



UNICEPLAC

Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos - UNICEPLAC

Curso de Direito

Trabalho de Conclusão de Curso

A coleta compulsória de perfis genéticos ante o Princípio do *nemo tenetur se detegere*

Gama-DF

2020

ELVES DE ARIMATÉIA GOMES

A coleta compulsória de perfis genéticos ante o Princípio do *nemo tenetur se detegere*

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de DIREITO do Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – Uniceplac.

Orientador: Esp., William Andrade Ricardo

Gama-DF

2020

G633c

Gomes, Elves de Arimatéia.

A coleta compulsória de perfis genéticos ante o Princípio do *nemo tenetur se detegere*. / Elves de Arimatéia Gomes – 2020.

63 p. : il. color

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos - UNICEPLAC, Curso de Direito, Brasília, 2020.

Orientação: Prof. Esp. William Andrade Ricardo.

1. Direito Processual Penal. 2. Identificação Criminal. 3. Princípio do *nemo tenetur se detegere*. I. Título.

CDU: 34

ELVES DE ARIMATÉIA GOMES

A coleta compulsória de perfis genéticos ante o Princípio do *nemo tenetur se detegere*

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Direito do Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – Uniceplac.

Orientador: Esp., William Andrade Ricardo

Gama, 20 junho de 2020.

Banca Examinadora

Prof. Esp., William Andrade Ricardo
Orientador

Prof. Me., João de Deus Alves de Lima
Examinador

Prof.^ª Esp., Priscila Paulo Muniz
Examinador

Dedico à minha família, em especial à
minha mãe, por todo amor, confiança e
apoio.
Dedico também à Ana Angélica, minha
namorada, pelo seu apoio incondicional.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me deu força e coragem para vencer todos os desafios enfrentados durante o curso.

Ao saudoso professor José Carlos, pela sugestão deste tema e também por sua grande generosidade e encorajamento.

Ao professor William Ricardo, meu orientador, pela atenção dispensada, sugestões preciosas e palavras de incentivo.

E a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para este trabalho de conclusão de curso.

“ Ou admitimos viver dentro de um Estado Democrático de Direito, com as novas e justas regras de conduta, ou fechamos a Constituição e jogamos a nossa sorte em uma arena para salvar-se quem puder.

Pensamos que a primeira opção é a que foi reclamada por todos durante o período da ditadura. Agora, basta exercitarmos e fazermos valer as normas constitucionais.”

Paulo Rangel

RESUMO

A presente pesquisa busca analisar a coleta compulsória de perfis genéticos ante o Princípio do *nemo tenetur se detegere* ou da não autoincriminação. Para tanto, além do princípio em tela também foram elencados outros princípios constitucionais e processuais penais correlatos. Posteriormente, são abordadas questões relacionadas às provas no processo penal: provas invasivas e provas não invasivas, ônus da prova, situações polêmicas, envolvendo provas, em que prevaleceu o *nemo tenetur se detegere*, e outros. Por fim, analisa-se a identificação criminal no ordenamento jurídico brasileiro, os bancos de dados de perfis genéticos, a Lei nº 12.654/2012 e as hipóteses dela decorrentes, a (in) constitucionalidade da Lei nº 12.654/2012, entre outros. Nesse sentido, o intuito do trabalho é verificar possível afronta ao Princípio do *nemo tenetur se detegere* pela inovação legislativa.

Palavras-chave: Direito Processual Penal 1. Provas 2. Identificação Criminal 3. Perfil Genético 4. Princípio do *nemo tenetur se detegere* 5.

ABSTRACT

This research seeks to analyze the compulsory collection of genetic profiles under the Principle of *nemo tenetur se detegere* or non-self-incrimination. For this purpose, in addition to the principle in question, other related constitutional and criminal procedural principles were also listed. Subsequently, issues related to evidence in criminal proceedings are addressed: invasive and non-invasive evidence, burden of proof, controversial situations, involving evidence, in which *nemo tenetur se detegere* prevailed, and others. Finally, criminal identification in the Brazilian legal system, databases of genetic profiles, Law nº 12.654/2012 and the resulting hypotheses, the (in) constitutionality of Law 12.654 /2012, among others, are analyzed. In this sense, the purpose of the work is to verify a possible affront to the Principle of *nemo tenetur* to be detained by legislative innovation.

