



Rodolfo Kruczewski Redies

A ADMISSIBILIDADE DA COLHEITA COMPULSÓRIA DE MATERIAL BIOLÓGICO DO ARGUIDO COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA EM PORTUGAL E NO BRASIL

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais.

Orientadora Profa. Doutora Cláudia Maria Cruz Santos.

Julho - 2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



**UNIVERSIDADE DE
COIMBRA**

**FACULDADE
DE
DIREITO**

RODOLFO KRUCZEWSKI REDIES

**A ADMISSIBILIDADE DA COLHEITA COMPULSÓRIA DE MATERIAL
BIOLÓGICO DO ARGUIDO COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA EM
PORTUGAL E NO BRASIL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais.

Orientadora Profa. Doutora Cláudia Maria Cruz Santos.

COIMBRA

2018

RESUMO

A colheita compulsória de material biológico do arguido como meio de obtenção de prova envolve um conflito de finalidades do processo penal, têm-se por um lado a realização da justiça e a descoberta de verdade pelo Estado e, do outro, a proteção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas. Esta dissertação busca analisar o confronto principiológico, tanto no cenário português, quanto no brasileiro, tendo como base teórica a jurisprudência e a doutrina, para concluir se é admissível a determinação coativa do referido exame. No primeiro capítulo do desenvolvimento são traçados conceitos básicos sobre a prova no processo penal e sobre a prova baseada no ADN. No segundo, por sua vez, é analisado o conflito de finalidades envolvido na colheita compulsória sob o aspecto doutrinário. Já no terceiro, são estudados alguns dos principais acórdãos dos tribunais portugueses e brasileiros que tratam da temática. Por fim, considerando todos os pontos abordados, é avaliada a admissibilidade da colheita compulsória em Portugal e no Brasil.

Palavras-chave: direito processual penal; meio de obtenção de prova; colheita compulsória de material biológico.

ABSTRACT

The compulsory gathering of biological material from the defendant as a means of obtaining evidence involves a conflict of purposes of Criminal Procedure Law, on the one hand there is accomplishment of Justice and the discovery of truth by the State and, on the other, the protection of the fundamental rights of people. This dissertation aims to analyze this principiological confrontation, both in Portuguese, and Brazilian settings, based on jurisprudence and theoretical doctrine, to conclude whether it is permissible the determination of the aforementioned gathering. In the first chapter of development, basic concepts about the gathering of evidence in criminal cases as well as of DNA based evidence are outlined. In the second, the conflict of purposes involved in compulsory gathering is analyzed under the doctrinal aspect. In the third, some of the key rulings of the Portuguese and Brazilian courts which discussed the aforesaid subject are reviewed. Ultimately, considering all the points addressed, the admissibility of compulsory gathering in Portugal and Brazil is evaluated.

Keywords: Criminal Procedure Law; means of evidence gathering; compulsory gathering of biological material.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. — Acórdão

ADN — Ácido desoxirribonucleico

Art. — Artigo

Arts. — Artigos

CPP — Código de Processo Penal

CRP — Constituição da República Portuguesa

CRFB — Constituição da República Federativa do Brasil

DUDH — Declaração Universal dos Direitos Humanos

MP — Ministério público

N.º — Número

N.ºs — Números

PCR — Reação em Cadeia de Polimerase

RFLP — Polimorfismo de Comprimento de Fragmento de Limitação

STF — Supremo Tribunal Federal

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 8 |
| 1.1 O problema | 8 |
| 1.2 Importância prática e relevância teórica..... | 8 |
| 1.3 Objetivos..... | 9 |
| 1.4 Hipóteses | 10 |
| 1.5 Metodologia..... | 10 |
| 1.6 Estrutura | 11 |
| 2 DA PROVA NO PROCESSO PENAL | 12 |
| 2.1 Teoria geral da prova..... | 12 |
| 2.1.1 Conceito e finalidade da prova | 14 |
| 2.1.2 Meios processuais..... | 15 |
| 2.1.2.1 Meios de prova | 16 |
| 2.1.2.2 Meios de obtenção da prova | 16 |
| 2.2 As intervenções corporais como meio de obtenção de prova..... | 17 |
| 2.3 A prova de ADN no processo penal | 18 |
| 3 O CONFLITO DE FINALIDADES NO PROCESSO PENAL | 23 |
| 3.1 A realização da justiça e a descoberta da verdade material..... | 24 |
| 3.2 A proteção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas | 26 |
| 3.2.1 A dignidade da pessoa humana | 26 |
| 3.2.2 O direito à integridade pessoal | 28 |
| 3.2.3 O direito à reserva da intimidade da vida privada..... | 30 |
| 3.2.4 O direito à autodeterminação informacional | 31 |
| 3.2.5 O direito à não autoincriminação (<i>nemo tenetur</i>)..... | 32 |
| 4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL LUSO-BRASILEIRA | 36 |
| 4.1 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007 | 36 |
| 4.2 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10.07.2013 | 44 |
| 4.3 Habeas corpus n.º 77.135-8 do Supremo Tribunal Federal..... | 46 |
| 4.4 Habeas corpus n.º 83.096-0 do Supremo Tribunal Federal..... | 48 |
| 4.5 Reclamação n.º 2.040-1 do Supremo Tribunal Federal..... | 50 |

| | |
|--|-----------|
| 5 A ADMISSIBILIDADE DA COLHEITA COMPULSÓRIA DE MATERIAL BIOLÓGICO NO PROCESSO PENAL | 54 |
| 5.1 O regime jurídico da Lei n.º 5/2008 em Portugal..... | 58 |
| 5.2 As alterações provenientes da Lei n.º 12.654/2012 no Brasil | 59 |
| 6 CONCLUSÃO..... | 63 |
| BIBLIOGRAFIA | 65 |
| JURISPRUDÊNCIA..... | 70 |

1 INTRODUÇÃO

A introdução deste trabalho será repartida em seis itens — o problema; importância prática e relevância teórica; objetivos; hipóteses; metodologia; e estrutura — para propiciar uma melhor organização e proporcionar maior facilidade de compreensão ao leitor.

1.1 O problema

A colheita compulsória de material biológico¹ no processo penal suscita alguns questionamentos: qual o limite para a concretização da busca da verdade material pelo Estado? Quais são os direitos fundamentais afetados por esta medida? Até que ponto é admissível a restrição destes direitos?

Essas dúvidas surgem em diversos ordenamentos jurídicos, contudo, pela proximidade do sistema processual e da língua adotada, optou-se por analisar como estes problemas são enfrentados em Portugal e no Brasil.

1.2 Importância prática e relevância teórica

As inovações científicas no campo da genética, quando aplicadas ao contexto forense, têm gerado um intenso debate social, político e acadêmico acerca dos potenciais benefícios no meio probatório em contraponto às restrições de direitos que podem ensejar.

A presente dissertação tem como tema de estudo a colheita compulsória de material biológico do arguido como meio de obtenção de prova nos sistemas jurídico-penais português e brasileiro, e busca verificar os posicionamentos adotados na jurisprudência que trataram sobre os conflitos principiológicos constitucionais envolvidos no referido exame, para chegar, com auxílio da doutrina e da legislação, a conclusões sobre a sua admissibilidade nesses sistemas.

¹ Também denominada *colheita coactiva de vestígios biológicos*.

Resumidamente, para o escopo desta pesquisa, a colheita compulsória de material biológico ocorre por uma intervenção corporal, determinada por autoridade judicial, como meio de obtenção de prova no processo penal, independentemente do consentimento do examinado, com vistas a utilizar o material coletado para a impressão genética do indivíduo e, posterior, comparação com eventuais vestígios biológicos encontrados em um local de crime, ou no corpo de uma vítima.

As intervenções corporais, como meios de obtenção de prova, possuem uma natureza invasiva, podendo agredir bens jurídicos do indivíduo a ser examinado, ainda mais quando independem de seu consentimento. Aponta Maria João Antunes que o processo penal tem três finalidades essenciais: a realização da justiça e a descoberta da verdade material; a proteção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas; e o restabelecimento da paz jurídica posta em causa com a prática do crime. E, estas finalidades podem entrar em conflito entre si².

É, justamente, o que se busca verificar em relação à colheita compulsória de material biológico, a natureza deste conflito e os seus limites. Temos de um lado a realização da justiça e a descoberta da verdade material pelo Estado, ou seja, a busca pela elucidação dos fatos e a responsabilização dos agentes, em conflito com a proteção perante o Estado dos direitos fundamentais do arguido, nomeadamente a dignidade da pessoa humana e os direitos à integridade pessoal, à autodeterminação informacional, à reserva da intimidade da vida privada e à não autoincriminação.

Tanto em Portugal quanto no Brasil, existe um acalorado debate doutrinário acerca das possibilidades de restrição dos referidos direitos em face da descoberta da verdade pelo Estado. E, também, existem questionamentos quanto à existência de uma norma legal autorizadora dessa medida compulsória.

Demonstra-se, assim, a importância prática e a relevância teórica do tema.

1.3 Objetivos

Este trabalho tem como objetivos:

1. Demonstrar o conflito de finalidades envolvido na colheita compulsória de material biológico do arguido no processo penal;

² ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*, p. 14.

2. Delimitar a possibilidade de restrição de direitos fundamentais do arguido em face da realização da justiça e da descoberta da verdade material pelo Estado no âmbito da colheita compulsória para fins penais;

3. Verificar a admissibilidade da colheita compulsória de material biológico do arguido como meio de obtenção de prova nos sistemas jurídico-penais português e brasileiro.

1.4 Hipóteses

Tendo em conta os objetivos, esta dissertação busca validar (ou invalidar) as seguintes hipóteses:

— A colheita compulsória de material biológico do arguido é um meio admissível de obtenção de prova, não violando os direitos fundamentais do indivíduo, sendo a prova obtida legal; ou

— A colheita compulsória de material biológico do arguido é um meio admissível de obtenção de prova, violando os direitos fundamentais do indivíduo, sendo a prova obtida ilegal.

Ressalta-se que ambas formulações hipotéticas serão apreciadas, individualmente, tanto no cenário português, quanto no cenário brasileiro.

1.5 Metodologia

O presente trabalho tem como método de análise o hipotético-dedutivo, confrontando hipóteses para verificar a validade de suas premissas. O estudo realizou-se por meio de pesquisas bibliográficas, com levantamento de material geral e específico, tais como artigos científicos publicados em revistas, livros, inclusive publicações *online*, assim como a legislação e jurisprudência, com o propósito de averiguar os entendimentos acerca do tema.

1.6 Estrutura

A estrutura deste trabalho foi formulada com o objetivo de permitir ao leitor uma compreensão geral sobre o tema, traçando, em um primeiro momento conceitos gerais, e a cada etapa trazendo maior profundidade à discussão. O texto está dividido em 6 capítulos, incluindo a introdução.

No segundo capítulo será estudada a prova como elemento do processo penal, desde conhecimentos gerais sobre a teoria da prova a questões específicas dos meios de obtenção de prova.

Na sequência, será apresentada a discussão acerca das finalidades do processo penal e os conflitos que podem ser observados na colheita compulsória de material biológico, principalmente em relação ao direito de busca da verdade material pelo Estado, e o dever de proteção dos direitos fundamentais do indivíduo.

Já na próxima etapa, far-se-á uma análise jurisprudencial dos principais julgados que abordaram estes conflitos tanto em Portugal quanto no Brasil.

No capítulo seguinte, buscar-se-á responder às hipóteses formuladas, acareando a legislação de cada país com as ideias expostas nos capítulos anteriores.

Por fim, serão destacadas as conclusões finais alcançadas nesta pesquisa.

2 DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Neste primeiro momento do trabalho busca-se delinear conceitos gerais sobre a prova no processo penal, para, em seguida, analisar a natureza jurídica da colheita compulsória de material biológico e as suas especificidades.

Segundo Aury Lopes Jr., o processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios pelos quais se fará essa reconstrução do fato passado³.

Da mesma forma, afirma Gustavo Badaró que o processo penal, normalmente, envolve uma controvérsia fática. Há uma imputação de fatos penalmente relevantes pelo Ministério Público ou pelo querelante e a negativa de tais fatos pela defesa. E, diante disso, o ponto mais complexo do processo é proceder à reconstrução histórica dos fatos, de acordo com as regras legais que disciplinam a investigação, a admissão, a produção e a valoração das provas⁴.

Destaca-se, de tal modo, a importância da prova para o processo penal, a sua necessidade para a reconstrução do fato penalmente imputado. A teoria geral da prova, disciplina que cuida das questões gerais, conceituais e finalísticas da prova, será aprofundada nos tópicos seguintes.

2.1 Teoria geral da prova

Ao longo da história, o Direito defrontou-se com o tema da construção da verdade, experimentando diversos métodos e formas jurídicas para sua obtenção, desde as ordálias e juízos de Deus, na Idade Média, em que o acusado submetia-se a determinada prova física (ou suplício), cuja superação, quando vitorioso, fazia reconhecida a veracidade de sua pretensão, até a introdução da racionalidade nos meios de prova⁵.

De uma verdade inicialmente revelada pelos deuses a outra, produzida a partir da prova racional, submetida ao contraditório e ao confronto dialético dos interessados em sua valoração,

³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, p. 193.

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 265.

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 327-328.

o Direito, em geral, — e, mais especificamente, a partir do século XVIII, com a evolução da processualização da jurisdição, o processo penal — sempre se ocupou da reconstrução judicial dos fatos tidos por delituosos, ora com a preocupação voltada exclusivamente para a satisfação dos interesses de segurança pública, ora com a atenção também dirigida para a proteção dos interesses do acusado, sobretudo quando este passou a ocupar a posição de sujeito de direitos no processo, e não de mero objeto⁶.

A prova é apontada como o meio pelo qual o juiz chega à verdade, convencendo-se da ocorrência ou inoocorrência dos fatos juridicamente relevantes para o julgamento do processo. Atualmente, tem-se consciência de que a verdade absoluta ou ontológica é algo inatingível. Verdade e certeza são conceitos relativos, a verdade atingida no processo nada mais é do que um elevado, ou elevadíssimo, grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido como as provas demonstram. Por outro lado, a certeza, enquanto aspecto subjetivo da verdade, também é relativa. O juiz tem certeza de um fato quando, de acordo com as provas produzidas, pode racionalmente considerar que uma hipótese fática é a preferível entre as possíveis. Ou seja, em linguagem mais simples, quando o juiz se torna convicto ou acredita firmemente, embasado nas provas, que o seu conhecimento é verdadeiro⁷.

O processo penal, destarte, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado. Por meio — essencialmente — das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade cognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade cognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença⁸.

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com os fatos, tal como efetivamente ocorrido no espaço e no tempo. A *reconstrução da verdade* mostra-se, portanto, das tarefas mais difíceis, quando não impossível⁹.

Apresentadas essas ideias iniciais, parte-se, agora, para a análise do conceito e da finalidade da prova.

⁶ *Ibidem*, p. 328.

⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 265.

⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, p. 193.

⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, p. 327.

2.1.1 Conceito e finalidade da prova

Quanto à etimologia, o termo ‘prova’ origina-se do latim — *probatio* —, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar — *probare* —, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar¹⁰.

Para Paulo de Sousa Mendes, no âmbito processual penal, a prova possui três definições: uma enquanto atividade probatória, uma enquanto meio de prova e outra enquanto resultado da atividade probatória. Na primeira acepção, refere-se ao esforço metódico pelo qual são demonstrados os fatos relevantes para a existência do crime, a punibilidade do arguido e a determinação da pena ou medida de segurança aplicáveis; na segunda, trata-se dos elementos com base nos quais os fatos relevantes podem ser demonstrados; e, por fim, a motivação da convicção do julgador acerca da ocorrência dos fatos relevantes, contanto que ela se conforme com os elementos adquiridos representativamente no processo e respeite as regras de experiência, as leis científicas e os princípios da lógica. E, portanto, devido a essa polissemia, o conceito da palavra *prova* deve ser esclarecido com base no contexto em que se insere¹¹.

Antonio Magalhães Filho, também acerca das definições da prova, entende que os dois primeiros sentidos — atividade probatória e meio de prova — dizem respeito à ótica objetiva, enquanto o terceiro — resultado da atividade probatória — refere-se à ótica subjetiva, decorrente da atividade probatória desenvolvida¹².

Já a finalidade da prova é convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso. Busca-se a verdade processual, ou seja, a verdade atingível ou possível. A verdade processual emerge durante a lide, podendo corresponder à realidade ou não, embora seja com base nela que o magistrado deve proferir sua decisão¹³.

Em suma, não existe um processo penal válido sem prova que o sustente, nem um processo penal legítimo sem respeito às garantias de defesa¹⁴.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*, p. 283.

¹¹ MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de direito processual penal*, p. 173.

¹² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, p. 33-34.

¹³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. I, p. 11.

¹⁴ BELEZA, Tereza Pizarro; PINTO, Frederico Costa. *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, p. 5.

2.1.2 Meios processuais

Nas palavras de Maria João Antunes, uma vez adquirida a notícia do crime e aberto o inquérito, tem lugar o conjunto de diligências que visam a investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade, bem como descobrir e recolher provas, objetivando a decisão sobre a acusação, a qual é depois comprovada na fase facultativa de instrução. Com a dedução da acusação ou com a prolação do despacho de pronúncia (ou com ambos), a causa é submetida a julgamento e nesta fase valem as provas que tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência, para o efeito de formação da convicção do tribunal quanto à existência de um crime, quanto à determinação de seus agentes e suas responsabilidades e quanto à determinação da sanção. É no enquadramento descrito que ganham relevo decisivo os denominados meios processuais: os meios de obtenção da prova e os meios de prova; as medidas cautelares e de polícia, as medidas de coação e as medidas de garantia patrimonial¹⁵.

Por corte temático, serão aprofundados apenas os conceitos de meios de obtenção da prova e meios de prova neste trabalho. Nada obstante, antes de ingressar nos detalhes atinentes a estes meios processuais, é importante compreender no que eles se distinguem.

De forma sucinta, Aury Lopes Jr. esclarece que meio de prova é a forma pela qual se oferecem ao juiz meios de conhecimento, de formação da história do crime, cujos resultados probatórios podem ser utilizados diretamente na decisão. Já os meios de obtenção da prova são instrumentos que permitem chegar-se à prova. Não é propriamente *a prova* senão os meios para sua obtenção. Não são por si fontes de conhecimento, mas servem para adquirir elementos materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória¹⁶.

Gustavo Badaró, resumidamente, afirma que os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática, enquanto os meios de obtenção da prova são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes, sim, aptos a convencer o julgador. Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e, dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos¹⁷.

¹⁵ ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*, p. 109.

¹⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, p. 198.

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 270.

Aponta, também, que em regra, os meios de obtenção da prova implicam restrição a direitos fundamentais do arguido, em geral liberdades públicas ligadas à sua privacidade ou intimidade ou à liberdade de manifestação do pensamento¹⁸.

A seguir, parte-se para a análise dos meios de prova e meios de obtenção da prova em espécie.

2.1.2.1 Meios de prova

Conforme já destacado, os meios de prova são os instrumentos pelos quais se leva ao processo um elemento de prova apto a revelar ao juiz a verdade de um fato.

O Código de Processo Penal (CPP) português prevê como meios de prova a prova testemunhal, as declarações do arguido, as declarações do assistente, as declarações das partes civis, a prova por acareação, a prova por reconhecimento, a reconstituição do fato, a prova pericial e a prova documental (arts. 128.º a 170.º)¹⁹.

Enquanto isso, no CPP brasileiro, estão elencados como meio de prova: o exame de corpo de delito e as perícias em geral (arts. 158 a 184), a confissão (arts. 197 a 200), as declarações do ofendido (art. 201), o depoimento das testemunhas (arts. 202 a 225), o reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228), a acareação (arts. 229 e 230), os documentos (arts. 231 a 238) e os indícios (art. 239).

2.1.2.2 Meios de obtenção da prova

Os meios de obtenção da prova, por sua vez, são instrumentos para a colheita de fontes ou elementos de prova.

Estão previstos como meios de obtenção da prova no CPP português os exames, as revistas, as buscas, as apreensões e as escutas telefônicas (artigos 171.º a 90.º)²⁰.

¹⁸ *Ibidem*, p. 271.

¹⁹ ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*, p. 119-120.

²⁰ *Ibidem*, p. 111.

No Código de Processo Penal brasileiro, somente há previsão expressa para as buscas e para as apreensões, estando os outros meios de obtenção da prova elencados em leis especiais: a interceptação das comunicações telefônicas (disciplinada na Lei n.º 9.296/1996); a interceptação ambiental (nominada na Lei n.º 9.034/1995); as chamadas *quebras* dos sigilos legalmente protegidos, como o financeiro (regidos pela Lei Complementar n.º 105/2001), o fiscal (Código Tributário Nacional, art. 198), o profissional, entre outros²¹.

2.2 As intervenções corporais como meio de obtenção de prova

A colheita compulsória de material biológico, no âmbito do processo penal, ocorre por meio de uma intervenção corporal, tem por finalidade a obtenção de prova pericial para esclarecer aspectos fáticos do processo, trata-se, deste modo, de um meio de obtenção de prova — um exame — que visa auxiliar na reconstrução hipotética do fato criminoso e no convencimento do julgador.

Para melhor compreender a natureza da colheita compulsória, é necessário estudar o significado de intervenções corporais. Gomez Amigo define-as como diligências preliminares de investigação e de obtenção e acautelamento de fontes de prova que recaem e são praticadas sobre a matéria física da pessoa, com o objetivo de comprovar a existência do fato punível e a participação do imputado, bem como o grau de responsabilidade, restringindo ou limitando, assim, seus direitos fundamentais no tocante à integridade física ou intimidade corporal, com caráter geral, e que são praticadas sem o consentimento do imputado, devendo ser decretadas no curso do processo em julgamento²².

Por sua vez, González-Cuéllar conceitua as intervenções corporais como medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem necessidade de obtenção de consentimento, por meio de coação física se preciso for, com o fim de descobrir circunstâncias

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 272.

²² NICOLITT, André Luiz. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: (lei 12.654/2012)*, p. 27 (*apud* AMIGO, Luis Gómez. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, p. 26).

fáticas que sejam de interesse para o processo, em relação com as condições ou estado físico ou psíquico do sujeito, ou com o fim de encontrar objetos escondidos nele²³.

Ressalta-se que estas intromissões podem ser com ou sem consentimento e podem estar ou não ligadas à investigação ou instrução criminal e, ainda, podem recair sobre o corpo de qualquer pessoa, não apenas do indiciado ou acusado²⁴.

Acerca da autoridade que pode determinar a colheita de material biológico, afirma Nicolitt que o debate doutrinário é grande, para alguns, a polícia e o Ministério Público (MP) poderiam proceder a intervenções corporais em casos de urgência. Há ainda os que entendem que, nos casos de intervenções *graves*, como as amostras de sangue, inspeções anais e vaginais, só podem ser realizadas com autorização judicial, contrário senso, nos demais casos, poderiam, por razões de urgência, ser realizadas pela polícia ou o Ministério Público²⁵.

Neste estudo, tem-se o enfoque nas intervenções corporais como ingerências sobre o corpo vivo do arguido, sem o seu consentimento, e que afetam seus direitos fundamentais e que possuam finalidade de instrução probatória no processo penal.

2.3 A prova de ADN no processo penal

Neste tópico serão abordados aspectos sobre genética humana e perícia forense, desde o conceito de ácido desoxirribonucleico (em Portugal ADN, em inglês DNA), aos procedimentos utilizados para comparação de materiais biológicos e a sua fiabilidade como prova no processo penal.

É necessário compreender, inicialmente, a natureza do material hereditário, como ele é acondicionado no genoma humano e como ele é transmitido de uma célula para a outra durante a divisão celular e de geração em geração durante a reprodução.

Cada corpo humano contém um enorme número de células, todas descendentes de sucessivas divisões de um único óvulo fertilizado. O material genético, ADN, está na forma de cromossomos microscópicos, localizados na parte interna da célula, o núcleo. Um óvulo fertilizado tem 23 pares de cromossomos, metade vinda da mãe e a outra metade do pai²⁶.

²³ *Ibidem*, p. 27 (apud GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 290).

²⁴ *Ibidem*, p. 28.

²⁵ *Ibidem*, p. 37.

²⁶ NATIONAL RESEARCH COUNCIL (Estados Unidos). *The evaluation of forensic DNA evidence*, p. 12.

O genoma humano consiste em uma quantidade grande de ADN que contém na sua estrutura a informação genética necessária para especificar todos os aspectos da embriogênese, do desenvolvimento, do crescimento, do metabolismo e da reprodução — essencialmente todos os aspectos que fazem do ser humano um organismo funcional²⁷.

Antes da divisão celular, cada cromossomo se divide em dois. Devido à precisão da distribuição dos cromossomos no processo de divisão celular, cada célula-filha recebe cromossomos idênticos, duplicados dos 46 na célula-mãe. Assim, cada célula do corpo deve ter a mesma composição cromossômica. Isso significa que células de vários tecidos, como sangue, cabelo, pele e sêmen, têm o mesmo conteúdo de ADN e, portanto, fornecem a mesma informação forense²⁸.

Cada célula nucleada do corpo carrega sua própria cópia do genoma humano, que contém, de acordo com estimativas atuais, cerca de 25.000 genes. Os genes, unidades de informação genética, são codificados no ADN, organizados em várias organelas denominadas cromossomos no núcleo de cada célula²⁹.

Hoje, é possível afirmar que o ADN torna cada indivíduo único — exceto gêmeos univitelinos, que emergem do mesmo óvulo. Conforme o exposto, no ADN estão condensadas as informações genéticas que determinam as características químicas e físicas do ser humano. Os genes carregam informações para produzir todas as proteínas exigidas por um organismo. Essas proteínas determinam como um organismo se parece, quão bem ele combate uma infecção e, às vezes, como se comporta. A técnica forense de determinação de ADN examina locais ao longo da molécula que são altamente variáveis de uma pessoa para outra, permitindo, assim, a obtenção da impressão genética de um sujeito³⁰.

A identificação de indivíduos com base no perfil de ADN é um procedimento muito útil ao campo probatório no processo penal, podendo auxiliar na reconstrução fática de um crime. Notadamente, pela determinação do perfil genético e pela sua comparação em amostras biológicas recolhidas no local do crime ou no corpo da vítima com as amostras de um suspeito da prática do fato delituoso.

O ADN de cada pessoa permanece o mesmo ao longo de sua vida e a composição da molécula de ADN é igual em todo o corpo. No entanto, um detalhe interessante é que a impressão genética com base no ADN não examina todas as áreas da molécula.

²⁷ PIERCE, Benjamin A. *Genética: um enfoque conceitual*, p. 38.

²⁸ NATIONAL RESEARCH COUNCIL (Estados Unidos). *The evaluation of forensic DNA evidence*, p. 12.

²⁹ NUSSBAUM, Robert L; MCINNES, Roderick R.; WILLARD, Huntington F. *Thompson & Thompson, genética na medicina*, p. 23.

³⁰ TAUPIN, Jane Mora. *Introduction to forensic DNA evidence for criminal justice professionals*, p. 4.

Por mais que cada ser humano possua uma impressão genética distinta, a diferença ocorre apenas em uma pequena parcela da informação genética armazenada, sendo que aproximadamente 99,9% da informação contida no ADN é igual entre pessoas diferentes. Portanto, os exames para comparar o perfil genético de indivíduos diferentes se preocupam com parcelas muito pequenas e específicas do ADN, buscando nelas diferenças na sequenciação genética³¹.

As duas técnicas principais para a obtenção da impressão genética, e conseqüente comparação, são conhecidas por: Polimorfismo de Comprimento de Fragmento de Limitação (RFLP) e Reação em Cadeia da Polimerase (PCR).

O RFLP foi a técnica inicialmente utilizada para a sequenciação do ADN, ela envolve a utilização de enzimas para cortar o ADN em pequenos fragmentos, separados de acordo com seus tamanhos por um processo de eletroforese em gel. Este procedimento é realizado em ambas amostras de material genético a serem comparadas, posteriormente os fragmentos são separados do gel para uma membrana de nylon, na qual é inserida uma sonda radioativa. Estas membranas são colocadas em um filme sensível a raios X. Como resultado, as posições dos fragmentos de ADN carregando as sondas radioativas aparecem como uma série de linhas que se assemelham a códigos de barras. Esses códigos têm duas qualidades importantes: o padrão varia de pessoa para pessoa, permitindo a caracterização do ADN de um indivíduo; e os padrões são herdados, fornecendo informações sobre relacionamentos familiares³².

Esta técnica apresentava algumas inconveniências, o material genético a ser analisado precisava de grandes quantidades de ADN e estar em boas condições de qualidade, além disso, a exposição a alguns ambientes degrada o ADN, podendo ficar impossibilitada a análise por RFLP.

Por tais motivos, foi atualmente substituída pelo método PCR, procedimento similar a um fotocopiador molecular, pelo qual é possível a amplificação exponencial de quantidades extremamente pequenas de ADN, com o objetivo de fornecer material o suficiente para a identificação genética e posterior comparação³³.

O primeiro caso criminal a utilizar a identificação genética como elemento probatório ocorreu na Inglaterra, em 1983, quando uma menina de 15 anos, L. M., foi encontrada morta,

³¹ *Ibidem*, p. 4.

³² NATIONAL RESEARCH COUNCIL (Estados Unidos). *The evaluation of forensic DNA evidence*, p. 15-16.

