

A COLETA OBRIGATÓRIA DE MATERIAL BIOLÓGICO E O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

A compulsory collection of Biological Material and the Principle of Non Self-Incrimination

MARINA GABRIELLE ALVES AVELINO BEZERRA

Bacharelanda em Direito pela Universidade Potiguar, Aluna-pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Ciências Criminais (GPCrim - UnP). Estagiária do Ministério Público do Rio Grande do Norte, no Centro de Apoio as Promotorias do RN (CAOP) da Infância, Juventude e Família.

FILLIPE AZEVEDO RODRIGUES

Professor nos cursos de Graduação em Direito da UnP e da Faculdade Maurício de Nassau (FMN), Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Portugal e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Membro do Conselho Penitenciário do Estado do Rio Grande do Norte e do Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade Potiguar (UnP), Editor-Chefe da Revista Juris Rationis.

Resumo: A coleta obrigatória de material biológico se tornou realidade com o advento da Lei 12.654/2012, todavia, juntamente com a novel legislação, erigiram várias críticas a respeito da sua inconstitucionalidade por supostamente violar o princípio da não autoincriminação. O presente trabalho visa discorrer sobre as correntes existentes a respeito desse princípio à luz da Carta Magna, das normas infraconstitucionais e do direito comparado, demonstrando, assim, que a Lei em apreço não infringe o ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Coleta de DNA; Meios de Prova; Princípio da Não-autoincriminação.

Abstract: Mandatory collection of biological material became reality with the enactment of Law 12.654/2012, but with a new legislation erected several criticisms about its unconstitutionality for allegedly violating the principle of non-self-incrimination. This work aims to discuss the current existing on this principle in the light of the Constitution, the infra-constitutional norms and comparative law, thus demonstrating that the law in question does not infringe the parental rights law.

Keywords: DNA collection; procedural evidence; Non-self-incrimination principle.

1 Introdução

A Lei 12.654, de 2012, dispõe sobre a criação de um banco de dados nacional e sigiloso, em virtude do qual todo condenado por crimes hediondos ou de grave violência à pessoa – e, até mesmo, o acusado, na hipótese de essencialidade às investigações criminais – é obrigado a fornecer o seu material genético a fim de contribuir para elucidação do crime, desde que mediante autorização judicial.

Pois bem, é de trivial sabença que a Constituição Federal tem como princípio norteador do processo penal o *nemo tenetur se detegere*, em outras palavras, ninguém é obrigado a autoincriminar-se. Por isso, a legislação em tela é fortemente criticada, já que muitos operadores do Direito alegam a sua inconstitucionalidade pela violação do aludido princípio.

Não obstante haja respeitáveis doutrinadores com opiniões diversas da defendida neste artigo, convém salientar que o estudo mais aprofundado na temática provoca a compreensão de que a legislação ordinária em nada afronta a nossa Carta Magna.

Portanto, este trabalho tem por objetivo defender a constitucionalidade da lei ordinária, através de uma pesquisa bibliográfica, expondo, dessa maneira, correntes que apontam a correta aplicabilidade desse princípio com base no direito comparado e na aplicação do princípio da proporcionalidade em face da colisão de uma garantia individual e valores também constitucionalmente protegidos.

2 Breves Considerações sobre o Direito Penal

O Direito Penal é um ramo da Ciência Jurídica que tem como escopo precípuo garantir a proteção dos bens jurídicos mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade. Sendo assim, ele representa a *ultima ratio* do sistema, uma vez que só deve ser acionado quando as demais esferas, cíveis e administrativas, não forem suficientes para tutelar os bens jurídicos gravemente lesionados. Logo, para efetivar essa proteção, utiliza-se da cominação, aplicação e execução da pena.

Frise-se, pois, que a aplicação da pena cominada frente a prática de um delito não é a finalidade do Direito Penal, mas, sim, a coação em que o Estado se vale, *jus puniendi*, para assegurar a proteção dos valores, interesse e bens jurídicos. Tal coação é concretizada através da aplicação de uma sanção, podendo ter como natureza a restrição de direitos, a privação de liberdade ou mesmo a multa.