Keywords: Criminal Procedural Law 1. Evidence 2. Criminal Identification 3. Genetic Profile 4. Principle of *nemo tenetur se detegere* 5.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Distribuição das categorias de perfis genéticos existentes no BNPG.....	53
Gráfico 2 – Crescimento do número total de perfis genéticos no BNPG.....	54

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
BNPG	Banco Nacional de Perfis Genéticos
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CODIS	Combined DNA Index System CODIS – Sistema de Índice de DNA Combinado
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
FBI	Federal Bureau of Investigation – Departamento Federal de Investigação
DNA	Ácido Desoxirribonucleico
HC	Habeas Corpus
LEP	Lei de Execução Penal
MP	Ministério Público
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PGR	Procuradoria Geral da República
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
RCL	Reclamação
RIBPG	Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	14
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIS CORRELATOS ...	16
2.1 Princípio do <i>nemo tenetur se detegere</i>	16
2.1.1 O direito ao silêncio.....	19
2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana	20
2.3 Princípio da presunção de inocência	22
2.4 Princípio da proporcionalidade	23
2.5 Princípio do devido processo legal.....	24
2.6 Princípio da ampla defesa	25
2.7 Princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada.....	26
2.8 Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo	27
3 PROVAS QUE DEPENDEM DA COLABORAÇÃO DO ACUSADO PARA SUA PRODUÇÃO	28
3.1 Conceito de prova.....	28
3.2 O ônus da prova	29
3.2.1 Inversão do ônus da prova	30
3.2.2 Ônus da prova e o poder instrutório do juiz	30
3.3 Fonte de prova, meios de provas e meios de obtenção de prova.....	32
3.4 Destinatários da prova	32
3.5 Intervenções corporais	33
3.6 As provas invasivas e não invasivas.....	34
3.7 Situações polêmicas, envolvendo provas, em que prevaleceu o <i>nemo tenetur se detegere</i>	34
3.7.1 O uso do DNA nas ações de investigação de paternidade.....	35
3.7.2 O exame grafotécnico.....	35
3.7.3 O etilômetro	36
3.8 O DNA e os exames genéticos	37
3.9 A prova genética.....	37
3.9.1 O caso Glória Trevi.....	39
3.9.2 O caso Roberta Jamilly.....	40
3.10 A confiabilidade da prova genética.....	40

4 COLETA DE PERFIS GENÉTICOS COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL	42
4.1 Identificação criminal no ordenamento jurídico brasileiro	42
4.1.2 Diferença entre identificação criminal, qualificação do investigado, reconhecimento e indiciamento.	43
4.2. Hipóteses em que a lei autoriza a identificação criminal	44
4.3 A Lei nº 12.654/2012 e as hipóteses dela decorrentes	45
4.3.1 Identificação genética na fase de investigação	46
4.3.2 Coleta compulsória de perfis genéticos após a condenação	47
4.3.3 As conseqüências da falta grave	49
4.3.4 Previsão de eliminação dos perfis genéticos	49
4.3.5 A técnica “adequada e indolor” de coleta de perfis genéticos	50
5 Os bancos de dados de perfis genéticos	51
5.1 O banco de perfis genéticos brasileiro	52
5.2 A rede integrada de banco de dados de perfis genéticos	54
5.3 O comitê gestor da RIBPG	55
6 A (in) constitucionalidade da Lei nº 12.654/2012	56
7 Recurso Extraordinário nº 973.837/2015	58
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata de questão constitucional suscitada por ocasião da promulgação da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, que criou a possibilidade de identificação criminal por meio do DNA em solo pátrio. A inovação legislativa restringiu-se a duas hipóteses: na identificação criminal (Lei nº 12.037/09), que trata da identificação do civilmente identificado e regulamenta o art. 5º, inciso LVIII, da CF/88) e na execução penal por crimes violentos ou hediondos (Lei nº 7.210/84, art. 9-A).