³³ BUCKLETON, John S.; BRIGHT, Jo-Anne; TAYLOR, Duncan. *Forensic DNA evidence interpretation*, p. 3-4.

com indícios de ter sido vítima de estupro. Três anos depois, D. A., de 15 anos, também foi encontrada nas mesmas condições nas proximidades. Um porteiro de cozinha de 17 anos confessou o segundo assassinato, mas não o primeiro, no entanto, a polícia estava convencida de que ambos assassinatos teriam sido praticados pelo mesmo criminoso³⁴.

O órgão policial encarregado da investigação pediu ao professor Alec Jeffreys, da Universidade de Leicester, que analisasse as amostras de sêmen encontradas nos corpos das vítimas utilizando a sua nova técnica de identificação genética. Ela havia sido recentemente divulgada na mídia inglesa por haver resolvido uma disputa de testagem de parentesco em um caso de imigração. Concluiu-se que o sêmen encontrado nas vítimas possuía o mesmo perfil de ADN, mas era diferente do ADN do porteiro da cozinha³⁵.

Assim, foi conduzida pela polícia a colheita do material genético de 3.000 homens que moravam na região próxima ao local dos assassinatos. Um destes indivíduos, identificado como C. P., persuadiu um colega de trabalho a doar uma amostra de material genético em seu lugar, mas sua dissimulação foi descoberta pelas autoridades, e após a comparação de sua identificação genética, esta correspondeu com o sêmen encontrado nas vítimas e ele acabou sendo condenado pelos dois homicídios em 1988³⁶.

Este caso demonstra como a identificação genética pela análise do ADN pode ser útil ao processo penal, auxiliando o Estado na busca pela verdade material.

A impressão genética pelo ADN, conforme exposto, possui um alto grau de fiabilidade. Porém, existem riscos associados a se confiar estritamente nas probabilidades estatísticas do ADN na determinação da culpa em um processo. Evidências de ADN são apenas um elemento circunstancial probatório e não provam, por si só, que um suspeito seja, de fato, o criminoso.

A produção científica realizada em laboratório aparece como a mais legítima, objetiva e neutra, talvez por ser a imagem que mais se aproxima das representações sociais dominantes da ciência. Por isso, exames científicos que utilizam técnicas e tecnologias entendidas como exclusivas dos especialistas, como é o caso dos testes de ADN, são entendidos como inquestionáveis. Já outros tipos de exames, como por exemplo, as avaliações psiquiátricas, determinações de incapacidade ou doença temporárias, são encarados com mais reserva, como

³⁴ TAUPIN, Jane Moira. *Using forensic DNA evidence at trial: a case study approach*, p. 3.

³⁵ *Ibidem*, p. 4.

³⁶ *Ibidem*, p. 4.

podendo estar sujeitos ao enviesamento dos resultados pela ação de diversos fatores, como por exemplo, a subjetividade do cientista ou pressões exteriores³⁷.

Nada obstante, a identificação genética pelo ADN é executada e interpretada por seres humanos e, portanto, como todos os testes científicos, está sujeita a controle de qualidade e eventuais erros.

³⁷ COSTA, Susana; MACHADO, Helena Cristina; NUNES, João Arriscado. *O ADN e a justiça: a biologia forense e o direito como mediadores entre a ciência e os cidadãos*, p. 225.

3 O CONFLITO DE FINALIDADES NO PROCESSO PENAL

Neste momento do trabalho, já apresentados os principais conceitos necessários para compreender a prova no processo penal e a função da colheita compulsória de material biológico do arguido, parte-se agora para a análise do conflito de finalidades no processo penal que surge com a determinação da referida medida.

Para Figueiredo Dias, o verdadeiro fim do processo penal é a descoberta da verdade e a realização da justiça³⁸. Também são finalidades do processo penal a proteção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas (do arguido, mas também das outras pessoas) e o restabelecimento da paz jurídica³⁹.

É certo que a descoberta da verdade material, no âmbito do processo penal, não pode ser admitida a todo custo, há de se respeitarem procedimentos válidos e admissíveis, o que significa, desde logo, integral respeito pelos direitos fundamentais das pessoas envolvidas no processo.

Deste modo, o processo penal alcança a sua perfeição com o ponto de encontro do interesse público da repressão criminal rápida e segura com o interesse particular dos arguidos numa justiça que lhes ofereça suficientes garantias de defesa contra uma condenação injusta⁴⁰.

O reconhecimento destas como as finalidades do processo penal implica a impossibilidade de sua integral harmonização, em todos e na generalidade dos problemas concretos do processo penal, sendo por isso, ao longo do processo, necessário operar a concordância prática das finalidades em conflito, atribuindo a cada uma a máxima eficácia possível. E isso significa, sem colocar em causa a dignidade da pessoa humana, limite de toda e qualquer atuação do Estado, de forma muito clara que, em função dos interesses em confronto, ora haverá que dar preponderância a uma das finalidades, ora poderá haver necessidade de dar prevalência à outra⁴¹.

Conforme demonstrado no capítulo anterior, a colheita compulsória no processo penal visa à obtenção de material genético suficiente do arguido para a determinação de seu perfil de ADN, por meio de exame, e posterior comparação com amostras biológicas recolhidas na vítima ou no local do crime.

³⁸ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*, p. 43.

³⁹ ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*, p. 14.

⁴⁰ PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. *A constituição e o processo penal*, p. 46-47.

⁴¹ SILVA, Pedro Filipe Gama da. *A prescrição como causa de extinção da responsabilidade criminal*, p. 44.

Essa forma de intromissão no corpo do arguido, mesmo que possua a finalidade de descoberta da verdade e de concretização da justiça, pode afetar, limitar ou restringir os seus direitos fundamentais. Há aqui uma questão delicada, pois conclusões acerca da admissibilidade deste instituto como meio probatório dependem da resposta dada a tal conflito.

Entre as potenciais violações de direitos fundamentais do arguido, inserem-se a dignidade da pessoa humana, o direito à integridade pessoal, o direito à reserva da intimidade da vida privada, o direito à autodeterminação informacional e o direito à não autoincriminação.

Conforme disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), incorporada em ambos ordenamentos jurídicos, português e brasileiro, em seu art. 29.º, n.º 2, no exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.

Recentemente, foram inseridos na legislação, tanto portuguesa, quanto brasileira, regimes jurídicos para a criação de uma base de dados de perfis de ADN, em Portugal pela Lei n.º 5/2008, e no Brasil pelas Leis n.ºs 12.037/2009 e 12.654/2012, sendo que, em ambas os casos, existe uma autorização para a colheita compulsória de material biológico.

Os detalhes acerca das referidas legislações serão abordados em momento oportuno, por ora, o enfoque recai sobre os conflitos de princípios envolvidos nesta medida. Questiona-se aqui, o limite da atuação do Estado na busca pela verdade, quando esta afeta, limita ou restringe os direitos do arguido, notadamente, em relação às colheitas compulsórias de material biológico para fins de investigação criminal.

3.1 A realização da justiça e a descoberta da verdade material

A realização da justiça e a descoberta da verdade material são apontadas como o fim principal do processo penal, pois é o conjunto probatório presente nos autos que faz a aproximação entre a realidade e a ocorrência dos fatos, o que permite ao julgador a correta aplicação da lei no caso concreto.

A verdade processual traduz-se em um valor que legitima a atividade jurisdicional, não se podendo considerar justa uma sentença que não tenha sido precedida de um processo

estruturado segundo regras que possibilitem uma correta verificação dos fatos. Justiça e verdade são, portanto, noções complementares ao exercício do poder⁴².

Existe, no entanto, grande debate doutrinário acerca da *verdade judicial*, não faltam correntes que negam a possibilidade de se atingir um conhecimento verdadeiro dos fatos. Não só quanto aos fatos processuais, mas em relação a todo e qualquer fato, a verdade seria inalcançável⁴³.

Todavia, mesmo que a impossibilidade de se atingir um conhecimento absoluto ou uma verdade incontestável dos fatos seja admitida, não é possível abrir mão da busca da verdade, que é o único critério aceitável como premissa para uma decisão justa.

Em outra análise, o princípio da verdade material se contrapõe ao princípio dispositivo, este representa uma verdade conscientemente assumida como produto contingente do confronto entre as provas concorrentes apresentadas pelas partes e apreciadas pelo julgador segundo critérios probabilísticos, e aquele, uma verdade investigada pelo julgador independentemente das contribuições das partes, na expectativa de assim conseguir descobrir a realidade do fato histórico sujeito a julgamento⁴⁴.

A concepção dispositiva corresponde a uma estrutura acusatória pura ou adversarial, que vigora na Inglaterra e nos Estados Unidos. Enquanto da concepção de verdade material resultariam consequências totalmente opostas às anteriores, se porventura subsistisse ainda o processo penal de estrutura inquisitória⁴⁵.

Contudo, em Portugal e no Brasil, é adotado um sistema misto⁴⁶, isto é, com feições acusatórias e inquisitoriais. Neste sistema, a verdade material aparece como um princípio integrador da estrutura acusatória do processo penal, tendo as seguintes consequências: cabe à acusação a apresentação das provas suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente; cabe à acusação sustentar em juízo as conclusões de fato que haja extraído da prova produzida e que permitam motivar a condenação do arguido; o tribunal pode ordenar de ofício a produção de prova cujo conhecimento lhe afigure necessário à descoberta da verdade; a defesa fica desonerada de produzir quaisquer meios de prova favoráveis ao arguido; nem sequer o arguido confessar os fatos integralmente e sem reservas significa que tenha de ser condenado⁴⁷.

⁴² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, p. 265 (apud GÖSSEL, Karl Heinz. *El principio de Estado de Derecho em su significado para el proceso penal*, p. 23).

⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*, p. 20.

⁴⁴ MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de direito processual penal*, p. 216.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 216.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 32.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 216-217.

Compreende-se, assim, que o princípio da verdade material, em sua concepção atual, não busca legitimar eventuais desvios de autoridades públicas, nem de justificar uma atuação judicial substitutiva do Ministério Público. Devem ser observados os princípios e as garantias legais dos indivíduos para que o processo penal, efetivamente, atinja as suas finalidades.

3.2 A proteção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas

As intervenções corporais, destacadamente a colheita compulsória de material biológico do arguido, podem, conforme já afirmado, afetar os direitos fundamentais do indivíduo, e este fenômeno gera um conflito entre os fins do processo penal, uma vez que o Estado deve, ao mesmo tempo, buscar a verdade material e garantir os direitos do arguido. Nos seguintes tópicos, busca-se demonstrar quais os direitos que entrariam em conflito e a razão disto.

3.2.1 A dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana não é propriamente um direito, mas sim uma qualidade inerente a todo ser humano. Ela confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais⁴⁸.

Em Portugal, o princípio da dignidade da pessoa humana está enunciado no art. 1.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), assentando que Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

No Brasil, está enunciado no art. 1º, III da Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB), no qual afirma-se que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania (I), a cidadania (II), a *dignidade*

⁴⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, tomo IV*, p. 180.

da pessoa humana (III), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (IV) e o pluralismo político (V).

Segundo Suzana Tavares da Silva, a dignidade da pessoa humana é um bom ponto de partida para a sustentação teórica e filosófica do regime jurídico dos direitos fundamentais, sobretudo nos constitucionalismos da Europa Ocidental⁴⁹.

A dignidade humana é referida como valor fundante não só no texto de diversas constituições europeias e em todas as cartas e declarações de direitos humanos do período pós-guerra, mas também em outros constitucionalismos como o chinês, o japonês e o indiano⁵⁰.

Para José Afonso da Silva, a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. O conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma ideia qualquer apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade da pessoa humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir a teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana⁵¹.

Por sua vez, João Carlos Loureiro vê um valor intrínseco na dignidade da pessoa humana, que estaria originariamente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética e que alicerça uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num conjunto de deveres e de direitos correlativos⁵².

Uma república baseada na dignidade da pessoa humana tem o indivíduo como conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual, perante as perspectivas históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, genocídios étnicos), a dignidade da pessoa humana significa o reconhecimento do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da república. Neste sentido, esta é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve a seus aparelhos político-organizatórios⁵³.

Compreende-se até aqui, referente à dignidade da pessoa humana, que não se trata propriamente de um direito, mas, sim, de um fundamento para o regime dos direitos

⁴⁹ SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*, p. 26.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 26 (apud DÜWELL, Marcus et al. *The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives*).

⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 107.

⁵² LOUREIRO, João Carlos. *Os genes do nosso (des)contentamento (dignidade humana e genética: notas de um roteiro)*, p. 184.

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 225.

fundamentais, com base nela, e em sua interpretação, surgem os valores humanos mais importantes, que devem ser protegidos e respeitados pelo Estado.

Quando se afirma que, na sujeição compulsória a exame, há uma possível colisão entre a descoberta da verdade material e a dignidade da pessoa humana, entende-se que a referida medida estaria violando alguma das exigências de valor da projeção de dignidade humana em cada preceito constitucional. De tal modo, parte-se ao estudo dos direitos fundamentais específicos que poderiam ensejar tal violação.

3.2.2 O direito à integridade pessoal

O direito à integridade pessoal abrange as duas componentes, a moral e a física, de cada pessoa. Consiste, primeiro que tudo, num direito a não ser agredido ou ofendido, no corpo ou no espírito, por meios físicos ou morais⁵⁴.

O significado de integridade é: estado ou característica daquilo que está inteiro, que não sofreu qualquer diminuição; plenitude; característica ou estado daquilo que se apresenta ileso, intato, que não foi atingido ou agredido⁵⁵.

Em Portugal, está previsto no art. 25.º da CRP que a integridade moral e física das pessoas é inviolável, e ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.

Há, também, previsão no art. 126.º, n.º 1 e 2 do Código de Processo Penal (CPP) de que as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas são nulas, não podendo ser utilizadas. São ofensivas da integridade física as provas, mesmo que com o consentimento da pessoa, quando obtidas mediante perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e promessa de vantagem legalmente inadmissível.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 176.

⁵⁵ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*, p. 1630.

Já, no Brasil, a integridade pessoal das pessoas está contida em vários dispositivos constitucionais, principalmente no art. 5º, III, XLVII, alínea e) e XLIX, que afirma, respectivamente, que: ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, não haverá penas cruéis, e é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

A integridade física constitui um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo. Daí que as lesões corporais são punidas pela legislação penal, qualquer pessoa que a provoque fica sujeita às penas da lei. Enquanto o aspecto moral da integridade sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial⁵⁶.

Como demonstrado no capítulo anterior, a colheita compulsória de material biológico envolve uma intervenção corporal, seja por coleta de sangue, saliva ou fio de cabelo, há uma invasão (com graus variáveis, a depender do método utilizado) no corpo do arguido e, mesmo que ínfima, uma violação de sua integridade física e moral.

Helena Moniz entende que a recolha de amostras do corpo do arguido constitui um comportamento que integra o tipo legal de crime de violação da integridade física, a não ser que ocorra uma causa de exclusão da ilicitude como, por exemplo, o consentimento⁵⁷.