Cuida-se de um ramo que impõe aos infratores das normas penais sanções mais severas e, devido a tal severidade, erige a necessidade de um controle para evitar eventuais arbítrios que possam ser emanados do poder estatal.

Nesse sentido, surgem dois importantes princípios que são utilizados como forma de limitar o Estado na tipificação de crimes e na imposição de sanções, são eles: a legalidade e a intervenção mínima. O princípio da legalidade está expresso no Código Penal em seu art. 1º¹ e no art. 5º, XXXIX,² da Carta Magna, já a intervenção mínima não encontra disposição expressa, mas é um princípio consagrado no ordenamento penal pátrio.

¹ Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

² Art. 5º, XXXIX - Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Como é cediço, a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, sendo regido, portanto, pelo postulado basilar da legalidade, ou seja, a conduta do Estado deve estar integralmente sujeita ao ordenamento jurídico vigente. Posto isso, para haver um crime, deve haver prévia tipificação legal. Nesse passo, Streck (2000, p. 83-84) preleciona:

o Estado de Direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a um regime de direito, quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como os indivíduos - cidadãos - têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos à salva guardar-lhes de uma ação abusiva do Estado.

Ocorre que o aludido princípio impede apenas arbítrios judiciais, mas não impede que o poder estatal crie sanções cruéis e degradantes ou crimes sem bens jurídicos tuteláveis, já que isso ficará a cargo do princípio penal da intervenção mínima. Neste sentido, Bitencourt (2012, p. 25) aduz:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável.

Tecidas essas considerações acerca dos princípios que limitam o poder do Estado para aplicação da pena, é necessário compreender quais as suas finalidades.

A pena é uma consequência do poder punitivo estatal e ela vem como uma resposta ao mal praticado pelo agente infrator, uma retribuição a conduta criminosa. De modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado (BITENCOURT, 2012, p. 55).

Por outro lado, a pena também tem o caráter preventivo que não é unicamente de retribuir o mal praticado, mas de prevenir futuros delitos, ou seja, a pena deixa de ser concebida como um fim em si mesmo e gera um contra estímulo para o infrator. Com efeito, seja qual for a finalidade da pena, faz-se imperiosa a sua aplicação para que, então, atinja seu desiderato (retribuição ou mesmo prevenção).

Pois bem, ocorre que diante da atual conjuntura investigatória da polícia, a resolução de crimes encontra-se, muitas vezes, estagnada, não sendo possível descobrir a autoria do delito e, conseqüentemente, não havendo aplicação de pena para o culpado. Vários são os fatores que corroboram para as estatísticas de casos não solucionados, entretanto essa realidade pode mudar com o banco nacional de material genético.

O Brasil não contava com um banco de material biológico que possibilitasse cruzar os vestígios encontrados na cena de um crime com perfis genéticos armazenados em um banco de dados nacional. Hodiernamente, isso já se tornou possível, muito embora inexistia essa ferramenta em todos os estados brasileiros.

O sistema de armazenamento unificado de DNA é antigo, mas somente foi implementado no Brasil com o advento da Lei Federal nº 12.654, de 2012, a qual torna obrigatória a identificação criminal por meio da coleta de material biológico dos condenados por crimes hediondos ou de grave violência à pessoa e, excepcionalmente, os acusados. O objetivo é utilizar os dados colhidos nas investigações de crimes cometidos pelos infratores reincidentes e, assim, facilitar a descoberta dos autores de futuros delitos.

Eis o surgimento da problemática acerca da inconstitucionalidade da Lei, ora em apreço, frente ao princípio da não autoincriminação insculpido pela Carta Magna. Nesse sentido, cumpre discorrer sobre como continuar defendendo a aplicabilidade desta Lei sem que esbarre diretamente nos direitos fundamentais emanados pela Constituição Federal.

3 Meios de obtenção de Provas

Inicialmente, a palavra prova tem seu nascedouro no latim *probatio* que significa exame ou verificação. No processo penal, autor e réu, em rigor, produzem um conjunto de elementos com a finalidade de formar o convencimento do magistrado, tendo como objetivo a reconstrução dos fatos investigados e buscando, sempre, a maior coincidência com a realidade.

