca e apreensão na residência ou local de trabalho do investigado, ou quando dispensados voluntariamente de seu domínio, porém, entendimento distinto se aplica em relação aos objetos obtidos pelo Estado mediante indução em erro, ardid ou fragilização corporal do investigado.

Sobre o tema em estudo, **Claus Roxin** alerta para as proibições no âmbito da investigação criminal decorrentes da aplicação do *nemo tenetur se detegere* "(...) *el principio nemo tenetur, tal como ha hallado su expresión en el § 136, StPO, no sólo prohíbe la coacción para declarar, sino que también pretende proteger al imputado de una 'autoincriminación inducida por el Estado por medio del erro', de una manipulación de sua decisión de declarar por médio del engaño estatal*",⁽⁹⁾ corroborando a necessidade de o Estado conferir dignidade e respeito ao investigado.

Para melhor ilustrar o tema, faz-se referência a precedente do TJMG em que se discutia ilicitude de prova genética colhida em lixo descartado pelo investigado no interior da prisão e por ele não autorizado. Na ocasião, a prova foi considerada lícita visto que teria se valido de métodos não invasivos, além disso, no caso concreto, entendeu-se que a gravidade do fato e o abalo provocado determinariam a prevalência da busca da verdade real, da persecução penal e da segurança pública em detrimento do direito à não autoincriminação.

De qualquer sorte, o acórdão contou com o voto divergente do Des. Eduardo Brum, que em percuciente fundamentação ressaltou a deslealdade do Estado na obtenção da prova ante a específica situação dos autos, particularmente porque o acusado permaneceu preso e "*qualquer objeto (copo, talhães, etc.) por ele utilizado poderia ser coletado contra sua vontade, verificando-se aí deslealdade do aparato de persecução penal contra a esfera individual de liberdade*".⁽¹⁰⁾

Por conseguinte, o caso retratado configura indevida ingerência estatal e macula o direito de não produzir prova contra si mesmo, visto que as provas são obtidas mediante indução em erro do agente⁽¹¹⁾ ou mesmo se valendo de sua fragilização corporal, como se o encarceramento destituisse o indivíduo de todos os seus direitos e o transfigurasse em objeto da investigação.

Note-se que os argumentos dos votos vencedores contidos no acórdão do TJMG são claramente respaldados em fundamentos que remontam ao sistema inquisitório, sendo o principal deles a busca da "*verdade real*",⁽¹²⁾ que nos termos do entendimento vitorioso imporia a relativização do direito à não inculpação.

Dessarte, não se concebe como coerentes os argumentos supracitados, pois entendimento semelhante poderia conduzir à criação de uma nova modalidade de prisão provisória, lastreada na necessidade de obtenção do material genético do acusado para apurar a autoria delitiva, e isso porque, submetido ao cárcere, onde necessariamente irá se alimentar, ingerir água e descartar os materiais utilizados para tanto, facilmente será obtido o seu material genético e produzida a prova necessária para alcançar a "verdade real".

Por conseguinte, evidenciado que o investigado ou o acusado contribuiu para sua autoincriminação, induzido em erro pelo agente estatal incumbido da investigação, a consequência será a nulidade da prova, a qual não poderá ser valorada no processo penal, reconhecendo-se ainda a imprestabilidade secundária, ou seja, aquela que decorre da primeira, particularmente porque vedada a utilização de provas obtidas ilicitamente (art. 5.º, LVI, da CF e art. 157 do CPP).

Perceba-se que a posição sustentada neste artigo não deve ser obnubilada pela concepção de que se advoga em favor da impunidade ou mesmo fomentando a prática de delitos, eis que, segundo a lição de **Geraldo Prado**, "*não custa lembrar que o exercício de direitos fundamentais não implica estímulo à criminalidade*".⁽¹³⁾

Em síntese, compreende-se que apesar de adequada e necessária, a extração não compulsória de DNA não pode se dar mediante indução em erro ou com a restrição da liberdade deambular do indivíduo para que obrigatoriamente descarte algum objeto, em que permaneça algum resquício de seu material genético. Nesses casos a proporcionalidade em sentido estrito obsta sua utilização, mormente porque quando o Estado se vale de meios antiéticos⁽¹⁴⁾ para consecução do material genético, denota-se afronta às garantias processuais do acusado e equiparação entre as condutas do criminoso e do Estado.

Referências

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *RE 349703*, Relator(a): Min. Carlos Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03.12.2008.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal 1.0024.13.047987-6/001*, Relator(a): Des.(a) Eduardo Brum, Relator(a) para o

acórdão: Des.(a) Júlio Cezar Gutierrez, 4.^a Câmara Criminal, julgamento em 22.05.2013, publicação da súmula em 29.05.2013.

Conde, Francisco Muñoz. *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal de enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

Dias, Augusto Silva; Ramos, Vânia Costa. *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

Lopes Junior, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. I.