Sónia Fidalgo acrescenta que os avanços tecnológicos verificados na área da engenharia genética permitem a análise de ADN a partir de outras amostras biológicas para além do sangue (esperma, saliva, urina, pelos). Por este motivo, há quem considere que a colheita de material biológico, em si mesma considerada, não chega a constituir, verdadeiramente, um atentado à integridade física — tratar-se-á de agressão insignificante. Haverá ofensa à integridade física apenas no caso de o arguido recusar a colaboração e a colheita ser feita com recurso à força sobre o corpo do arguido. Deste modo, o que poderá constituir um atentado à integridade física não será propriamente a colheita do material, mas o modo como a colheita é realizada. Discorda, no entanto, recusando a ideia de que só haverá ofensa à integridade física se houver recurso à força no momento da colheita. Quanto à proteção da integridade moral, dada a natureza imaterial do bem jurídico em causa, o problema torna-se ainda mais complexo. No concreto âmbito da prova em processo penal, a violação da

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 203.

⁵⁷ MONIZ, Helena. *Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais*, p. 250.

integridade moral traduzir-se-á na perturbação da liberdade de vontade ou de decisão e da capacidade de memória ou de avaliação⁵⁸.

Parte da doutrina entende que o direito à integridade física não protege apenas contra um determinado grau de ofensa nem apenas contra aquelas que causem lesões corporais. Segundo esta tese, qualquer extração de amostras biológicas — independentemente da forma como é executada e do tipo de amostra que é extraída — viola o direito em causa e integra o tipo de ilícito de agressão à integridade física, exceto quando se verifique uma causa de exclusão de ilicitude, como seja o consentimento⁵⁹.

Não será aprofundada a existência de violação da integridade pessoal quando há o consentimento do arguido para a realização de exame. Contudo, uma vez que não houver o consentimento, a intervenção corporal lesionará o direito de integridade do indivíduo. Quando realizada por meio de colheita de sangue é mais fácil perceber a referida lesão, pois há uma redução de substância corporal que pode, inclusive, causar desconforto físico moderado ao examinado. Ressalta-se, no entanto, que com os avanços tecnológicos no campo da genética forense, hoje, é plenamente possível a colheita de materiais biológicos menos invasivos, como a saliva ou o fio de cabelo, nestes casos a violação à integridade pessoal ainda persiste, mas de uma forma muito reduzida. Já a necessidade do uso de força para a realização do exame, em ambos os casos, por sangue ou por saliva e fio de cabelo, sem dúvida gera um constrangimento à integridade física e moral do indivíduo.

Outra questão, no entanto, é se, nesse caso, a restrição da integridade pessoal é aceitável ou legítima, tendo em vista o objetivo perseguido, de descoberta da verdade, ponto este que será analisado nos próximos capítulos.

3.2.3 O direito à reserva da intimidade da vida privada

O direito à reserva da intimidade da vida privada consta expresso no art. 26.º, n.º 1 da CRP, que enuncia o reconhecimento a todos dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação,

⁵⁸ FIDALGO, Sónia. *Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal*, p. 122-123.

⁵⁹ RAPOSO, Vera Lúcia. *CSI — Quando a ficção se torna realidade*, p. 101.

à imagem, à palavra, à *reserva da intimidade da vida privada* e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.

No Brasil, a previsão está no art. 5º, X da CRFB em que se dispõe serem invioláveis *a intimidade, a vida privada*, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Gomes Canotilho e Vital Moreira concebem que no direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar analisam-se principalmente dois direitos menores: o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem⁶⁰.

De forma similar, Lucrecio Delgado diz que se trata do direito que toda a pessoa tem a que permaneçam desconhecidos determinados aspectos de sua vida, assim como a controlar o conhecimento que terceiros tenham dela⁶¹.

Para Marta Botelho o direito à reserva de intimidade da vida privada, enquanto direito fundamental, consiste em haver garantias efetivas contra a obtenção ou a utilização abusiva ou contrária à dignidade humana de informações relativas às pessoas ou às famílias⁶².

A intromissão envolvida na colheita compulsória de material biológico estaria colocando em causa a primeira dimensão do referido direito, ou seja, impedir o acesso de estranhos a informações sobre a sua vida privada.

3.2.4 O direito à autodeterminação informacional

Na Constituição da República Portuguesa, o direito à autodeterminação informacional se subtrai da conjunção entre os arts. 26.º e 35.º.

No Brasil, até o momento, não há na CRFB, nem na legislação infraconstitucional previsão específica do direito de proteção aos dados pessoais⁶³. Contudo, a não declaração expressa de um direito fundamental não implica na sua não existência. Ana Maria Navarro afirma, em síntese, que a existência do direito fundamental à autodeterminação informativa

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 181.

⁶¹ DELGADO, Lucrecio Rebollo. *El derecho fundamental a la intimidad*, p. 94.

⁶² BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena. *Utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico*, p. 198.

⁶³ MENDONÇA, Fernanda Graebin. *O direito à autodeterminação informativa: a (des)necessidade de criação de um novo direito fundamental para a proteção de dados pessoais no Brasil*, p. 18.

pode ser declarada pelos juízes e tribunais do país ou pelas instituições públicas brasileiras, em suas atividades deliberativas, por força de uma interpretação constitucional construtiva desenvolvida à luz do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 — o qual consagra que os direitos e garantias expressos na CFRB não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte⁶⁴.

Segundo Costa Andrade, o direito à autodeterminação informativa significa cada indivíduo ter o domínio exclusivo sobre a informação relativa aos seus dados pessoais, seja quanto à recolha, ao tratamento, à divulgação ou a sua utilização⁶⁵.

O direito à autodeterminação informativa se diferencia do direito à reserva da vida privada, pois, no segundo busca-se evitar que terceiros obtenham informações pessoais do indivíduo, já no primeiro, busca-se o controle pelo indivíduo de seus dados pessoais.

Para Regina Ruaro, entender o direito à privacidade, em especial à autodeterminação informativa, como um empecilho à segurança pública é preocupante. Essa tendência de se priorizar a ordem em detrimento de garantias inerentes a todo ser humano é merecedora de uma revisão histórica. Enfatiza, porém, que não se está condenando os avanços tecnológicos obtidos no âmbito de tratamentos de dados e no dos chamados sistemas de segurança. O que se defende é que a coleta de informações seja procedida com a devida observância dos direitos e garantias fundamentais⁶⁶.

3.2.5 O direito à não autoincriminação (*nemo tenetur*)

Por direito (ou privilégio) à não autoincriminação compreende-se, sucintamente, que qualquer pessoa acusada da prática de um ilícito penal não tem o dever de produzir prova em seu desfavor, tendo como sua manifestação mais tradicional o direito ao silêncio⁶⁷.

⁶⁴ NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. *O direito fundamental à autodeterminação informativa*, p. 16-19.

⁶⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico, SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, p. 22.

⁶⁶ RUARO, Regina Linden. *Privacidade e autodeterminação informativa obstáculos ao estado de vigilância*, p. 57-58.

⁶⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*, p. 1.

Todavia, o direito à não autoincriminação, que assegura esfera de liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado, não se resume ao direito ao silêncio. Parece acertado referido entendimento, de acordo com as características dos direitos fundamentais. Nelas se dá ênfase à proteção do indivíduo contra excessos e abusos por parte do Estado⁶⁸.

É costume alcinhar, em processo penal, o direito à não autoincriminação pelo brocardo latino *nemo tenetur prodere seipsuim, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (ninguém pode ser compelido a depor contra si próprio, porque ninguém é obrigado a autoincriminar-se)⁶⁹. Atualmente, no entanto, opta-se pelos termos *nemo tenetur se ipsum accusare* (ninguém é obrigado a se acusar) ou *nemo tenetur se detegere*. (ninguém é obrigado a se descobrir).

Quanto ao cenário português, a CRP não tutela expressamente o *nemo tenetur*, a consagração expressa do princípio surge no CPP, na vertente do direito ao silêncio (arts. 61.º, n.º 1, al. d), 132.º, n.º 2, 141.º, n.º 4, a), e 343.º, n.º 1, do CPP. Malgrado a ausência de previsão na CRP, tanto a doutrina como a jurisprudência portuguesa são unânimes quanto à natureza constitucional implícita do *nemo tenetur*. O princípio goza de consagração constitucional implícito no Direito português e desdobra-se numa série de corolários, o mais importante dos quais é o direito ao silêncio⁷⁰.

Figueiredo Dias, no mesmo sentido, afirma que, não obstante o princípio *nemo tenetur* — seja na sua vertente de direito ao silêncio do arguido, seja na sua dimensão de *privilégio* do arguido contra uma autoincriminação — não está expresso e diretamente consagrado no texto constitucional, a doutrina e a jurisprudência portuguesas são unânimes, no entanto, não só quanto à vigência daquele princípio no direito processual penal português, como quanto à sua natureza constitucional⁷¹.

Paulo Mendes, sobre o tema, entende, também, que o princípio segundo o qual ninguém deve ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação, que engloba o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova, não consta expressamente do texto da CRP. Há, contudo, quem baseie o princípio muito simplesmente nas garantias processuais, consagrada genericamente nos artigos 20.º, n.º 4, *in fine*, e 32.º, n.º 1 da CRP. Outros, porém, consideram, não obstante aceitarem tais garantias processuais como fundamento direto e imediato do *nemo tenetur*, que este princípio carece ainda de uma fundamentação última de

⁶⁸ *Ibidem*, p. 54-55.

⁶⁹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, p. 392.

⁷⁰ DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito à não autoinculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, p. 14-15.

⁷¹ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*, p. 39.

caráter não processualista, mas antes de ordem material ou substantiva, ligando-o desta feita aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1.º CRP. Seja como for, o princípio *nemo tenetur* é consensualmente aceito⁷².

No Brasil, o princípio foi inserido, pela primeira vez, em âmbito constitucional, na CRFB de 1988, no título que trata dos direitos e garantias fundamentais. Prevê o art. 5º, LXIII que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado. Apesar da inovação em sede constitucional, o ordenamento jurídico brasileiro já conhecia o princípio, previsto na legislação processual penal anterior à CRFB.

Nas palavras de Nucci, sobre o direito à não autoincriminação no Brasil, entende tratar-se de uma *imunidade*, significa que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo. Para ele, o princípio decorre da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5.º, LVII) e da ampla defesa (art. 5.º, LV) com o direito humano fundamental que permite ao réu manter-se calado (art. 5.º, LXIII). Se o indivíduo é inocente, até que seja provada sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo. O Estado é a parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o suposto autor da infração penal, prescindindo, pois, de sua colaboração. Seria a admissão de falência de seu aparato e fraqueza de suas autoridades se dependesse do suspeito para colher elementos suficientes a sustentar a ação penal⁷³.

Para Carlos Haddad, apesar de a previsão na CRFB restringir-se ao *direito de permanecer calado*, o princípio contra a autoincriminação abrange todas as ações, verbais ou físicas, capazes de contribuir para a própria condenação. A permanência em silêncio do acusado; a impossibilidade de coagi-lo a confessar a prática do crime; a recusa em submeter-se a intervenções corporais e a participar da reconstituição do crime; a negativa em sujeitar-se ao exame de dosagem etílica em delitos de trânsito; a oposição à entrega de documentos que possam comprometê-lo; a objeção em prestar juramento, todos esses comportamentos, por trazerem potencial lesão ao direito de defesa do acusado, são geralmente indicados pela doutrina como encobertos pela máxima⁷⁴.

⁷² MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de direito processual penal*, p. 125-126.

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*, p. 65.

⁷⁴ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação*, p. 42.

Outros autores, divergindo, defendem que impera como critério para definir a incidência do princípio contra a autoincriminação a distinção entre exigir-se uma atividade positiva de colaboração do acusado, hipótese em que poderia invocá-lo, e a mera sujeição passiva, para a qual se excluiria a prerrogativa⁷⁵.

O resultado do confronto, na colheita compulsória de material genético, entre o *nemo tenetur* e a descoberta da verdade pelo Estado, dependerá em grande parte da aceção de não autoincriminação adotada, se esta se refere apenas ao direito de silêncio, ou se também abarca a sujeição do arguido a exames.

Por ora, deixa-se essa questão em aberto para passar-se à análise jurisprudencial e compreensão de como os tribunais portugueses e brasileiros encararam os conflitos referidos neste capítulo.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 56.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL LUSO-BRASILEIRA

Apresentada a colheita compulsória como meio de obtenção de prova e os possíveis conflitos de finalidade que este exame acarreta, parte-se agora ao estudo dos principais julgados dos tribunais superiores portugueses e brasileiros que norteiam o tema investigado.

4.1 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007

Em Portugal, a colheita compulsória de material biológico tem como importante marco teórico o acórdão n.º 155 de 2007⁷⁶ do processo n.º 695 de 2006 do Tribunal Constitucional. Neste acórdão firmou-se o posicionamento que é adotado em Portugal até os dias atuais.

Para contextualizar a decisão, deve-se entender como o processo teve início. Em um inquérito pendente no Departamento de Investigação e Ação Penal do Porto, no início do ano de 2005, investigavam-se fatos que, em abstrato, poderiam caracterizar a prática de dois crimes de homicídio qualificado.

Foram coletados vestígios biológicos no local do crime e acreditava-se que alguns destes pertenceriam ao autor do crime. Após investigação, foram identificados suspeitos da prática do delito, estes foram ouvidos como arguidos e posteriormente convidados a prestar consentimento para a recolha de zaragatoas bucais — exame no qual é inserido um pincel dentro da cavidade bucal do paciente para coletar sua saliva — com a finalidade de determinar seu perfil genético e consequentemente comparar com o perfil dos vestígios coletados no local do crime.

Após um dos arguidos negar-se a comparecer para o exame, foi proferido pelo Ministério Público despacho, com fundamento no artigo 172, n.º 1, do Código de Processo Penal português, que afirmava que o arguido poderia ser compelido por decisão de autoridade judiciária competente à realização de exame, determinando que o arguido comparecesse para a colheita de material biológico.

Em 20 de setembro de 2005, no Instituto Nacional de Medicina Legal do Porto, procedeu-se à referida diligência. Foi perguntado ao arguido se este faria o exame

⁷⁶ Ac. disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>>.

voluntariamente. O arguido disse que não o faria e assinou uma declaração de recusa do ato, a seguir o advertiram que a coleta ocorreria independentemente de sua cooperação, e que, se necessário, usariam força. O arguido afirmou que não iria exercer qualquer ato de violência e abriu a boca, permitindo a recolha da saliva.

No dia seguinte, o arguido requereu ao Juiz de Instrução Criminal que fosse declarada ilegal a prova obtida através de sua sujeição compulsória. No entanto, o juízo julgou improcedente o seu pedido.