O Código de Processo Penal disciplina, em seu Título VII, um conjunto de regras que disciplinam a produção de provas na esfera do processo, como, também, elenca meios específicos de prova com o fito de orientar o magistrado na busca da verdade material.

Como o diploma normativo em comento entrou no ordenamento jurídico brasileiro há muito tempo, mais precisamente em 1941, deixou de prever certos meios de provas que hoje são possíveis graças ao avanço tecnológico como, por exemplo, a coleta obrigatória de material biológico.

Desta feita, não se pode considerar o Título VII do Código de Processo Penal como taxativo, ao revés é notoriamente exaustivo, uma vez que são aceitas provas atípicas, ou seja, que não encontram previsão legal, desde que estas, por óbvio, não violem as normas emanadas da Carta Magna.

Insta consignar, por pertinente, que existe uma clara diferença entre meios de provas e meios de obtenção de prova. Este último consiste num mecanismo disciplinado pelo Código de Processo Penal que dispõe sobre os modos de produção de provas (rol exaustivo), enquanto os meios de provas enquadram-se num rol exemplificativo e será usado, como próprio nome já diz, como meio de convencimento do magistrado. Logo, por exemplo, a prova documental será o meio de obtenção da prova e os documentos acostado aos autos será o meio de prova, por sua vez, a coleta obrigatória de material biológico seria um meio de obtenção de prova e o próprio resultado do DNA seria o meio de prova (ANDRADE, 2013, 233-237).

Ocorre que a coleta obrigatória de material biológico por, teoricamente, “violiar” o princípio constitucional da não autoincriminação, não é aceito pela doutrina majoritária como meio de obtenção de prova lícito e, assim, não poderia ser usado no curso da marcha processual ou, até mesmo, após a condenação do infrator com o intuito de criar um banco de material genético nacional (ANDRADE, 2009, 105-106).

Por isso, muitas são as críticas a respeito da inconstitucionalidade da Lei Federal 12.654, de 2012,³ e são, até certo ponto, aceitáveis quando analisadas de forma superficial ou

³ Um exemplo de respeitável crítica encontra-se na obra de Manuel da Costa Andrade (2009, p. 105-106): “Na avaliação da danosidade em geral associada aos meios ocultos de investigação deve ainda considerar-se uma dimensão que tenderá a resultar na qualificação e agravamento exponencial dos aspectos parcelares já sumariamente recenseados. Temos em vista as implicações decorrentes da circunstância de, por não terem conhecimento da medida antes e durante a sua execução, as pessoas atingidas não poderem actualizar qualquer pretensão de reacção e tutela, mesmo que legalmente subsistente e consignada. Elas não podem, concretamente, fazer valer a ilegalidade da medida por violação de qualquer dos pressupostos legais. Esclarecedor o confronto com

descuidada. Todavia, não encontram respaldo quando adotado qualquer dos dois prismas possíveis de análise, quais sejam:

a) Interpretação do princípio *Nemo tenetur se detegere* com base no seu nascedouro, bem como no direito comparado.

b) Aplicação do princípio da proporcionalidade.

4 Origem histórica e aplicabilidade do princípio *nemo tenetur se detegere* no Direito Comparado

A coleta obrigatória de material biológico é, conforme já foi exposto, um meio de prova que, por afrontar o princípio constitucional da não autoincriminação, possuiria eventual natureza ilícita. Não podendo, *prima facie*, ser utilizada no processo.

Não obstante, partindo da premissa que nenhum direito constitucional se reveste de caráter absoluto com exceção da liberdade de pensamento e considerando, também, a origem histórica desse princípio, bem como à luz do direito comparado, perceber-se-á os equívocos na interpretação do referido princípio no mundo hodierno.

É mister salutar que o princípio do *nemo tenetur se detegere* tem seu nascedouro nas civilizações clássicas, perpassa a idade média e erige como resposta ao sistema inquisitivo, no qual o acusado era obrigado a responder o interrogatório mesmo que para isso fosse necessário a utilização de tortura.

Durante o movimento político-filosófico, denominado iluminismo, em meados do século XVIII, surgiram as primeiras ideias acerca das garantias processuais. Porém, foi só na idade contemporânea que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) regulamentou esse princípio.