O assunto possui relevância jurídica, social e desperta polêmicas, visto que, a inovação legislativa, aparentemente, extrapola a mera individualização de pessoas e institui a coleta de provas mediante colaboração do acusado ou condenado por meio da obtenção de seu material genético, sendo que na hipótese dos condenados a situação é ainda mais delicada, por se tratar de coleta compulsória mediante “coação”, uma vez que, o § 8º do art. 9º-A da Lei de Execuções Penais, introduzido pela Lei nº 13.964/19 estabelece que constitui falta grave a recusa do condenado em se submeter ao procedimento de extração do seu DNA. Portanto, diante da possível afronta a diversos princípios constitucionais, dentre eles o princípio do *nemo tenetur se detegere*, faz-se necessário revisitá-los, a fim de, questionar os limites dos poderes punitivos do Estado e verificar qual a forma menos danosa de eventual mitigação do princípio da não autoincriminação. Já no âmbito social destaca-se o alerta para os perigos da manipulação em larga escala do DNA, material sensível capaz de fornecer informações que transcendem a própria pessoa do acusado.

Foram tantas as divergências na aplicação da Lei nº 12.654/12 que o assunto chegou ao STF, em 2016, por meio do Recurso Extraordinário nº 973.837/15, do TJMG. Após reconhecida, por unanimidade, a repercussão geral da questão constitucional o Supremo, em 2017, realizou audiência pública com o intuito de aprofundar o conhecimento sobre a matéria e verificar a constitucionalidade da coleta compulsória de perfis genéticos. Contudo, até o momento ainda não houve uma decisão de mérito.

Sendo assim, a presente pesquisa busca analisar a coleta compulsória de perfis genéticos ante o Princípio do *nemo tenetur se detegere* ou da não autoincriminação. Característico do Sistema Processual Penal Acusatório, o referido princípio possui grande relevância no processo penal, uma vez que, assegura ao acusado o direito de não se autoincriminar.

Portanto, indaga-se: A coleta compulsória de perfis genéticos para fins de identificação criminal fere o princípio do *nemo tenetur se detegere* ou princípio da não

autoincriminação?

Diante de tal indagação, o objetivo geral da presente pesquisa é analisar possível violação do princípio da não autoincriminação pela Lei nº 12.654/12, que autorizou a extração compulsória de material genético de condenados por crimes cometidos dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, bem como por quaisquer dos crimes hediondos.

Para tanto foram delineados os seguintes objetivos específicos: apontar os princípios constitucionais correlatos, elencar casos na legislação pátria em que prevaleceu o princípio do *nemo tenetur se detegere*, analisar a Lei nº 12.654/12 com o intuito de listar possíveis incongruências.

Parte-se de duas hipóteses: na primeira, a coleta compulsória de perfis genéticos para fins de identificação criminal não fere o princípio do *nemo tenetur se detegere*, uma vez que, decorre de condenção criminal transitada em julgado. Além disso, trata-se de mero procedimento de identificação criminal. Já na segunda, a coleta compulsória de perfis genéticos para fins de identificação criminal fere o princípio do *nemo tenetur se detegere*, uma vez que, os perfis genéticos colhidos sob o pretexto de identificação criminal possuem como finalidade a coleta de provas, ferindo o direito da pessoa presa de não produzir provas contra si mesmo. Assim, para verificar o teste das hipóteses realiza-se pesquisa bibliográfica e documental utilizando como fontes: legislação, doutrina, jurisprudência e direito comparado.

Na primeira seção, são elencados os princípios constitucionais e processuais penais correlatos, norteadores do nosso ordenamento jurídico. E embora o cerne seja o princípio da não autoincriminação, ao longo do capítulo serão explicitados outros princípios igualmente importantes para a elucidação da polêmica acerca do uso do DNA na seara criminal.

Na segunda seção, é abordado o tema das provas no processo penal, um vez que a Lei nº 12.654/12, denominada “Lei dos Perfis Genéticos”, aparentemente, extrapola os limites da identificação criminal e envereda rumo à colheita de provas. O assunto abordado parte dos conceitos básicos relativos à matéria, passa por situações polêmicas envolvendo a colaboração do acusado e culmina na confiabilidade da prova genética.