Inconformado, o arguido interpôs recurso ao Tribunal da Relação do Porto, defendendo que:

1. No direito português vigente só o consentimento livre e esclarecido do arguido pode legitimar a sua submissão a uma colheita de material biológico para análise de ADN;

2. Uma vez que o arguido e ora recorrente manifestou a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita, foi manifestamente ilegal e até criminalmente ilícita a sua realização compulsória, por manifesta falta do indispensável suporte legal – lacuna essa que o intérprete e aplicador da lei não estão, por si, legitimados a colmatar;

3. Dever-se-ia ter reconhecido e declarado a ilegalidade da sobredita colheita, nos termos em que ela teve lugar, com todas as legais consequências, a começar pela proibição absoluta de valoração da(s) prova(s) assim obtida(s) e sem esquecer a devida instauração do adequado procedimento criminal contra todos quantos determinaram, efetuaram, colaboraram ou por qualquer forma participaram na dita colheita ilegal, assim incorrendo na prática de um crime contra a integridade pessoal do ora recorrente;

4. Decidindo de forma diversa, o Juízo *a quo* violou, entre outras, as normas contidas nos arts. 25.º, 26.º, n.º 1, e 32.º, n.º 8, todos da CRP, o art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o art. 12 da DUDH, o art. 17º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e os arts. 126, n.º 1, 2 als. a) e c) e 3, bem como o art. 172, n.º 1, ambos do CPP;

5. De resto, sempre estaria ferida de inconstitucionalidade a norma do art. 172.º, n.º 1, do CPP, interpretada no sentido de possibilitar ao MP ordenar a colheita compulsória de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético, quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita;

6. Da mesma forma que seria igualmente inconstitucional a norma do art. 126.º, n.ºs 1, 2 – als. a) e c), e 3, do CPP, quando interpretada no sentido de considerar válida e, conseqüentemente, suscetível de ulterior utilização e valoração, a prova obtida por meio da colheita efetuada nos moldes descritos na conclusão anterior.

Ainda, o recorrente juntou aos autos um parecer de Manuel da Costa Andrade, em que se sustentava que no direito positivo vigente em Portugal não é juridicamente admissível impor a recolha compulsória de substâncias biológicas nem a sua ulterior e não consentida análise genética com vista à determinação do perfil genético para fins de processo criminal, uma vez que não existe uma lei específica que as autorize e prescreva o respectivo regime, não oferecendo as normas da lei processual penal relativas a perícias e exames a indispensável legitimação penal, e, assim sendo, haveria uma intransponível proibição de produção de prova contra a recolha coerciva das substâncias biológicas e contra a sua análise genética não consentida.

O Tribunal da Relação do Porto, por acórdão de 3 de maio de 2006, decidiu julgar o recurso improcedente, fundamentando-se nos seguintes argumentos:

1. O direito à integridade corporal e à autodeterminação corporal – conquanto a Constituição da República o declare inviolável (art. 25.º, n.º 1), não é absoluto, posto que o art. 18.º daquele diploma legal ao estatuir que a lei somente pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, deve ser interpretado no sentido de que apenas é ilegítima toda a restrição que atinja o conteúdo essencial de cada um dos direitos subjetivos individuais, isto é, que atente contra as exigências (mínimas) de valor que, por serem a projeção da ideia de dignidade humana, constituem o fundamento (a essência) de cada preceito constitucional nesta matéria. Daí que o ordenamento jurídico preveja várias situações em que o direito à integridade corporal e o direito à autodeterminação corporal cedem face a interesses comunitários e sociais preponderantes, quer na área da saúde pública, quer na área da defesa nacional, quer na área da justiça, quer noutras áreas;

2. Embora o exame ordenado nos autos constitua meio de prova suscetível de ofender o direito à integridade corporal e o direito à autodeterminação corporal do recorrente, designadamente no caso de recusa, posto que este se traduz numa intervenção não autorizada no seu corpo, isto é, lesiva da sua integridade corporal e da integridade do seu sistema volitivo, quer por afetar o seu corpo físico, quer por afetar a sua capacidade de decidir e de agir, podem e devem ser concretizados, mesmo que compulsivamente (exame e perícia), muito embora limitados à colheita de cabelos, saliva, urina ou sangue, já que justificados pela necessidade da descoberta da verdade material e não violadores do conteúdo essencial daqueles direitos fundamentais do recorrente;

3. A colheita de cabelos ou sangue, caso não consentidas, consubstanciam intervenções no corpo que, realizadas por perito médico, com rigorosa observância das regras das *leges artis*, podem e devem graduar como ofensas insignificantes (mínimas) do direito à integridade corporal e do direito à autodeterminação corporal, posto que afetam, transitória e momentaneamente, de forma muito reduzida, o corpo físico e o sistema volitivo do interveniente;

4. Quanto à recolha de saliva ou de urina, afigura-se que nem sequer se pode considerar suscetível de ofensa o direito à integridade corporal do recorrente, mas tão só o direito à autodeterminação corporal, e em grau ou medida desprezível, isto é, irrelevante;

5. Por fim, tendo presente que o exame ordenado tem em vista a procura da verdade material para administração da justiça penal, o que constitui uma exigência da ordem pública e do bem-estar geral, bem como um dos pilares do Estado de direito, há que concluir que a realização compulsiva daqueles mostra-se justificada e legitimada a significar que a decisão impugnada, proferida ao abrigo da norma do art. 172.º, n.º 1, do CPP, que atribui à autoridade judiciária o poder de compelir as pessoas à submissão de exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, não viola os arts. 25.º, n.º 1 e 32.º, n.º 8, da CRP, na parte em que ordena o exame e perícia mediante extração de saliva por via de zaragatoa bucal, dado que ela apenas é suscetível de ofender o direito à autodeterminação corporal do recorrente em medida irrelevante.

Novamente, insatisfeito, o recorrente interpôs recurso ao Tribunal Constitucional, defendendo que a aplicação das seguintes normas pelo tribunal teria desatendido a questão de inconstitucionalidade suscitada:

1. A norma do art. 172.º, n.º 1, do CPP, interpretada no sentido de possibilitar ao MP ordenar a colheita compulsória de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético, quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita; e,

2. A norma resultante do art. 126.º, n.ºs 1, 2 — als. a) e c), e 3, do CPP, quando interpretada no sentido de considerar válida e, conseqüentemente, suscetível de ulterior utilização e valoração a prova obtida por meio da colheita realizada nos moldes descritos na alínea anterior.

Tais normas, segundo o recorrente, violariam os seguintes preceitos fundamentais:

1. O art. 2.º da CRP, que consagra o princípio fundamental do Estado de Direito, a que estão inerentes as ideias de juridicidade, constitucionalidade e direitos fundamentais, concretizado nos seguintes subprincípios:

a. No subprincípio do Estado constitucional ou da constitucionalidade, consagrado no art. 3.º, n.º 3 da CRP., segundo o qual, e para além do mais, a validade das leis e demais atos do Estado dependem da sua conformidade com a Constituição;

b. No subprincípio da proteção dos direitos, liberdades e garantias, resultante dos arts. 24.º e ss. da CRP, onde avultam, para o que aqui interessa, a inviolabilidade do direito à integridade pessoal, à identidade pessoal (v. g., genética), à autodeterminação pessoal e à reserva da intimidade;

c. No subprincípio da reserva de lei em matéria de restrição de direitos, liberdades e garantias, resultante do art. 18.º da CRP;

d. No subprincípio da independência dos tribunais e do acesso à justiça, consagrado nos arts. 20.º e 205.º e ss. da CRP, segundo o qual, e para além do mais, a todos é garantido o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legítimos, incumbindo aos tribunais, na administração da justiça, a defesa desses mesmos direitos e interesses legalmente protegidos;

e. No subprincípio da proteção da confiança, que se encontra desde logo manifestado no art. 18.º, n.º 3 da CRP, segundo o qual as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, para além de deverem revestir carácter geral e abstrato, não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais;

f. No subprincípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, afluído em diversas normas da CRP e que assume particular relevância na limitação das restrições de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos (p. ex., art. 18.º, n.º 2 da CRP); e,

g. No subprincípio das garantias processuais e procedimentais ou do justo procedimento, afluído em diversos preceitos da CRP e segundo o qual a todos é garantido um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito (são manifestações deste subprincípio, entre outras, as várias garantias do processo judicial, válidas sobretudo para o processo penal, como p. ex. o princípio da igualdade processual — art. 13.º da CRP —, o princípio da conformação do processo segundo os direitos fundamentais — art. 32.º da CRP — e o princípio do contraditório — art. 32.º, n.º 3 da CRP).

2. O art. 32.º da CRP, que consagra o princípio fundamental da plenitude das garantias de defesa, que tem como corolários lógicos o princípio da presunção de inocência (onde se

integra a proibição da inversão do ônus da prova em detrimento do arguido e a proibição de antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares), o princípio da estrutura acusatória do processo penal (donde decorre a ideia de igualdade de armas entre a acusação e a defesa, devendo os atos instrutórios subordinar-se ao exercício do contraditório) e o princípio da nulidade das provas obtidas com ofensa da integridade pessoal, da reserva da intimidade da vida privada e da inviolabilidade do domicílio e da correspondência.

O Ministério Público foi notificado para, querendo, responder à alegação do recorrente, o que fez nos seguintes termos:

Não são inconstitucionais as normas dos artigos 172.º, n.º 1 e 126.º, n.ºs 1, 2 alíneas a) e c) e 3, do CPP, interpretadas no sentido de poder valer como prova a obtida por meio de exame a vestígios biológicos, ordenada pela autoridade judiciária competente e conseguidos por meio de colheita compulsória para determinação de perfil genético a arguido, contra a sua vontade e recusa expressa em colaborar ou permitir tal colheita.

Após a contra-alegação do MP, o recorrente juntou aos autos parecer de Gomes Canotilho, o qual argumentava, essencialmente, que o ADN na investigação criminal é, pelo seu elevado grau de fiabilidade, certamente o caminho do futuro, discutindo-se, quando muito, os limites que devem rodear a utilização da informação assim obtida, e que o respeito pela dignidade da pessoa humana obriga o legislador a disciplinar as análises genéticas com um nível de rigor e precisão constitucionalmente adequado ao relevo dos bens suscetíveis de lesão, concluindo que o quadro normativo existente não era suficiente, por si só, para legitimar a recolha compulsiva de material biológico para efeito de recolha de ADN, sem prejuízo de a CRP não suscitar objeções de fundo à utilização deste método de investigação, desde que disciplinado em termos constitucionalmente tutelados, e, portanto, o recurso à extração de material biológico sem fundamento legal específico configura uma intervenção restritiva de direitos, liberdades e garantias destituída de qualquer arrimo constitucional e legal, devendo ser julgada inconstitucional qualquer norma legal existente na interpretação que eventualmente se queira vir a dar no sentido de, a partir dela, se pretender legitimar tal prática.

Assim sendo, o Tribunal Constitucional enfrentou os seguintes problemas em seu acórdão:

— Se a CRP autoriza a restrição dos direitos fundamentais em causa, quais sejam: integridade pessoal, reserva da vida privada, autodeterminação pessoal e *nemo tenetur*;

— Se a legislação portuguesa à época era suficiente para as restrições de direitos em causa, ou se seria necessária a edição de lei específica;

— Se a colheita compulsória poderia ser determinada pelo Ministério Público.

O tribunal proferiu as seguintes respostas:

1. Quanto ao primeiro problema, em relação à integridade pessoal, quer física, quer moral, o tribunal entendeu que a introdução no interior da boca do arguido, contra a sua vontade expressa, de um instrumento (zaragatoa bucal) destinado a recolher uma substância corporal (saliva), ainda que não lesiva ou atentatória da sua saúde, não deixa de constituir uma intromissão para além das fronteiras delimitadas pela pele ou pelos músculos, uma entrada no interior do corpo do arguido e, portanto, não pode deixar de ser compreendida como uma invasão da sua integridade física, abrangida pelo âmbito constitucionalmente protegido do artigo 25.º da CRP.

2. Sobre a violação do direito à reserva da vida privada, a realização compulsória de um exame destinado a recolha de saliva para posterior análise genética, contra a vontade do arguido e sob ameaça do recurso à força física, consubstanciaria uma intromissão não autorizada na esfera privada do arguido.

3. Em relação ao direito de autodeterminação informacional, entendeu que o exame em causa contende, também nesta vertente, com direitos, liberdades e garantias.

4. Já o *nemo tenetur* não estaria sendo violado, pois refere-se ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito. 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. Assim sendo, não se pode sustentar, ao contrário do que pretende o recorrente, que as normas questionadas contendam com o privilégio contra a autoincriminação.

5. Embora existentes, na concepção dos magistrados, restrições aos direitos de integridade pessoal, reserva da vida privada e autodeterminação funcional, é necessário verificar se estas restrições, de fato, seriam inconstitucionalidades ou se seriam possíveis.

6. Concluiu o tribunal que as normas questionadas pelo recorrente visam à salvaguarda de interesses constitucionalmente protegidos (designadamente os que são próprios do processo penal, como a realização da justiça e a prossecução da verdade material), têm carácter geral e abstrato, não têm carácter retroativo, nem aniquilam os direitos, liberdades e garantias em

causa, não atingindo o respectivo conteúdo essencial. Ademais, desconsiderou que as restrições aos direitos fundamentais necessariamente implicadas pelas normas que estavam em causa violem qualquer dos subprincípios enunciados, uma vez que não se vislumbra que não constituam um meio adequado para a prossecução dos fins visados, que não sejam necessárias para alcançar esses fins, que se traduzam numa opção manifestamente errada do legislador ou que sejam manifestamente excessivas ou desproporcionadas.

7. Na análise do segundo item: se a legislação vigente era suficiente, ou se era necessária a edição de uma norma específica prevendo o referido exame, percebeu que havia previsão legal suficiente para a aplicação da medida, principalmente dada a redação do art. 6.º, n.º 1 da Lei 45/2004, de que ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este se mostrar necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei. Afirmou ainda que, embora existisse esta previsão, uma regulamentação genérica mais desenvolvida era possível e desejável.

8. O último ponto analisado dizia respeito à possibilidade de a medida compulsória ser determinada pelo Ministério Público, ou se deveria ser determinada, necessariamente, pelo juiz de instrução.

9. Uma vez que a medida contende, de forma relevante, com direitos, liberdades e garantias fundamentais, a sua admissibilidade no decurso da fase de inquérito depende, por consubstanciar intervenção significativa nos direitos fundamentais do arguido, da prévia autorização do juiz de instrução, não podendo ser autorizada pelo Ministério Público.

Posto isso, o tribunal decidiu por julgar inconstitucional a interpretação dada ao art. 172.º, n.º 1, do CPP, no sentido de possibilitar, sem autorização do juiz, a colheita compulsória de material biológico de um arguido para determinação de seu perfil genético, quando este tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita. Também julgou inconstitucional a interpretação dada ao art. 126.º, n.ºs 1, 2 alíneas a) e c) e 3, do CPP, no sentido de considerar válida a prova obtida nos moldes descritos anteriormente.

Assim, concedeu provimento ao recurso e ordenou a reforma da decisão recorrida.