A retromencionada convenção, na forma do seu art. 8º, disciplinou que toda pessoa acusada de um crime tem o direito a “*não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada*”. Ademais, a Declaração Universal de Direitos do Homem prevê em seu art. 11 que “*ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante*”.

No ordenamento jurídico pátrio, o princípio constitucional implícito encontra respaldo no art. 5º, LXIII, da própria Carta Magna, cujo teor reza 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*” e, no art. 186 do Código de Processo Penal, consta que:

as medidas de coação, nomeadamente com a prisão preventiva, que a todo o tempo pode ser contestada, infirmada e neutralizada. Diferentemente, aqui a pessoa atingida só toma conhecimento (se toma) depois de a medida ter sido levada a cabo. Tarde de mais, porquanto então já a medida terá irreversivelmente desencadeado o seu potencial de devassa. E, sobretudo, já terá reforçado a plausibilidade dos pressupostos que, ao tempo em que a medida foi decidida, bem poderiam revelar-se insuficientes e problemáticos. A título de exemplo: a generalidade destas medidas integram entre os seus pressupostos um determinado grau de suspeita da prática de um crime (do catálogo). Com que hipóteses de sucesso e com que eficácia pode um argüido vir invocar que, ao tempo em que a medida foi ordenada ou autorizada, não existia a suspeita reclamada e pressuposta pela lei se, entretanto, já a medida aumentou, ela própria, a plausibilidade da suspeita, convertendo-a numa ‘certeza’?”.

Art. 186 Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único: O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Pode-se perceber que os dispositivos normativos dizem respeito a declarações verbais e não a um direito tão abrangente que impeça o acusado, ou mesmo o condenado, de colaborar na produção probatória durante o processo ou na armazenagem de material biológico através de um banco de dados nacional e sigiloso.

Contudo, mesmo não sendo possível extrair dos regramentos acima transcritos qualquer disposição que comprove uma garantia tão ampla dada ao acusado ou condenado, importa registrar que atualmente a doutrina e a jurisprudência brasileira caminham no sentido de que não se pode obrigar o acusado a cooperar na produção probatória. O exemplo mais recente é o entendimento acerca da condução de veículo por motorista alcoolizado, no qual a autoridade policial não pode obrigar o condutor a realizar o teste de alcoolemia ou mesmo ser coercitivamente submetido a soprar o etilômetro, sob pena de ferir o princípio da não autoincriminação.

De toda sorte, se é certo que a evolução histórica do princípio aludido está relacionada a uma garantia antes concedida ao acusado no intuito de repelir o emprego de tortura usado durante o interrogatório, também deve ser indiscutível que hoje este princípio tomou proporções elásticas e imensuráveis, inviabilizando, muitas vezes, a própria persecução penal e transformando a obrigatoriedade de produção de provas em algo intangível e inconstitucional. Walcher (2008) corrobora com esse entendimento quando defende que:

O fato de os dispositivos não preverem um direito amplo de não participar de meios probatórios não significa que deva adotar necessariamente uma interpretação literal e textual(...), mas, sem dúvida, chama atenção para o fato de que interpretações extensivas dos dispositivos nem sempre serão adequadas, podendo caracterizar-se como respostas simplistas, obtidas mediante recursos a silogismos inconsistentes, desenvolvidos a margem do cerne do problema.

Pensando nisso, o legislador ordinário editou a Lei Federal 12.654, de 2012, que torna obrigatória a coleta de material biológico em casos específicos que serão analisados mais adiante.

Muitos operadores do Direito alegam a inconstitucionalidade da Lei, porém parecem olvidar-se de outros países que, embora aderentes a esse princípio, utilizam dessa ferramenta como forma de aperfeiçoamento e eficácia à persecução penal. Isso é possível quando se promove a interpretação mais balanceada ao supracitado princípio. Nesse passo, Eugênio Pacceli (2014, p.389) preleciona:

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

Dessa forma, a relativização do princípio da não autoincriminação, como exceção, se torna possível quando inexistir violação ao valor fundamental da dignidade da pessoa humana

e nem, muito menos, esbarrar em outros ditames constitucionais e legais do ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, não há que se falar em um direito absoluto de negar-se a se submeter ao exame de pareamento cromossômico (DNA), à extração de sangue ou exalação de ar (etilômetro). Nesse mister, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2008) defende que:

Detalhando um pouco mais: a utilização das partes do corpo humano, cujo destaque ou descarte se fazem de maneira socialmente aceitável ou natural, apreendidas ou extraídas para fins de prova, não podem ser proibidas de modo absoluto, quando não violarem as demais entidades humanas: a psíquica, a moral, a espiritual ou a alímica, enfim, a dignidade da pessoa.