Na terceira seção, o assunto é aprofundado, abordando-se, dentre outros: a identificação criminal no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 12.654/12 e as hipóteses dela decorrentes, os bancos de dados de perfis genéticos, a Rede Integrada de Perfis Genéticos e a (in) constitucionalidade da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012.

Ao final, espera-se que os objetivos sejam atendidos, a pergunta seja respondida com a confirmação de uma de suas hipóteses, indicando se a coleta compulsória de perfis genéticos fere ou não o princípio do *nemo tenetur se detegere* ou da não autoincriminação.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIS CORRELATOS

Nesta primeira etapa serão abordados alguns princípios constitucionais e processuais penais, norteadores do nosso ordenamento jurídico, sem os quais esta pesquisa seria inviabilizada. Embora o cerne seja o princípio do *nemo tenetur se detegere*, ao longo do capítulo serão explicitados outros princípios igualmente importantes para a elucidação da polêmica acerca do uso do DNA na seara criminal, sobretudo, no que tange à coleta compulsória de perfis genéticos.

2.1 Princípio do *nemo tenetur se detegere*

Dentre os princípios vigentes no ordenamento jurídico pátrio existe um que assegura ao acusado o direito de não se autoincriminar. Designado pela expressão em latim *nemo tenetur se detegere*, também é conhecido como princípio da não autoincriminação. Como preceitua Queijo (2003, p. 04): “Literalmente, a expressão *nemo tenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a se descobrir.” Ou, como destaca a doutrina de Lima (2020, p. 71): “[...] Consiste, (...) na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado (...) em processo de caráter sancionatório [...]”.

Conforme destacam Alencar e Távora (2014, p. 84): este princípio está relacionado à necessidade de comunicar ao preso, ao indiciado ou a qualquer pessoa, inclusive na condição de testemunha, que potencialmente possa se incriminar, sobre o conteúdo de seus direitos. Como aponta Lima (2020, p.71): “Trata-se de uma modalidade de autodefesa passiva, que é exercida por meio da inatividade do indivíduo sobre quem recai ou pode recair uma imputação [...]”. Sendo que, o acusado não pode sofrer nenhuma consequência negativa, ou seja, sofrer qualquer prejuízo, uma vez que, está agindo no exercício de um direito assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O *nemo tenetur se detegere* engloba: o direito ao silêncio, de não ser obrigado a confessar, de inexigibilidade de dizer a verdade, de não praticar conduta ativa incriminadora, bem como o de não ser submetido à provas invasivas (ALENCAR e TÁVORA 2014, p. 85). Como destaca Lima (2020, p. 72): É irrelevante (...) que se trate de inquérito policial ou administrativo, processo criminal ou cível ou de Comissão Parlamentar de Inquérito. Se houver possibilidade de autoincriminação a pessoa pode fazer uso do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Quanto à inexigibilidade de dizer a verdade, parte da doutrina sustenta a existência de um verdadeiro “direito de mentir”, contudo, existem autores que discordam, dentre eles

Lima (2020, p. 75): “[...] por não existir crime de perjúrio no ordenamento pátrio, pode-se dizer que o comportamento de dizer a verdade não é exigível do acusado, sendo a mentira *tolerada*, porque dela não pode resultar nenhum prejuízo ao acusado [...]”.

Já quanto à origem do princípio em comento, é consenso, que perde-se no tempo, sendo que, seu fortalecimento ocorreu no período do Iluminismo, ou seja, depois do período da Idade Média ou como foi denominada “Idade das Trevas”. Como enfatiza Queijo (2003, p. 4): “Há quem considere que o princípio do *nemo tenetur se detegere* se insere entre as regras gerais de direito, sendo impossível identificar suas raízes”.