Como pontos de relevo da decisão do Tribunal Constitucional, temos que a colheita compulsória de material genético por meio de zaragatoa bucal violaria os princípios fundamentais da integridade pessoal, autodeterminação funcional e reserva da vida privada, no entanto não o faria em relação ao *nemo tenetur*, pois este apenas se referiria às declarações do arguido, e não à prova colhida em seu corpo.

Embora entendendo que os referidos direitos haviam sido violados pela decisão, chegou à conclusão que tal restrição era possível, pois não foram afetados em seus núcleos essenciais, mas apenas de forma insignificante, ao ponto que a realização da justiça e a busca pela verdade seriam suficientes para a sua redução.

Quanto à existência de legislação, asseverou que os arts. 172.º do CPP e 6.º da Lei n.º 45/2004 já configuravam densidade normativa suficiente para a aplicação da referida medida compulsória, embora afirmasse que seria não só possível, mas desejável, uma legislação mais específica.

Por fim, o ponto decisivo recaiu sob a autoridade judiciária competente para a determinação do exame, uma vez que o ato em causa contende com direitos, liberdades e garantias fundamentais, seria necessária a intervenção anterior do juiz de instrução criminal.

Informa-se ainda, que no mesmo ano, questão idêntica foi levada ao Tribunal Constitucional, por meio do processo n.º 980/2006, de acórdão n.º 288/2007⁷⁷, no qual reiterou-se o seu posicionamento.

4.2 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10.07.2013

O próximo acórdão a ser analisado é interessante, pois revisitou a questão após o ingresso da Lei n.º 5/2008, que criou o regime jurídico da base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal no ordenamento português.

No inquérito de n.º 1728/12.8JAPRT do 2º Juízo do Tribunal de Instrução Criminal do Porto, em que estava em causa a possível prática dos crimes de associação criminosa, detenção de arma proibida, na modalidade de detenção de explosivo improvisado, dano qualificado e furto qualificado, foi proferida decisão que determinava a recolha compulsória de saliva de vários arguidos, por meio de zaragatoa bucal, para a impressão genética de ADN e posterior realização de exame comparativo com os vestígios biológicos recolhidos no local do crime.

Um dos arguidos interpôs recurso, de n.º 1728/12.8JAPRT.P1, ao Tribunal da Relação do Porto pedindo a revogação da referida decisão, afirmando que:

1. Os fundamentos invocados na decisão recorrida não devem prosperar por serem desconformes com os respectivos pressupostos para o intuito determinado, a que acresce a

⁷⁷ Ac. disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>>.

circunstância do dito despacho não concretizar quais os indícios existentes nos autos nem o material de prova recolhido;

2. O dito despacho ao autorizar a realização da dita diligência compulsivamente ofende o disposto no artigo 172.º do Código de Processo Penal;

3. O artigo 172.º, n.º 1 do Código de Processo Penal viola o artigo 18.º, n.º 2, 32.º, n.º 1 e 8 da CRP, quando aplicado de modo a autorizar a sua realização compulsiva sem que se preencham os respectivos pressupostos, sem que se elenquem as razões suficientes para esse efeito bem como sem delimitar em concreto qual a efetiva necessidade/interesse para os autos da realização do dito exame.

Após a resposta do Ministério Público, o tribunal proferiu acórdão⁷⁸, em 10 de julho de 2013, resumidamente, com os seguintes fundamentos:

1. Pode-se considerar que as intervenções corporais como modo de obtenção de prova, como seja a recolha de saliva através de zaragatoa bucal, podem ser obtidas por via compulsiva, para determinação do perfil de ADN e posterior comparação com vestígios recolhidos no local do crime, mostrando-se aceitáveis e legitimadas se estiverem legalmente previstas, perseguirem uma finalidade legítima, mostrarem-se proporcionais entre a restrição dos direitos fundamentais em causa (integridade pessoal; intimidade, autodeterminação informativa) e os fins perseguidos, revelando-se idóneas, necessárias e na justa medida.

2. Para o efeito, essas intervenções corporais devem ser judicialmente determinadas e estar devidamente motivadas, não sendo admissíveis quando corresponderem, na sua execução, a tratamentos desumanos ou degradantes, optando-se, nestes casos e em sua substituição, por qualquer outra mostra de fluido orgânico que possa ser devidamente recolhida para determinação do ADN.

3. No caso em apreço, podemos constatar que existe fundamento legal específico, seja através do Código de Processo Penal e das Leis n.ºs 45/2004 e 5/2008, para a recolha de saliva do arguido, ora recorrente, por meio de zaragatoa bucal, ainda que se efetue por via compulsiva, para determinação do seu perfil de ADN e posterior realização de exame comparativo com os vestígios biológicos (hemáticos) recolhidos.

4. Acresce que a decisão recorrida se encontra devidamente fundamentada, ainda que mediante remissão para a promoção do Ministério Público, estando em causa a investigação de crimes de associação criminosa, detenção de arma proibida, na modalidade de detenção de

⁷⁸ Ac. disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/50331a8bd88a08bc80257bad004a4597?OpenDocument>>.

explosivo improvisado, de dano qualificado, furto qualificado, havendo ainda manifesto interesse e necessidade da sua realização para determinação dos autores desses crimes, havendo suspeitas de que o arguido foi um dos seus autores.

Conclui-se da apreciação desse acórdão, somado ao precedente do Tribunal Constitucional, que em Portugal, a colheita compulsória de material biológico é uma medida aceitável pelos tribunais, desde que se cumpram os seguintes requisitos:

- Estiverem legalmente previstas,
- Perseguirem uma finalidade legítima,
- Mostrarem-se proporcionais entre a restrição dos direitos fundamentais em causa (integridade pessoal; intimidade, autodeterminação informativa) e os fins perseguidos,
- Revelando-se: idôneas, necessárias e na justa medida.
- Para o efeito essas intervenções corporais devem ser judicialmente determinadas e estar devidamente motivadas,
- Não sendo admissíveis quando corresponderem, na sua execução, a tratamentos desumanos ou degradantes, e
- Optando-se, nestes casos em sua substituição por qualquer outra mostra de fluido orgânico que possa ser devidamente recolhida para determinação do ADN.

Em sequência, serão estudados alguns acórdãos do tribunal de competência constitucional brasileiro, Supremo Tribunal Federal (STF).

4.3 Habeas corpus n.º 77.135-8 do Supremo Tribunal Federal

Não há, ainda, no Brasil, um julgado dos tribunais superiores que aborde a hipótese de colheita compulsória do arguido tal qual em Portugal. Por esta razão, foram selecionados alguns acórdãos que envolvem semelhantes conflitos de finalidade para verificar os posicionamentos adotados pelas cortes.

A primeira jurisprudência brasileira a ser analisada teve início na denúncia oferecida, pelo Ministério Público Estadual de São Paulo, contra A. M., pelo crime de desobediência, tipificado no art. 330 do Código Penal do Brasil. Alegava-se que ele desobedecera à ordem legal de autoridade policial ao recusar-se a fornecer padrões gráficos para realização de perícia

grafotécnica, para investigação em inquérito policial em que se apuravam os crimes de falsificação de documento público e uso de documento de identidade de terceiro.

A decisão de primeiro grau deixou de receber a denúncia, por atipicidade de conduta, pois a recusa do indiciado em fornecer material gráfico destinado a eventualmente produzir prova em seu desfavor não tipifica o delito de desobediência, porquanto não se pode exigir de alguém a cooperação destinada à sua incriminação.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acolheu recurso do MP para o recebimento da denúncia, afirmava-se que a ordem emanada pela autoridade policial para fornecer em autos próprios, padrões gráficos do próprio punho do apelado, visando instruir procedimento investigatório, é perfeitamente legal e sua recusa tipifica desobediência. Não há que se invocar o preceito constitucional que permite ao réu optar pelo silêncio, a CRFB preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, e nos termos do art. 174, IV do CPP⁷⁹ há previsão legal para tal ordem. Tem, portanto, o réu a obrigação de fornecer o material gráfico à autoridade policial. Não o fazendo, está sujeito a ser processado por desobediência.

Da referida decisão, foi impetrado *habeas corpus*, de n.º 77.135-8⁸⁰, no Supremo Tribunal Federal, alegando constrangimento ilegal, por tratar-se de uma conduta atípica, dado que não ocorreu a vontade livre e consciente de desobedecer a ordem legal, uma vez que o paciente atendeu à intimação do delegado de polícia, comparecendo à Delegacia, recusando-se, apenas, a fornecer material gráfico.

Acordaram os ministros que diante do princípio *nemo tenetur*, o dispositivo do inciso IV do art. 174 do CPP deve ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo, a seu alvedrio.

A comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio que desfruta o indiciado contra a autoincriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa.

⁷⁹ Redação do art. 174 do CPP brasileiro: Art. 174. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte: I - a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada; II - para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida; III - a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados; IV - quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.

⁸⁰ Ac. disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066>>.

Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos onde se encontrem documentos da pessoa a quem é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou, ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame do referido dispositivo.

Compelir o indiciado à produção de prova constitui constrangimento ilegal, posto não ser ele testemunha, mas acusado em potencial, e, não pode ser coagido a se autoincriminar.

Por esses motivos, foi deferido o pedido de *habeas corpus*.

Percebe-se da análise desse acórdão uma clara discrepância acerca da interpretação dada ao *nemo tenetur* pelo Tribunal Constitucional português. Este compreende que o direito à não autoincriminação se restringe às declarações do arguido, não sobre os exames que recairiam sobre o seu corpo. Já o Supremo Tribunal Federal dá um sentido mais extenso ao referido princípio, englobando também a desnecessidade de cooperação do arguido para exames periciais.

4.4 Habeas corpus n.º 83.096-0 do Supremo Tribunal Federal

Em razão de escuta telefônica efetuada pela Polícia Federal, o Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro ofereceu denúncia contra J. C. pela prática do crime de associação para o tráfico (art. 14 da Lei n.º 6.368/76).

Após o interrogatório, ao tomar ciência de que a cópia da referida fita se encontrava junto ao Instituto de Criminalística, a defesa requereu que fosse realizada a perícia de confronto de voz do arguido, medida esta que foi deferida. No entanto, horas após este fato, a referida fita foi exibida na Rede Globo — rede de televisão comercial aberta brasileira —, através do programa Fantástico, no qual afirmava-se categoricamente ser aquela a voz do arguido.

Em sequência, a defesa solicitou a reconsideração da decisão que determinava a sujeição do arguido a exame de confronto de voz, alegando estar este sem a segurança necessária para ser submetido à perícia.

Indeferida a reconsideração pelo juízo, foi impetrado *habeas corpus* perante a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o qual foi denegado, tendo como fundamento o seguinte:

Pode o juiz, supletivamente e de ofício, determinar as diligências ou ordenar produção de provas em busca da chamada verdade real, princípio inserto nos artigos 152 e 502 do CPP, porque a lei processual penal atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução, quer ao final, antes de proferir a sentença.

Insatisfeito com a decisão, impetrou novo *habeas corpus*, de n.º 83.096-0⁸¹, perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que também foi denegado, mantendo a ordem de realização da perícia. Fundamentava-se que:

1. Em observância aos princípios da ampla defesa e da presunção de inocência, é certo que o réu não é obrigado a produzir prova contra si mesmo, nessa concepção incluídas as diligências determinadas pelo magistrado, como reconstituições de crime, perícias e exames que exijam sua participação.

2. Não menos certo, a lei confere ao juiz a atribuição de determinar, de ofício, a produção de provas que tenha como necessárias para a instrução do processo e conhecimento da verdade real, aquelas que não compõem o acervo formal-probatório levado aos autos por impulso das partes.

3. Ora, julgando o magistrado ser importante a perícia de confronto de voz, tendo em vista as declarações do réu em seu interrogatório, o que foi objeto, inclusive, de promoção do representante do MP, não há ilegalidade na determinação de sua realização, ressalvando-se, contudo, o direito do réu, se assim o entender, dela não participar.

Embora seu direito de não participar estivesse assegurado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme o teor do acórdão de que, com fundamento no art. 8.º, n.º 2, g do Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, ninguém seria obrigado a depor, fazer prova contra si mesmo, nem se autoincriminar e, portanto, não poderia ser compelido a realização de exame, impetrou novo *habeas corpus*, de n.º 83.096-0, no Supremo Tribunal Federal pedindo a não realização do exame.

O STF manteve o posicionamento adotado pelos demais tribunais, de que, com base no direito ao silêncio, o arguido não poderia ser obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável, no entanto, manteve a determinação de realização do exame.

⁸¹ Ac. disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79246>>.

Novamente, a questão recai sobre o princípio da não autoincriminação, adota-se igualmente a tese de que o arguido não tem o dever de colaborar com os exames determinados pela justiça quando vão de encontro aos seus interesses processuais.

4.5 Reclamação n.º 2.040-1 do Supremo Tribunal Federal

Apuravam-se, em inquérito policial, fatos relativos à gravidez de G. T., que se encontrava presa, aguardando seu processo de extradição, formulado ao Brasil pelo México, era acusada de ter praticado os crimes de abuso sexual e corrupção de menores. Durante sua prisão, engravidou e alegou ter sido vítima de estupro por parte de um agente federal responsável por sua custódia.

O delegado da polícia federal que presidia o referido inquérito policial, requereu a realização de exame de ADN para esclarecer os fatos relativos ao crime em tese praticado. Todos os agentes federais que trabalhavam no plantão e na custódia de G. T. se comprometeram a ceder espontaneamente material biológico para a determinação de seus perfis genéticos. No entanto, G. T. se recusou.

Foi requerida então a colheita, após o parto, da placenta, para determinação do perfil genético, o MP concordou com a medida e esta foi autorizada pelo juiz de primeira instância. Diante da determinação, G. T. formulou a reclamação, de n.º 2.040-1⁸², ao Supremo Tribunal Federal, fundamentando que:

1. A suplicante, enquanto pessoa humana e mãe, goza do direito exclusivo de autorizar, ou não, a realização de exame de material genético dela e de seu filho, ao passo que este terá, no futuro, o direito de propor a investigação de paternidade, se assim o desejar, nos moldes do que prescrever a lei civil.

2. Neste contexto, afora a mãe, ninguém tem o direito de promover a coleta de material dela ou de seu filho, para a realização de ditos exames, pouco importando, para isso, o fato de ter sido concebido o nascituro enquanto se encontrava ela presa nas dependências da Polícia Federal.

⁸² Ac. disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87540>>.

3. Mais grave ainda é o fato de se querer colher o material à revelia da suplicante, com flagrante violação e intromissão na sua intimidade e vida privada, direitos estes protegidos pela CRFB.

4. Outrossim, por estar a suplicante presa, à disposição do Supremo Tribunal Federal, além de ser necessária concordância dela, para a realização de ditos exames, depender-se-ia, ainda, de autorização da referida corte, tal qual todos os atos e diligências para com a sua pessoa.