Continuando a comparação com a legislação alienígena, verifica-se que, muitos países são adeptos ao princípio constitucional em apreço, mas possuem um entendimento distinto do nosso ordenamento jurídico pátrio. A Constituição Espanhola, v.g., prevê expressamente o direito de não se autodeclarar e de não confessar-se culpado, sendo a única interpretação dada ao princípio da não autoincriminação, *in verbis*:

Art. 17, III. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

Já com relação a Portugal, o direito ao silêncio é regulamentado pelo Código de Processo Penal (ANTUNES, 2015), na forma do art. 343, a saber:

Art. 343. O presidente informa o arguido de que tem direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objecto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo.

Outrossim, Portugal adota uma interpretação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* bastante similar quando comparada com a do Brasil. Não obstante, essa problemática sobre a extensão do direito ao silêncio relacionada à obrigatoriedade da produção probatória, por meio da coleta de material biológico, foi discutida pelo Tribunal Constitucional Português, no acórdão 155/ 2007, que concluiu quanto à análise de DNA:

“Na verdade, essa colheita não constitui nenhuma declaração, pelo que não viola o direito a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado. Constitui, ao invés, a base para uma mera perícia de resultado incerto, que, independentemente de não requerer apenas um comportamento passivo, não se pode catalogar como obrigação de autoincriminação”.

Nessa exegese, o entendimento da Corte Portuguesa foi que a coleta obrigatória de material biológico não necessariamente implicava em uma autoincriminação, visto que o resultado do exame teria natureza incerta.

Já na Alemanha, o princípio da não autoincriminação estende-se somente ao direito de permanecer silente sobre os fatos imputados ao depoente ou mesmo aos familiares. Todavia, não se encontra óbice em ordenar exames físicos, através de intervenções corporais, ao acusado. (WALCHER, 2013)

Verifica-se, com efeito, que mesmo nos casos que sejam necessários a execução forçada, não se exige do acusado uma colaboração ativa. Ao revés, é mera conduta passiva, a qual importa somente que aquele tolere o ato executório da coleta. (QUEIJO, 2012, p.330)

Portanto, diante de tudo que foi exposto, percebe-se que o princípio da não autoincriminação, no que tange à coleta obrigatória de material genético, é interpretado de forma bem diferente quando comparado com outros países também adeptos desse princípio.

5 O Princípio da Proporcionalidade como solução para a colisão de normas entre Direitos Fundamentais

É incontestável que a doutrina e a jurisprudência brasileira caminham no sentido de que não se pode obrigar o acusado a colaborar na produção probatória. Posto isso, diante da atual interpretação dada pelo ordenamento pátrio, será mais interessante sustentar, a partir de agora, a segunda corrente que também defende a coleta obrigatória de material biológico.

Tal segunda corrente diz respeito à aplicabilidade do princípio da proporcionalidade e possui como sustentáculo a inexistência de direito fundamental absoluto conforme foi exposto mais acima.

Mendes (2012, p. 56) ensina que:

(...) direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanescentes ou “limites dos limites” (*Schranken-Schranke*) que balizam a ação do legislador quando restringem direitos individuais.

Outro ponto a ser levado em consideração diz respeito aos limites implícitos e expressos encontrados na Carta Magna. Os limites expressos são aqueles que a própria Constituição Federal estabeleceu a necessidade de uma lei para limitá-los e os implícitos, por seu turno, são aqueles que a Constituição admite certas restrições a fim de proteger outros direitos ou bens jurídicos tutelados.