Na Idade Média imperava o Sistema Inquisitivo, onde “O Estado-juiz concentrava em suas mãos as funções de acusar e julgar, comprometendo assim a sua imparcialidade” (RANGEL, 2014, p. 47). Além disso, nesse período a confissão era considerada a “rainha das provas”, para obtê-la as autoridades recorriam à métodos classificados como cruéis e desumanos. Conforme Carvalho (2014, p. 58): “[...] A tortura, comumente usada, as provas da água fervente, da água fria, do ferro em brasa, os duelos, eram práticas intoleráveis e demonstravam o absoluto descompromisso com a verdade e a justiça [...]”. Em decorrência disso, segundo Queijo (2003, p. 1): o princípio em foco somente se tornou possível no momento em que o acusado deixou de ser objeto de prova e passou a ser sujeito de direitos, podendo constituir defesa técnica representada pela figura do advogado.

E foi assim que o *nemo tenetur se detegere* tornou-se um dos pilares do Sistema Processual Penal Acusatório, modelo penal caracterizado pela divisão de funções. Sobre suas características, discorre Rangel (2014, p. 49): “[...] antítese do inquisitivo, tem nítida separação de funções, ou seja, o juiz é órgão imparcial de aplicação da lei, [...]; o autor é quem faz a acusação [...], o réu exerce todos os direitos inerente à sua personalidade [...]”. Ou seja, a partir deste momento, a justiça começa a se humanizar e entrar em sintonia com os ideais pregados até os dias atuais.

No Brasil, a CRFB/88, além de adotar o Sistema Acusatório (art. 129, inc. I, CF/88), também assegurou diversos direitos e garantias fundamentais. Dentre os direitos tutelados encontra-se o direito ao silêncio, decorrente do *nemo tenetur se detegere*, imprescindível tanto para o interrogatório como para as provas no processo penal. Situado no art. 5º, inciso LXIII, prescreve: “o preso será informado dos seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurado a assistência da família e de advogado” (Brasil, 1988).

Para Queijo (2003, p. 190) o princípio do *nemo tenetur se detegere*: “[...] como direito fundamental e garantia do cidadão no processo penal, como limite ao arbítrio do Estado, é bem mais amplo e há diversas decorrências igualmente importantes que dele se

extraem.” Ou seja, tal direito é corriqueiramente relacionado ao interrogatório e as provas no processo penal, contudo, ele é bem mais amplo do que se imagina, estende-se a todas as pessoas. Sobre a advertência quanto ao direito ao silêncio, ensina Lima (2020, p. 74): “O preso deve ser advertido prévia e formalmente, sem isso reputa-se ilícita a prova obtida [...]”.

O *nemo tenetur se detegere* também foi incorporado ao nosso ordenamento jurídico por meio de tratados sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, em especial: O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14, número 3) e a Convenção Americana de Direitos Humanos-Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, número 2, alínea “g”).

Isso porque, de acordo CF/88, art. 5º, § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Nas palavras de Queijo (2002, p. 80): “Por força de tal incorporação [...] como direito fundamental a norma que prevê o *nemo tenetur se detegere* possui hierarquia constitucional. Trata-se de um princípio garantia”

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, do qual o Brasil é signatário, estabelece no art.14, número 3, as garantias mínimas que o acusado tem direito durante o processo como: ser informado da natureza e causas da acusação, defender-se pessoalmente ou mediante defesa técnica e outros.

Já o art. 8º, número 2, alínea “g” da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1969, dispõe que : “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”. E para que ninguém fique com dúvidas sobre quem seria “toda pessoa”, a própria Convenção Americana Sobre Direitos Humanos explica, em seu art.1º, número 2: “Para os efeitos desta convenção, pessoa é todo ser humano”. Logo, trata-se de um princípio que se estende à todas as pessoas, estando elas presas ou não, com intuito de proteger os direitos individuais assegurados, em nosso caso, pela CRFB/88 e pelos tratados sobre direitos humanos.

A jurisprudência brasileira tem acolhido o princípio do *nemo tenetur se detegere*, bem como os pactos sobre direitos humanos para fundamentar suas decisões, como pode ser constatado no seguinte trecho da lavra do Ministro Ayres Britto, no HC 101.909, que versa sobre a preponderância da confissão espontânea em um caso em que determina ao Juízo Processante que redimensione a pena imposta ao paciente ou, em outras palavras, ao indivíduo que sofreu a coação:

A CF assegura aos presos o direito ao silêncio (inciso LXIII do art. 5º).