O Ministério Público Federal em petição anexada à reclamação, afirmava que:

1. Em resumo, entende-se a autoridade policial ser essencial para o bom desfecho da apuração que o judiciário, a rogo do Ministério Público, autorize a coleta de material próprio ao exame genético, seja placenta após o nascimento — que a perícia médica considera lixo biológico — ou do cabelo, de células da boca ou, em última instância, do sangue do recém-nascido. Considera o Ministério Público Federal que deva ser atendido o pedido seja pela eficaz apuração dos fatos, seja também, *a fortiori*, pela necessidade de tutelar direito fundamental da criança, qual seja, o da real identidade genética. Este direito, no caso concreto, é incontestável.

2. Afirmou, desde logo, ser o ponto prioritário a perspectiva de colisão de direitos fundamentais. A mais acesa discussão que aí se travou em torno do assunto, em se tratando de exame de ADN, teve palco quando do julgamento do *habeas corpus* n.º 71.373-4/RS⁸³.

3. Discutiu-se no referido *habeas corpus* se o paciente podia ser conduzido compulsoriamente ao exame hematológico, para o propósito de constituir prova pericial definitiva em ação de paternidade, no qual a tese que prevaleceu defendia dissentir de garantias constitucionais implícitas e explícitas, tais como preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, *debaixo de vara*, para coleta do material genético. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

4. Não obstante o respeito à maioria formada no *habeas corpus* n.º 71.373 e o domínio do seu entendimento no direito comparado, ainda não me animo a abandonar a corrente minoritária no sentido de que não se pode opor o mínimo ou o risível sacrifício à inviolabilidade corporal à eminência dos interesses constitucionais tutelados à investigação da própria paternidade.

⁸³ Ac. disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066>>.

5. O que não parece resistir ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra presunção de que é titular.

6. Aqui, entretanto, a hipótese é completamente distinta: não há colisão de direitos fundamentais. Clama por proteção, isolado, sem concorrência ou oposição de direitos de terceiros, o direito ao reconhecimento da paternidade do nascituro, filho da extraditanda.

7. Isto porque não há oposição de qualquer suposto pai ao exame, já tendo sido colhido, espontaneamente, o material apropriado para a consecução do exame de ADN de todos os supostos envolvidos — nada menos que sessenta e um homens.

A posição majoritária adotada pela corte, no julgamento do mérito, levantou os seguintes fundamentos:

1. Não se estava em causa processar e julgar ação de investigação de paternidade do filho da reclamante ou de submeter o pai investigado, ao exame de ADN contra sua vontade. Mas sim, o que diz respeito ao pedido da reclamante, contrário à coleta e entrega da placenta a ser retirada ao ensejo do parto de seu filho por violação de seus direitos à intimidade e à vida privada.

2. A acusação da reclamante de haver sido vítima de estupro carcerário no interior da Superintendência da Polícia Federal tornou-se pública, porque veiculada nos meios de comunicação com referência à violação sofrida, não só atingiu a honra e a dignidade dos agentes federais, alguns referidos nominalmente na imprensa, como acabou por alcançar o Departamento de Polícia Federal, a instituição em si.

3. O conflito de direitos estaria, então, de um lado no direito à intimidade e à vida privada da reclamante, em face do direito à honra e à imagem dos agentes federais atingidos pelas acusações da reclamante, além da descoberta da verdade material no inquérito policial.

4. Em confronto com o direito alegado pela reclamante está o interesse do Estado em tutelar bens jurídicos constitucionais como a moralidade administrativa, a persecução penal pública e a segurança pública, todos esses aspectos se acrescem ao direito fundamental à honra, autorizando, de tal modo, a restrição de direitos da reclamante.

5. Cumpre observar, de outra parte, que a coleta da placenta ocorrerá sem violação ao direito de integridade física da reclamante ou do filho nascido, eis que se trata de lixo biológico e não implicaria uma intervenção em seus corpos.

Posto isso, deferiu a impressão genética da reclamante e a conseqüente comparação do exame.

Essa decisão, apesar de permitir o exame de ADN para comparação do perfil genético, não rompeu com os posicionamentos firmados em outros casos pelo STF, entendia-se antes que a determinação compulsória de sujeição a exames para fins penais violava o *nemo tenetur*, princípio que não estava em colisão neste caso.

Ainda, conforme o entendimento adotado, não ocorreu uma intervenção corporal para a colheita de material genético, tendo apenas sido aproveitado o material descartável — placenta — no parto, então não foi analisado um conflito contra a integridade física.

Entendeu que o direito à intimidade e à vida privada, no entanto, poderia ser suprimido em face ao direito à honra dos agentes policiais e da busca pela verdade material no inquérito instaurado.

5 A ADMISSIBILIDADE DA COLHEITA COMPULSÓRIA DE MATERIAL BIOLÓGICO NO PROCESSO PENAL

Aproximando-se da conclusão deste trabalho, busca-se agora conectar os elementos estudados nos outros capítulos com a legislação de Portugal e do Brasil, procurando responder, se nestes sistemas a colheita compulsória de material biológico do arguido é um meio de obtenção de prova admissível para o processo penal.

O exame da admissibilidade da referida intervenção corporal levará em conta os seguintes pontos:

— Há ofensa à dignidade da pessoa humana, ao direito à integridade pessoal, ao direito à reserva da intimidade da vida privada, ao direito à autodeterminação informacional ou ao direito à não autoincriminação?

— Caso exista ofensa a algum dos referidos itens, é legítima a restrição do direito em face a descoberta da verdade material pelo Estado?

— Existe na legislação previsão suficiente e específica para a determinação desta espécie de intervenção corporal compulsória?

O primeiro ponto a ser abordado trata da existência ou não de violação à dignidade da pessoa humana na colheita compulsória. Conforme já destacado, a dignidade humana não é um direito em si, mas um fundamento para o regime dos direitos fundamentais, com base nela, e em sua interpretação, surgem os valores humanos mais importante que devem ser protegidos pelo Estado.

De tal modo, a verificação de conflito entre dignidade humana faz-se na análise dos demais direitos fundamentais afetados, se as exigências de valor da projeção da dignidade humana estariam sendo violadas.

Quanto ao direito à integridade pessoal, seja física ou moral, defendeu Gomes Canotilho, no parecer anexado ao ac. n.º 155/2007⁸⁴, que a recolha de material biológico para análise de ADN, embora possa ser entendida como uma restrição ao direito à integridade pessoal, não colide com nenhuma de suas dimensões essenciais, podendo justificar-se de acordo com critérios de proporcionalidade, desde que em ordem à prossecução de uma finalidade constitucionalmente legítima.

⁸⁴ Ac. disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>>.

Adota-se aqui o mesmo posicionamento, com a ressalva, no entanto, ao método utilizado para a colheita, devendo optar-se pelo menos invasivo. De fato, ocorre uma restrição ao direito à integridade pessoal, apesar disso, não colide com as suas dimensões essenciais. A colheita compulsória por zaragatoa bucal, a título de exemplo, causa lesões insignificantes e reversíveis ao corpo do arguido e tem por finalidade a descoberta da verdade material para a administração da justiça penal. Então, no que pese concluir que há uma ofensa ao direito à integridade pessoal, trata-se de uma violação mínima.

Por sua vez, em relação ao direito à reserva da intimidade da vida privada, parece claro que a colheita contra a vontade do arguido vai de encontro ao seu direito de impedir que estranhos tenham acesso a informações de sua vida privada. Causa uma intromissão não autorizada nesta esfera.

A autodeterminação informacional, princípio pelo qual se busca o controle pelo indivíduo de suas informações pessoais também parece ser restringida, a colheita compulsória independe da vontade do arguido, tanto para sua recolha, quanto para seu tratamento, divulgação e utilização, caracterizando, ao contrário, um descontrole de suas informações pessoais. Isso não significa dizer que se trata de um direito absoluto, conforme aponta Marta Botelho, justifica-se que a pessoa seja sujeita a suportar limitações ao seu direito em nome do interesse da própria comunidade, desde que numa relação de proporcionalidade⁸⁵.

A violação do direito à não autoincriminação, como apontado anteriormente, depende das acepções dadas a este, se abarcam apenas o direito ao silêncio, ou também a sujeição passiva do arguido. Destaca-se neste ponto a divergência no posicionamento adotado pelo Tribunal Constitucional em Portugal e pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, o primeiro tendendo apenas pela proteção do direito ao silêncio, e o segundo por uma proteção integral.

Aceita-se nesta pesquisa como a acepção ideal do direito à não autoincriminação a que engloba tanto a prestação ativa quanto a passiva do arguido, ou seja, envolvendo o seu direito ao silêncio e o de sujeição a exames. No entanto, conforme já afirmado, não se defende a ideia de um direito absoluto, que não está sujeito a restrições, mas, primariamente, um direito de defesa contra excessos e abusos por parte do Estado.

Para Carlos Haddad, se não se impuser ao acusado a obrigação de suportar negativamente diligências em sua pessoa, a investigação das infrações penais seria inviabilizada, pois se vedaria exigir identificação dactiloscópica, tirar fotografias para registro

⁸⁵ BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena. *Utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico*, p. 204.

criminal, submeter-se ao reconhecimento pessoal, sujeitar-se à prisão provisória de finalidade instrutória indireta etc.⁸⁶.

Passa-se, nesse momento, a discutir a legitimidade da restrição dos referidos direitos. Assevera Gomes Canotilho que somente deve falar-se de restrição de direitos liberdades e garantias depois de conhecermos o âmbito de proteção das normas constitucionais consagradoras desses direitos⁸⁷. Tarefa esta que se buscou realizar ao longo do trabalho, principalmente no terceiro capítulo, referente aos conflitos de finalidade no processo penal. Em sequência, é necessário determinar se a constituição autoriza a lei a restringir esse âmbito de proteção.

O art. 18.º, n.ºs 2 e 3 da CRP assenta que a lei somente pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, sendo que as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Questiona-se então: é possível compreender a realização da justiça e a descoberta pela verdade como uma norma constitucional?

Acerca desse ponto, o Tribunal Constitucional entende que independentemente da questão de saber qual é, do ponto de vista dogmático, a solução preferível, a verdade é que não pode seriamente duvidar-se que a Constituição autoriza, tendo em vista a prossecução das finalidades próprias do processo penal e respeitadas as demais e já referidas exigências constitucionais, a restrição dos direitos fundamentais à integridade pessoal, à liberdade geral de atuação, à reserva da vida privada ou à autodeterminação informacional⁸⁸.

Já no Brasil, de acordo com Gilmar Mendes, a atividade legislativa, nessas hipóteses, estaria aparentemente facilitada pela cláusula de reserva legal subsidiária contida no art. 5º, II, da CRFB⁸⁹. Contudo, a ação limitadora — seja legislativa, judicial ou administrativa — há de

⁸⁶ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação*, p. 267-268.

⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1275.

⁸⁸ Ac. 155/2007, disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>>.

⁸⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

ser revestida de cautela redobrada, tendo em vista a possibilidade de abusos no estabelecimento de restrições a direitos fundamentais não subordinados a reserva legal expressa⁹⁰.

Haddad, analisando as intervenções corporais não consentidas, refuta as supostas ofensas a direitos fundamentais, conquanto não haja dúvida que sofram limitações constitucionalmente admissíveis. Não são restrições insuperáveis, a ponto de se igualarem a efetivas lesões dos bens jurídicos. São limitações do exercício de alguns direitos que a exemplo de muitos outros em processo penal, justificam-se e se toleram, porque compatíveis com os cânones constitucionais⁹¹.

É difícil conceber que o acusado possa ser privado de sua liberdade durante o curso do processo, ter sua vida monitorada vinte e quatro horas ao dia por escutas telefônicas, conduzido coercitivamente para as audiências, ter quebrado o sigilo bancário e fiscal, sujeitar-se ao reconhecimento pela vítima, apesar de não consentir, ser revistado em suas vestimentas e em seu domicílio, condenado à longa pena privativa de liberdade, após o devido processo legal, mas dele não se possa extrair pequena quantidade de saliva ou um fio de cabelo sem que assinta. Em confronto com os meios de prova existentes, o exame compulsório de DNA pode ser incorporado ao processo penal brasileiro sem que constitua limitação de bens jurídicos que já não sofram restrições admissíveis pela atual legislação⁹².

Ao se aceitar as intervenções corporais compulsórias, emerge uma aparente contradição da disciplina da matéria, com um sistema sustentado no direito de refutar o diálogo, mas, ao mesmo tempo, que obriga a suportar o exame sobre o corpo. Esse suposto paradoxo explica-se pela possibilidade de exercício de coação pelo Estado em relação a condutas que não se traduzem em um fazer, mas, sim, em mero tolerar. Por isso, o princípio contra a autoincriminação não é empecilho a que se procede às intervenções corporais, conquanto outros bens jurídicos possam sofrer restrições juridicamente admissíveis, que não se igualam a efetivas lesões⁹³.

Discorda-se, assim da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal proferida em ambos *habeas corpus* previamente analisados, que criava uma barreira praticamente intransponível ao direito à não autoincriminação, entendendo que o direito não poderia ser reduzido.

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO JR., Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 348.

⁹¹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação*, p. 256.

⁹² *Ibidem*, p. 256.

⁹³ *Ibidem*, p. 268.

Buscando responder as duas primeiras questões efetuadas no início do capítulo, conclui-se que, no tocante à dignidade da pessoa humana, a existência de violação dependerá da análise do caso concreto: por quem foi determinada a medida, qual a forma de colheita, trata-se de um procedimento realmente necessário para a concretização da justiça? Essas questões, dentre outras, responderão se o núcleo, a essência, dos demais direitos afetados não será violada.

Quanto aos direitos à integridade pessoal, reserva da intimidade, autodeterminação informacional e *nemo tenetur*, há, de fato, um conflito, porém estes direitos não são absolutos, e suportam restrições.

Para delimitar quando as restrições dos referidos direitos podem ocorrer, é necessária uma ponderação do caso concreto, todavia parece acertada a posição adotada pelo Tribunal da Relação do Porto, no acórdão de 10 de março de 2013⁹⁴, na qual coloca como preceitos para a avaliação da admissibilidade da medida se: ela está legalmente prevista; persegue uma finalidade legítima; mostra-se proporcional entre a restrição dos direitos fundamentais em causa e os fins perseguidos; revela-se idônea, necessária e na justa medida; para o efeito essas intervenções corporais devem ser judicialmente determinadas e estar devidamente motivadas; não sendo admissíveis quando corresponderem, na sua execução, a tratamentos desumanos ou degradantes; e optando-se, nestes casos em sua substituição por qualquer outra mostra de fluido orgânico que possa ser devidamente recolhida para determinação do ADN.

Resta então indagar se existe legislação específica e suficiente em Portugal e no Brasil.

5.1 O regime jurídico da Lei n.º 5/2008 em Portugal

Conforme mencionado no capítulo anterior, o Tribunal da Relação do Porto entende que a previsão legal para a aplicação da colheita compulsória de material genético do arguido em Portugal tem previsão do conjunto entre o art. 172.º do CPP, a Lei n.º 45/2004 e a Lei n.º 5/2008.

O art. 172.º, n.º 1 do CPP, prevê que, se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente.