De acordo com Mendes e Branco (2015, 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)

Por outro lado, Queijo (2012, p. 406) aprofunda o entendimento que:

A inexistência de limites expressos na própria Constituição ou na legislação infraconstitucional não significa que o *nemo tenetur se detegere* seja um direito absoluto. Os limites do *nemo tenetur se detegere* são imanescentes, implícitos e decorrem da necessidade de coexistência com outros valores que, igualmente, são protegidos pelo ordenamento, em sede constitucional.

Logo, tanto podem existir conflitos entre dois direitos fundamentais como também poderá haver entre um direito fundamental e valores protegidos pela nossa Carta Magna. No caso vertente, a coleta obrigatória de material biológico se enquadra melhor na segunda

hipótese, visto que se trata de um embate entre uma garantia individual e valores igualmente protegidos pela Constituição Federal como a segurança interna e a paz social.

Para Mendes (2012, p. 87) “é possível que umas das fórmulas alvitadas para a solução de eventual conflito passe pela tentativa de estabelecimento de uma hierarquia entre direitos individuais”, observando, para tanto, as peculiaridades de cada caso concreto.

A priori, é fácil traçar uma hierarquia quando se tratam de garantias individuais como a vida, a integridade física e a saúde, visto que estas devem prevalecer em detrimento das outras garantias como regra geral. Porém, diante da colisão entre normas fundamentais que não tenham bem jurídico predominante, a problemática aparece. Isso porque não existem critérios a serem seguidos para formar uma hierarquização.

Convém salientar que é até aceitável esse entendimento como forma de solução de conflitos entre normas. Porém, com o máximo respeito à doutrina divergente, tal ponderação se mostra vulnerável no momento que abre espaço para subjetivismos diante da ausência de critérios e análise de acordo com cada casuística.

Já a aplicação da proporcionalidade se mostra mais adequada diante da colisão de direitos fundamentais conforme explica Ávila (2015, p. 208):

O postulado da proporcionalidade não se identifica com o da ponderação de bens: esse último exige a atribuição de uma dimensão de importância a valores que se imbricam, sem que contenha qualquer determinação quanto ao modo como deve ser feita essa ponderação, ao passo que o postulado da proporcionalidade contém exigências precisas em relação à estrutura de raciocínio a ser empregada no ato de aplicação.

Nesse diapasão, o princípio da proporcionalidade exsurge como forma de harmonizar as normas jurídicas em apreço e garantir a segurança jurídica (RODRIGUES, 2014). Mas, para a sua aplicabilidade, é necessário a presença de três requisitos, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para Ávila (2015, p. 208) “A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: O meio deve levar à realização do fim [...]”.

Assim, a coleta obrigatória de DNA proporciona o fim desejado que é atribuir a autoria ao responsável pela prática delituosa. Por outro lado, se esse meio de produção probatória inexistir, será impossível identificar o agente infrator quando não houver outras provas para gerir a investigação.

Já a necessidade diz respeito à criação de um meio que seja alternativo aos já previstos na legislação. Ora de nada vale um meio que já esteja disciplinado em lei ou que não promovam o mesmo fim. De acordo com Queijo (2012, p. 408):

Para que o requisito da necessidade se apresente é preciso que a medida restritiva ao *nemo tenetur se detegere* seja indispensável para a sua coexistência com outros valores, como a segurança pública, a paz social e o interesse público na persecução penal. Nessa ótica, mister que não haja outra forma de produzir a prova[...].

Queijo (2012, p. 408) ainda defende que se deve escolher o meio menos gravoso aos direitos fundamentais do acusado. Porém, Ávila (2015, p.217) levanta um importante questionamento, a saber:

Como escolher entre um meio que restringe pouco um direito fundamental mas, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove bastante o fim mas,

em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental? A ponderação entre o grau de restrição e o grau de ponderação é inafastável. Dai a necessidade de que o processo de ponderação, como já foi afirmado, envolva o esclarecimento do que está sendo objeto de ponderação, da ponderação propriamente dita e da reconstrução posterior da ponderação.

Então, a coleta obrigatória de material biológico se torna necessária quando não há nenhuma outra forma tão precisa e eficaz de tutelar os outros valores constitucionalmente protegidos ante a ausência de provas. Cumpre salientar, ainda, que seve ser realizada da forma mais suave e menos gravosa possível.