Nessa mesma linha de orientação, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica) institucionaliza o princípio da "não autoincriminação" (*nemo tenetur se detegere*). Esse direito subjetivo de não se autoincriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da CF). A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégia de oportunidade de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado. [HC 101.909, rel. min. Ayres Britto, j. 28-2-2012, 2ª T, DJE de 19-6-2].

Isto é, o Princípio do *meno tenetur se detegere* é um dos esteios do sistema processual penal acusatório. Ao lado do Princípio da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, destaca-se por proteger o indivíduo, seja ele acusado, condenado ou testemunha, contra a tirania do Estado e as pressões da sociedade.

2.1.1 O direito ao silêncio

O direito ao silêncio está sediado no art. 5º, inc. LXIII, da CRFB/88. Imprescindível tanto para a fase de interrogatório como para as provas, não deve ser confundido com o *nemo tenetur se detegere*, visto que, o primeiro é decorrente deste último. Como ensina Lima (2020, p. 75): “corresponde ao direito de não responder às perguntas formuladas pela autoridade, funcionando como espécie de manifestação passiva da defesa [...]”. Ou seja, não há que ser confundido com confissão ficta, tampouco com falta de defesa, visto que, pode ser utilizado como estratégia. De seu exercício não decorrem quaisquer consequências negativas para o acusado.

Já o *nemo tenetur se detegere*, como já detalhado no tópico anterior, é bem mais amplo, engloba: o direito ao silêncio; direito de não ser obrigado a confessar a prática de ilícito penal; inexigibilidade de dizer a verdade; direito a não praticar comportamento ativo incriminador e o direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva. Contudo, tanto o direito ao silêncio, como o direito a não autoincriminação estão tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro e são igualmente constitucionais.

Quanto à aplicabilidade do direito ao silêncio no interrogatório do réu é possível inferir que: na primeira fase do interrogatório (fase de qualificação) não se aplica o direito ao silêncio, contudo, na segunda fase sua observância é obrigatória. Como adverte Lima (2020 74): “Impõe-se, pois, que qualquer pessoa em relação à qual recaiam suspeitas de prática de

um ilícito penal seja formalmente advertida de seu direito ao silêncio, sob pena de ilicitude das declarações por ela afirmadas [...]”. Ou seja, em caso de inobservância do direito em tela, além de gerar nulidade reputar-se-á ilícita a prova obtida, visto que, resta configurada violação de norma constitucional estabelecida no art. 5º, inc. LXIII, da CRFB/88.

Em síntese, o direito ao silêncio, assegurado pela Constituição Federal de 1988, é um direito do acusado. Fundamental para a autodefesa decorre do *nemo tenetur se detegere* e revela-se importantíssimo para o Sistema Processual Penal Acusatório, onde o acusado é sujeito de direitos e, por isso, não é obrigado a se autoincriminar.

2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana está prevista no art.1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, assim como a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Está expressa no art. 5º *caput*: “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 igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (Brasil, 1988). E ainda no inciso III, do mesmo artigo, encontra-se a expressão: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (Brasil, 1988). Isto é, a proteção à dignidade é polivalente, irradiando-se em múltiplas direções para proteger o ser humano.

Já enquanto princípio constitucional, conforme o pensamento de Nucci (2014, p. 33), a dignidade da pessoa humana está pautada em dois aspectos básicos: um objetivo e outro subjetivo. Sendo que, estes compreendem: garantia mínima da existência e respeitabilidade e autoestima do ser humano, sendo este último irrenunciável.

Dessa forma, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é um valor intrínseco ao ser humano, sem ela todos os demais princípios ficam desprovidos de sentido. Além disso, ela é a base de todo e qualquer Estado Democrático de Direito e o cerne de diversos tratados e convenções. Um dos mais célebres desses tratados é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, no ano de 1948, na cidade de Paris. Logo no seu artigo “ I ” este importante documento estabelece o seguinte: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para os outros em espírito de fraternidade”. Mais adiante, em seu artigo “V”, de forma análoga à Constituição Federal de 1988, certifica: “Ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.”