_____. Lei 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 20, n. 236, p. 5/6, jul. 2012.

Machado, Jónatas E.M.; Raposo, Vera Lucia. O direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais. *Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 3, n. 8, p. 13-47, jul.-set. 2009.

Marinho, Guilherme; Guimarães, Leonardo Avelar. Limites à busca da verdade: desmistificando a verdade real no processo penal. In: Bonato, Gilson (Org.). *Processo penal, Constituição e crítica – Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 329-341.

Prado, Geraldo. *Sistema acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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.

Roxin, Claus. *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

Sanguiné, Livia de Maman. O direito de não produzir prova contra si mesmo no direito comparado: *nemo tenetur se detegere*. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, n. 221, p. 10-11, abr. 2011.

Silva, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, p. 23-50, São Paulo: RT, abr. 2002.

Notas

(1) Lopes Junior, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. I, p. 59.

(2) 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. p. 31.

(3) *Idem, ibidem*, p. 106.

(4) O Brasil aderiu a ambos no ano de 1992 e segundo a jurisprudência do STF gozam de *status* normativo supralegal no ordenamento jurídico pátrio, afastando a aplicação da legislação infraconstitucional que com ele conflite (Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 349703, Relator(a): Min. Carlos Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03.12.2008).

(5) Sanguiné, Livia de Maman. O direito de não produzir prova contra si mesmo no direito comparado: *nemo tenetur se detegere*. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, n. 221, p. 10-11, abr. 2011.

(6) Machado, Jónatas E. M.; Raposo, Vera Lucia. O direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais. *Direitos fundamentais e justiça*, v. 3, n. 8, p. 15, jul.-set. 2009.

(7) A constitucionalidade da legislação é questionada por limitar excessivamente o *nemo tenetur se detegere*. (Lopes Jr., Aury. Lei 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 20, n. 236, p. 5-6, jul. 2012).

(8) Silva, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, p. 24, São Paulo: RT, abr. 2002.

(9) *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. p. 62. No mesmo sentido: cf. Dias, Augusto Silva; Ramos, Vânia Costa. *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*. Coimbra Editora, 2009, p. 59; Queijo, Maria Elizabeth. Op. cit. p. 369

(10) Brasil. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal* 1.0024.13.047987-6/001, Relator(a): Des.(a) Eduardo Brum, Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Júlio Cezar Gutierrez, 4.^a Câmara Criminal, julgamento em 22.05.2013, publicação da súmula em 29.05.2013.

(11) Sobre os riscos derivados da admissão de provas conseguidas por engano do acusado e a possibilidade de maior relativização dos direitos fundamentais

mediante emprego de provas menos sutis e muito mais perigosas, cf. Conde, Francisco Muñoz. *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal de enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. p. 38.

(12) A expressão é objeto de críticas pela doutrina, que alerta para dificuldade da existência de uma verdade única e absoluta. Adverte também que o contraditório, limite e princípio democrático à participação dos sujeitos no provimento jurisdicional, impede a reconstrução da realidade e, por consequência, da verdade. De outro lado, as próprias limitações probatórias prescritas pela legislação processual penal constituem motivos suficientes a justificar a intangibilidade da denominada verdade real, razão pela qual o processo permite apenas o alcance da certeza jurídica (crença daquilo que se acredita ser o real). (cf. Marinho, Guilherme; Guimarães, Leonardo Avelar. Limites à busca da verdade: desmistificando a verdade real no processo penal. In: Bonato, Gilson (Org.). *Processo penal, Constituição e crítica* – Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 329-341).

(13) *Sistema acusatório* – A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.p. 64.

(14) Segundo Maria Elizabeth Queijo, no Estado de Direito a verdade processual deve ser obtida observando-se as garantias do acusado, devendo ser apurada de forma legal e ética (op. cit., p. 67). Francisco Muñoz Conde e Marcela de Langhe em apresentação à obra de Claus Roxin assinalam que no Estado de Direito a busca pela verdade no processo penal não pode ser obtida a qualquer preço, mas somente pelas vias legítimas (op. cit., 2008, p. 15).

Luiz Antonio Borri

Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.
Professor de Direito Penal.
Advogado.

Rafael Junior Soares

Professor de Direito Penal na PUC/PR.
Advogado.

Quem Somos

Conselho Consultivo
Convênios
Coord. Regionais e Estaduais
Documentos Institucionais
Gestão Diretoria
Grupo de Trabalho / Comissões
Bolsas de Estudos
Relações Internacionais

Atendimento

Central de relacionamento

Cursos e Eventos

Laboratório
Mesas e Debates
Pós-Graduação
Seminário
Diversos
Divulgação Outras Entidades
Eventos Realizados

Publicações

Artigos Antigos
Boletim
Notícias
RBCCrim
Revista Liberdades
Monografias
TV IBCCRIM

Biblioteca

Apresentação
Livro do Dia
Pesquisa on-line
Regulamento
Auxílio a Pesquisa
Intercâmbios