Lógico que, diante das circunstâncias do caso concreto, se houver um conjunto probatório robusto que viabilize a persecução penal não será necessário recorrer à coleta. Portanto, a intervenção corporal só deve ser realizada quando a ponderação de bens se justifica (*ultima ratio probandi*).

Por último, tem-se a proporcionalidade em sentido estrito e conforme Ávila (2015, p. 217) explica “o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”.

O autor ainda defende que esse exame tem caráter complexo e subjetivo, mas que está diretamente relacionado com o interesse coletivo. Partindo da premissa que a sociedade como um todo manifesta interesse pelo aperfeiçoamento da persecução penal, a aplicação do princípio da proporcionalidade se mostra perfeitamente viável diante da atual interpretação dada ao princípio da não autoincriminação no cenário brasileiro.

Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 406) apregoa a respeito do tema:

Cuidando-se de restrição de direito fundamental, como é o *nemo tenetur se detegere*, operada no plano processual penal, as limitações a ele deverão operar-se, necessariamente, por lei, que deverá observar o princípio da proporcionalidade, para que não haja inconstitucionalidade, tendo-se em vista que tanto o *nemo tenetur se detegere* quanto o princípio da proporcionalidade tem *status* de norma constitucional. Desse modo, evitam-se atuações arbitrárias por parte do Estado. As restrições ao *nemo tenetur se detegere*, que repercutem diretamente sobre a liberdade de autodeterminação do acusado, não poderão ser determinada casuisticamente pelo julgador.

Dessa forma, é possível a intervenção corporal com base na ponderação entre uma garantia fundamental concedida ao acusado e os bens tutelados pela Carta Magna, mas deverá ser feita da maneira menos gravosa possível, obedecendo, portanto, ao subprincípio da adequação.

Dever-se-á privilegiar as provas não invasivas em detrimento das invasivas, entendendo-se estas últimas como sendo aquelas em que o indivíduo sofre ingerências no próprio corpo, ou seja, a utilização de qualquer método que implique empenetração nas cavidades naturais ou não. Logo, é preferível o recorte ou o destaque de pelos/cabelos a extração de sangue como forma mais suave de obtenção de material biológico nos moldes do subprincípio retromencionado.

Assim, as provas não invasivas podem ser utilizadas sem o consentimento do acusado, sendo necessária apenas a autorização judicial e que não exija colaboração ativa por parte daquele.

É imperioso observar que a maior parte das pessoas que se submetem à coleta obrigatória de material biológico possui pelos ou cabelos, porém, num exemplo hipotético, em

que uma pessoa que faça quimioterapia não possua nenhum tipo de pelo/cabelo, estaria a coleta obrigatória de material biológico inviabilizada?

Para Queijo, as provas invasivas só poderiam ser utilizadas mediante o consentimento do acusado por violarem o princípio da dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade corporal e a intimidade.

Contudo, essa interpretação parece um pouco equivocada na medida em que um exame de sangue é perfeita e socialmente aceitável, além de ser largamente utilizado para acompanhamentos clínicos. Ademais, não há como a coleta de uma pequena quantidade de sangue provocar constrangimento ou degradação ou mesmo atentar contra a saúde do acusado/condenado, ferindo, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Reitere-se, por pertinente, que os princípios da inviolabilidade corporal e da intimidade são a regra, os quais evidentemente predominam. Entretanto, não se pode negar que para toda regra há uma exceção e esta exceção está prevista nos termos do princípio da proporcionalidade. É cediço, também, que o legislador deve se utilizar dos métodos menos invasivos possíveis para atingir o seu desiderato.

Porém, as provas invasivas não devem, *prima facie*, ser descartadas desde que – é claro – não violem a integridade física e psíquica do acusado/condenado e nem o submetam a tratamento vexatório e desumano, tendo em vista que essa coleta é bastante corriqueira no cotidiano das pessoas.

Paceli (2014, p. 392) afirma que:

Determinadas intervenções corporais, quando não puserem em risco a integridade física e psíquica do acusado em processo penal, e desde que prevista em lei, não encontram obstáculos em quaisquer princípios constitucionais, sobretudo quando se destinarem a colher provas em crimes que atingiram direitos fundamentais das vítimas. Afinal, o Direito Penal, intervenção penal mais radical, não é também destinado a proteção dos direitos fundamentais?