Tal semelhança com a Constituição Federal de 1988 não é à toa, a Declaração Universal de Direitos Humanos e outros tratados e convenções que versam sobre direitos humanos foram os alicerces para a elaboração da CRFB/88, que ficou conhecida no mundo inteiro como “Constituição Cidadã”, por seu respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Quanto à presença da dignidade da pessoa humana no processo penal, destaca Nucci (2014, p.13): “No Processo Penal constitui o amálgama do Direito Penal, pois permite aplicação justa das normas sancionadoras [...]”. Ou como afirma Carvalho (2014, p. 60) “Em síntese, está segurado constitucionalmente, pelo princípio da dignidade, um direito processual que confira ao acusado o direito a ser julgado de forma legal e justa (...) bem como a gestão da prova seja deferida ao julgador [...].”

Ainda conforme Carvalho (2014, p. 56): “De tudo resulta a noção de que o homem é um fim em si mesmo e fim do próprio Estado, que existe para assegurar a dignidade da pessoa e não o contrário.” Ou seja, o Estado deve servir aos interesses do indivíduo e não o contrário.

A jurisprudência brasileira, retratada em decisões do STF, reafirma a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, como é possível observar no trecho infracitado, da lavra do Ministro Eros Grau, na arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), objetivando a declaração de não-recebimento pela CRFB/88, do disposto no §1º da Lei nº 6.683/79. A concessão da anistia a todos que, em determinado lapso temporal, cometeram crimes políticos estender-se-ia aos crimes conexos, crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política:

(...) a dignidade da pessoa humana precede a Constituição de 1988 e esta não poderia ter sido contrariada, em seu art. 1º, III, anteriormente a sua vigência. A argente desqualifica fatos históricos que antecederam a aprovação, pelo Congresso Nacional, da Lei 6.683/1979. (...) A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do País, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda a gente que conhece nossa história sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei 6.683/1979. (...) Tem razão a argente ao afirmar que a dignidade não tem preço. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano.[...] [ADPF 153, voto do rel. min. Eros Grau, j. 29-4-2010, P, DJE de 6-8-2010].

Sendo assim, verifica-se que para fazer jus ao Princípio da dignidade da pessoa humana basta ser um ser humano. Trata-se de um princípio extremamente necessário, pois, além de fazer parte de vários ramos do Direito, encontra-se em consonância com a Constituição Cidadã, constituindo um dos seus fundamentos e servindo como sustentáculo para os demais princípios, sejam eles constitucionais ou processuais penais.

2.3 Princípio da presunção de inocência

Segundo Carvalho (2014, p. 187): “A primeira aparição do princípio ocorreu na Constituição da Virgínia, em 1776, constando logo depois, em 1789, na célebre Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Cidadão, na França”. Posteriormente, em 1948, o princípio foi incorporado também na Declaração dos Direitos Humanos da ONU, no artigo 11, número 1, que diz: “Toda pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente comprovada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhes seja asseguradas”.

Já a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 678 /1992, dispõe no art. 8º, número 2, que: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa [...]”.

O princípio da presunção de inocência também está expresso no art. 5º, LVII, da CRFB/88, que dispõe: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (Brasil, 1988). Segundo Nucci (2014, p. 33): “[...] Significa que aquele que foi acusado é presumido inocente até que seja considerado culpado por sentença penal condenatória, exigindo-se o trânsito em julgado.”

De acordo com Alençar e Távora (2014, p. 61) deste princípio derivam duas regras essenciais: a regra probatória, segundo a qual a parte acusadora tem o encargo de provar a culpabilidade do acusado e a regra de tratamento, ou seja, o fato de que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença final condenatória. Dessa forma, é possível aferir que o princípio em tela é basilar para o processo penal.

Recentemente, no ano de 2019, o Princípio da presunção da inocência esteve no centro da polêmica decisão sobre a prisão após condenação em segunda instância: Por 06 votos a 05 o STF decidiu contra essa possibilidade, alterando entendimento adotado em 2016. Reafirmando, assim, o que está presente no texto constitucional. Abaixo trecho de decisão do STF, de relatoria do Ministro Celso de Melo, tratando da presunção da inocência no âmbito processo penal:

[...] Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (DL 88, de 20-12-1937, art. 20, 5). Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao

esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou tribunal a pronunciar o non liquet. [HC 73.338, rel. min. Celso de Mello, j. 13-8-1996, 1ª T, DJ de 19-12-1996].