⁹⁴ Ac. disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/50331a8bd88a08bc80257bad004a4597?OpenDocument>>.

A Lei n.º 45/2004 estabelece o regime jurídico da realização das perícias médico-legais e forenses, em seu art. 6.º, n.º 1, dispõe que ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este se mostrar necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei.

Já a Lei n.º 5/2008, no art. 8.º, n.º 1 informa que a recolha de amostra no arguido em processo criminal pendente, com vista à interconexão a que se refere o n.º 2 do artigo 19.º-A⁹⁵, é realizada a pedido ou com consentimento do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento escrito, por despacho do juiz, que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado. E no n.º 4, do mesmo artigo, está previsto que em caso de recusa do arguido na recolha de amostra que lhe tenha sido ordenada nos termos dos números anteriores, o juiz competente pode ordenar a sujeição à diligência nos termos do disposto no artigo 172.º do CPP.

De fato, em Portugal, há previsão suficiente para a aplicação da colheita compulsória de material biológico com fim de instrução probatória no processo penal, a norma presente no art. 172.º do CPP traz a regra geral, afirmando que a medida deve ser determinada pela autoridade judiciária competente, já a Lei n.º 45/2004 traz regras específicas de como deve ser realizada a perícia médico-legal, reforçando a possibilidade da determinação coativa. A Lei n.º 5/2008 por sua vez, especifica, ainda, que em caso de recusa pelo arguido, é plenamente possível a determinação compulsória.

5.2 As alterações provenientes da Lei n.º 12.654/2012 no Brasil

No cenário brasileiro, a identificação criminal do civilmente identificado está regulamentada na Lei n.º 12.037, de 1º de outubro de 2009, seu art. 3º e incisos prevê que, embora, apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando

⁹⁵ Lei n.º 5/2008. Artigo 19.º-A: Interconexão do perfil de arguido em processo criminal pendente. 1 - A autoridade judiciária competente pode determinar a interconexão de perfis de ADN anteriormente obtidos de amostras recolhidas a arguido em processo criminal pendente, nos termos do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro, ou por identificação de amostra problema para investigação criminal, com os perfis existentes: a) No ficheiro relativo a «amostras problema» para identificação civil, previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 15.º; b) No ficheiro relativo a «amostras problema» para investigação criminal, previsto na alínea d) do n.º 1 do artigo 15.º; c) No ficheiro relativo a amostras dos profissionais que procedam à recolha e análise das amostras, previsto na alínea f) do n.º 1 do artigo 15.º. 2 - O perfil de arguido em processo criminal pendente, obtido nos termos do n.º 1 do artigo 8.º, pode ser cruzado com os perfis referidos nas alíneas do número anterior.

o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação (I); o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado (II); o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si (III); *a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa* (IV); constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações (V); o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais (VI). Ainda, quando entrou em vigor, em seu art. 5º estava previsto que a identificação criminal ocorreria por processo datiloscópico e fotográfico.

Em 2012, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro a Lei n.º 12.654, que introduziu normas sobre a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal e determinou a criação de bancos de dados de perfis genéticos.

Uma das inovações provenientes desta norma, foi acrescentar parágrafo único ao art. 5.º da Lei n.º 12.037/2009, com previsão que na hipótese do art. 3º, IV, a identificação criminal poderia incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético por exame de ADN.

Outra novidade, foi o acréscimo do art. 9º-A à Lei 7.210/1984 que, por sua vez, comanda que os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei de Crimes Hediondos⁹⁶, a serem submetidos obrigatoriamente à identificação do perfil genético, mediante extração de ADN, por técnica adequada e indolor.

Há aqui dois regimes diferentes, o primeiro a ser adotado na identificação criminal no âmbito de investigações policiais, e no segundo, cria-se uma base de dados de perfis genéticos

⁹⁶ Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990. Art. 1º: São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Código Penal, consumados ou tentados: I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII); I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; II - latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*); III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998); e VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º).

composta por pessoas condenadas pela prática de crime, doloso, com violência de natureza grave contra pessoa ou por crimes hediondos.

Conquanto a segunda hipótese propicie vários questionamentos a respeito de sua legitimidade, interessa para essa dissertação, somente, a primeira hipótese. Decorrente desta alteração, foi sustentado por vários autores brasileiros que haveria, agora, norma prevendo, expressamente, a colheita compulsória de material biológico do arguido para identificação do perfil genético e comparação com o perfil de vestígios biológicos encontrados no local do crime ou na vítima.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. diz que os direitos fundamentais não são absolutos e, com o advento da Lei n. 12.654/2012, autorizou o legislador brasileiro a intervenção corporal — sem o consentimento do imputado — para obtenção de material genético. Abre-se a possibilidade de que a intervenção ocorra em qualquer delito, desde que necessária para comprovação da autoria, exigindo por parte da autoridade judiciária suma cautela e estrita observância da proporcionalidade, especialmente no viés de necessidade e adequação⁹⁷.

André Nicolitt, no entanto, diverge, constatando que a autorização dada pelo legislador infraconstitucional para a identificação criminal por meio de material genético apenas pode ser utilizada para os fins exclusivos de identificação criminal. Nesse passo, não seria possível que a autoridade policial, sabendo quem é o indivíduo que busca identificar, solicite a extração de seu material biológico para comparação com os vestígios da cena do crime. O objetivo da lei não é o recolhimento de prova de autoria do investigado, mas, sim, de prova de sua identidade⁹⁸.

Do teor da Lei n.º 12.037, que foi alterada pela Lei n.º 12.654, percebe-se que se trata especificamente da identificação criminal do civilmente não identificado, não é uma lei que possui na sua essência a finalidade de identificação genética para fins penais.

O art. 5º da Lei n.º 12.037 afirma que a identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação, não retrata a finalidade de regular ou autorizar um meio de obtenção de prova para a persecução penal, mas tão somente a identificação do indivíduo em si, se ele é quem diz ser, ou se ele é quem o órgão investigativo suspeita que seja.

⁹⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, p. 239-241

⁹⁸ NICOLITT, André Luiz. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: (lei 12.654/2012)*, p. 215.

Decorre dessa linha de pensamento que a previsão de recolha de material genético prevista nessa lei tem a finalidade de auxiliar a identificar quem é a pessoa quando a autoridade policial tiver dificuldades em fazê-lo por outros meios.

Como comparação, na Lei n.º 5/2008 de Portugal, há previsão expressa da finalidade investigativa da colheita compulsória, em seu art. 4.º assegura que na presente lei as análises de ADN visam exclusivamente a finalidades de identificação civil e de investigação criminal, situação diferente da brasileira.

Deste modo, entende-se que, ainda, não há previsão legal específica e suficiente no Brasil para a determinação da colheita compulsória de material genético do arguido, ressaltando-se que a matéria em questão ainda não foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

6 CONCLUSÃO

Inicialmente fez-se uma introdução à teoria da prova, abordando aspectos como conceito e finalidade, para em seguida diferenciar os meios de prova e os meios de obtenção de prova. Adentrando na temática das intervenções corporais, delimitamos o escopo desta pesquisa, ou seja, as ingerências sobre o corpo vivo do arguido que afetam seus direitos fundamentais e que possuem finalidade de instrução probatória no processo penal.

Tratou-se em tópico separado sobre a prova de ADN no processo penal, desde aspectos de genética humana à perícia forense. Entende-se que, apesar de a impressão genética por exame de ADN possuir um alto grau de fiabilidade, isto não quer dizer que seja uma prova infalível, além de existir risco de erro humano na produção pericial, o julgador deve analisá-la junto a todo o contexto probatório.

Em sequência foi demonstrado o conflito de finalidades no processo penal, primariamente entre a descoberta de verdade e a realização da justiça em face da proteção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas.

Destacou-se como poderia ocorrer o conflito, especialmente em relação à dignidade da pessoa humana, o direito à integridade pessoal, o direito à reserva da intimidade da vida privada, o direito à autodeterminação funcional e o direito à não autoincriminação.

No capítulo subsequente foi estudada a jurisprudência de tribunais portugueses e brasileiros que abordaram o tema atinente aos referidos conflitos de finalidade. Nomeadamente, o acórdão n.º 155/2007 do Tribunal Constitucional, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de julho de 2013, os *habeas corpus* n.º 77.135-8 e 83-096-0 do Supremo Tribunal Federal e a reclamação n.º 2.040-1 da mesma corte.

Por fim, buscou-se responder se a colheita compulsória de material biológico do arguido é um meio de obtenção de prova admissível no processo penal. Para tanto, traçaram-se como parâmetros a existência ou não de violação à dignidade da pessoa humana, ao direito à integridade pessoal, ao direito à reserva da intimidade da vida privada, ao direito à autodeterminação informacional ou ao direito à não autoincriminação; se é legítima a restrição dos referidos direitos em face da descoberta da verdade material pelo Estado; e se as legislações portuguesa e brasileira preveem de forma suficiente e específica a adoção destas intervenções coativas.

Entende-se que, a princípio, não há violação significativa ao núcleo dos direitos em questão, no máximo uma violação ínfima, devendo cada caso ser avaliado com as suas especificidades.

Ressaltou-se, também, que não se trata de direitos absolutos, e por isso admitem restrições, no entanto, verificou-se se esta restrição seria possível de acordo com a teoria constitucional. Tanto em Portugal, quanto no Brasil, entendeu-se pela possibilidade da restrição dos direitos fundamentais.

Apesar disso, esta restrição não pode ser adotada em qualquer hipótese, é necessário que se faça um juízo de legalidade, necessidade, proporcionalidade e que não ocorra a violação ao núcleo de nenhum dos direitos fundamentais do arguido, por isso adotaram-se os seguintes requisitos para a determinação da medida: estar legalmente prevista; perseguir uma finalidade legítima; mostrar-se proporcional entre a restrição dos direitos fundamentais em causa e os fins perseguidos; revelar-se idônea, necessária e na justa medida; para o efeito essa intervenção corporal deve ser judicialmente determinada e estar devidamente motivada; não sendo admissível quando corresponder, na sua execução, a tratamentos desumanos ou degradantes; e optar-se, nestes casos em sua substituição por qualquer outra mostra de fluido orgânico que possa ser devidamente recolhida para determinação do ADN.

Quanto à existência de legislação suficiente e específica, visualizou-se que, de fato, há previsão em Portugal, e que a colheita coativa pode e vem sendo adotada pelos tribunais, ressaltando-se, novamente, a necessidade do juízo de legalidade, necessidade, proporcionalidade e não violação do núcleo dos direitos fundamentais do arguido.

Na perspectiva brasileira não é clara a existência de tal norma, em que pese alguns autores defenderem que a Lei n.º 12.654/2012 trouxe a permissão expressa, adota-se outra posição aqui, de que esta norma não é aplicável para identificar a autoria do fato criminoso, mas tão somente quando houver dúvidas sobre a identidade do arguido.

BIBLIOGRAFIA

AMIGO, Luis Gómez. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*. Navarra: Aranzadi, 2003.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico, SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

———. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BELEZA, Tereza Pizarro; PINTO, Frederico Costa. *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2013.

BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena. *Utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico*. Coimbra: Almedina, 2013.

BUCKLETON, John S.; BRIGHT, Jo-Anne; TAYLOR, Duncan. *Forensic DNA evidence interpretation*. 2. ed., London: CRC Press, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina.

———; MOREIRA, Vital Martins. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

COSTA, Susana; MACHADO, Helena Cristina; NUNES, João Arriscado. *O ADN e a justiça: a biologia forense e o direito como mediadores entre a ciência e os cidadãos*. In:

GONÇALVES, Maria Eduarda. Os portugueses e a ciência. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2002, p. 199-233.

DELGADO, Lucrecio Rebollo. *El derecho fundamental a la intimidad*. Madrid: Dykison, 2000.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

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

DÜWELL, Marcus et al. *The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

FIDALGO, Sónia. *Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, janeiro-março de 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Clex, 1990.

GÖSSEL, Karl Heinz. *El principio de Estado de Derecho em su significado para el proceso penal*. In: ———. *El derecho procesal penal en el estado de derecho*, tomo I. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação* (Tese de doutoramento), 2003. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-96KKJQ/tesecarloshenriqueborlidohaddad.pdf?sequence=1>>.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

LOUREIRO, João Carlos. *Os genes do nosso (des)contentamento (dignidade humana e genética: notas de um roteiro)*. In: NUNES, Rui; MELO, Helena; MELO, Cristina. *Genoma e dignidade humana*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 77, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO JR., Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2013.

———. *O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MENDONÇA, Fernanda Graebin. *O direito à autodeterminação informativa: a (des)necessidade de criação de um novo direito fundamental para a proteção de dados pessoais no Brasil*. In: XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, tomo IV*. Coimbra; Coimbra Editora, 2000.

MONIZ, Helena. *Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais*. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, abril-junho de 2002.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL (Estados Unidos). *The evaluation of forensic DNA evidence*. Washington, D. C.: National Academy Press, 1996.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. *O direito fundamental à autodeterminação informativa*. In: Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições, vinculado à Faculdade Nacional e ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2011.

NICOLITT, André Luiz. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: (lei 12.654/2012)*. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUSSBAUM, Robert L.; MCINNES, Roderick R.; WILLARD, Huntington F. *Thompson & Thompson, genética na medicina*. 7. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

PIERCE, Benjamin A. *Genética: um enfoque conceitual*. Tradução: Beatriz Araújo do Rosário, 5. ed., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. *A constituição e o processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*, São Paulo: Saraiva, 2003.

RAPOSO, Vera Lúcia. *CSI — Quando a ficção se torna realidade*. Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 5, n.º 10, 2008.

RUARO, Regina Linden. *Privacidade e autodeterminação informativa obstáculos ao estado de vigilância*. Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí, janeiro-julho de 2015.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. I. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Pedro Filipe Gama da. *A prescrição como causa de extinção da responsabilidade criminal* (Dissertação de Mestrado), disponível na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

TAUPIN, Jane Mora. *Introduction to forensic DNA evidence for criminal justice professionals*. London: CRC Press, 2014.

———. *Using forensic DNA evidence at trial: a case study approach*. London: CRC Press, 2016.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

JURISPRUDÊNCIA

Portugal:

Tribunal Constitucional

— Acórdão n.º 155/2007, de 02.03.2007, disponível em:

<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>>.

— Acórdão n.º 228/2007, de 28.03.2017, disponível em:

<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070228.html>>.

Tribunal da Relação do Porto

— Acórdão de 10.03.2013, disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/50331a8bd88a08bc80257bad004a4597?OpenDocument>>.

Brasil:

Supremo Tribunal Federal

— Habeas Corpus n.º 71.373-4, de 10.11.1994, disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066>>.

— Habeas Corpus n.º 77.135-8, de 08.09.1998, disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77123>>.

— Habeas Corpus n.º 83.096-0, de 18.11.2003, disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79246>>.

— Reclamação n.º 2.040-1, de 21.02.2002, disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87540>>.