Ainda, Haddad (2007), citado por Brenda Schio Saboia (2014, p.13), defende:

Não se reconhece ofensa à integridade física pela mera submissão à intervenção corporal, pois as lesões no corpo podem ser suportadas sem integrar o sentido material de sua tipicidade, em virtude da facilidade em obter um material orgânico que contenha DNA. Afastando a tipicidade material das ofensas corporais que não traduzam sequelas ou sofrimento físico considerável, que não comprometam anatômica, estética, fisiológica ou mentalmente o acusado é uma exigência das combinações dos critérios de tolerância, dos danos idade social e da proporcionalidade.

6 Conclusão

Portanto é possível inferir, através de um recorte interpretativo das normas jurídicas em testilha, que o princípio da não autoincriminação tem sua aplicabilidade ampliadíssima quando comparado com algumas legislações alienígenas das quais, inclusive, o Direito brasileiro deriva. Porém, mesmo diante da atual interpretação dada ao *nemo tenetur se detegere*, é possível defender a constitucionalidade da Lei 12.654 com base no princípio da proporcionalidade ante ao confronto de um direito individual e valores jurídicos também constitucionalmente tutelados.

É lógico que a coleta deverá ser feita da maneira menos gravosa possível aos direitos fundamentais e só deverá ser utilizada em casos extremos quando o interesse da coletividade, a ordem pública e a persecução penal o justificarem.

Logo, diante dessas considerações esposadas, verifica-se total possibilidade na aplicação do princípio da proporcionalidade ante os dois princípios ora em comento. No entanto, a sua aplicação não pode ser deixada ao arbítrio do Estado, devendo, portanto, ser regulamentada em lei em obediência aos princípios da intervenção mínima e da legalidade.

Nesse sentido, a coleta obrigatória de material genético aperfeiçoará a persecução penal de maneira significativa, além de possibilitar a resolução de casos que se encontram estagnados por falta de provas que atribuam autoria ao infrator penal. Convém reiterar, quantas vezes se fizer necessário, que a coleta será realizada em último caso quando a gravidade do delito cometido e o interesse da coletividade a justificar. Dessa forma, cabe parafrasear as palavras de Eugênio Pacceli: afinal, o Direito Penal, intervenção penal mais radical, é também destinado a proteção dos direitos fundamentais.

Referências Bibliográficas

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação. In: MONTE, Mário Ferreira *et alii*. *Que futuro para o direito processual penal: simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- ANTUNES, Maria João. *Código de Processo Penal*. 21 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012
- BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm». Acesso em: 24 mai. 2016.
- BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm». Acesso em: 24 mai. 2016.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm». Acesso em: 24 mai. 2016.
- BRASIL. Lei Federal n.º 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: 24 mai. 2016.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *A constituição e as intervenções corporais no processo penal: existirá algo além do corpo?*. Disponível em: «<http://www.arco.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/a-constituicao-e-as-intervencoes-corporais-no-processo-penal-existira-algo-alem-do-corpo#topo>». Acesso em: 27 jan. 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PACCELI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 155*. Relator: Conselheiro Gil Galvão. Acordam, na 3ª Secção do Tribunal Constitucional. Lisboa, 2007.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2012
- RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- SABOIA, Brenda Schio. *Intervenção corporal, identificação criminal via dna e o princípio do nemo tenetur se detegere*. 2012. Disponível em: «http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_2/brenda_saboia.pdf». Acesso em: 16 jan. 2016.

SANGUINÉ, Livia de Maman. *O direito de não produzir prova contra si mesmo no processo penal*. 2010. Disponível em: «http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/livia_sanguine.pdf». Acesso em: 27 jan. 2016.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

WALCHER, Guilherme Gehlen. *A garantia contra a autoincriminação no Direito brasileiro: breve análise da conformação do princípio nemo tenetur se detegere à luz da jurisprudência nacional e estrangeira*. 2013. Disponível em: «http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Guilherme_Walch»