Em suma, atualmente, o réu ou indiciado é um sujeito de direitos, não é obrigado a provar a sua própria inocência, tampouco, como visto, deve ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

2.4 Princípio da proporcionalidade

Trata-se de princípio extremamente importante, em especial na situação de colisão entre valores constitucionalizados (LENZA, 2017, p.166). Geralmente, é empregado tanto no controle de constitucionalidade como na geração de direitos, harmonizando os princípios entre si. Sobre o local em que se assenta na Constituição, discorre Carvalho (2014, p. 65): “Discute a doutrina sobre a sede constitucional do princípio da proporcionalidade: o devido processo legal, o princípio da dignidade (...). Há, ainda, autores que o consideram princípio constitucional fundamentalmente não escrito.” Ou seja, apesar de não estar escrito o Princípio da proporcionalidade encontra-se em consonância com os demais princípios constitucionais.

No direito administrativo relaciona-se diretamente com a imposição de limites ao poder público, já tratando-se de direito penal seu foco é a aplicação das penas na medida certa, ou seja, sem excessos. O princípio em tela deve preencher três requisitos básicos, quais sejam: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito. Segundo Lenza (2017, p. 16): o primeiro diz que a restrição a direitos, que só deve ser feita depois de esgotadas as possibilidades menos gravosas; o segundo relaciona-se à escolha do melhor meio. Já o terceiro está ligado à máxima efetividade e a mínima restrição.

Quanto a sua aplicação no processo penal, em relação às provas, preleciona Alencar e Távora (2014, p. 83): “Pode se dizer que é minoritário o setor da doutrina e da jurisprudência que defende a aplicação excepcional do princípio da proporcionalidade contra o acusado, para satisfazer a pretensão do “movimento da lei e da ordem”. Abaixo trecho da decisão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, do STF, presta-se a nortear a compreensão da incidência do princípio da proporcionalidade em casos de prova ilícita:

Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da

proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. [HC 80.949, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 30-10-2001, 1ª T, DJ de 14-122001.]

Em síntese, embora o Princípio da proporcionalidade seja utilizado para resolver conflitos entre princípios, inclusive os que envolve direitos e garantias fundamentais, no âmbito penal cabe estabelecer maior cautela por se tratarem de bens jurídicos indisponíveis, como por exemplo: a vida, a integridade física, direitos ligados à personalidade e outros. No caso das provas ilícitas, a regra é a vedação, contudo, pode ser admitida em caráter excepcional, desde que, a favor do réu.

2.5 Princípio do devido processo legal

O devido processo legal é estabelecido no art. 5º, inc. LIV, da CF/88. De acordo com este artigo “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem que haja o devido processo legal” (Brasil, 1988). Ou seja, a demanda deve ser submetida ao Poder Judiciário. Como ensina Alencar e Távora (2014, p. 75): “[...] A pretensão punitiva deve perfazer-se dentro de um procedimento regular, perante a autoridade competente, tendo por alicerce provas validamente colhidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa.”

O princípio significa dizer que se deve respeitar todas as formalidades previstas em lei para que haja cerceamento da liberdade (seja ela qual for) ou para que alguém seja privado de seus bens (RANGEL, 2014, p. 4). Ou seja, para que o cidadão seja privado de sua liberdade e ou de seus bens, em regra, deve existir decisão fundamentada de órgão ou autoridade competente.

Quanto ao cerne do princípio anota Martins (2017, p. 60): “Pode compreender o devido processo legal, o juiz imparcial, o acesso ao judiciário e ao contraditório”. De acordo com o mesmo autor, juiz imparcial é o que se põe entre as partes, sendo superior a elas. Já o acesso à justiça deve ser compreendido como a facilidade de estar em juízo. Enquanto que, contraditório significa o direito que o acusado possui de refutar a acusação que lhe foi feita.

A respeito da importância do devido processo legal preleciona Rangel (2014, p. 5): “O devido processo legal é o princípio reitor de todo o arcabouço jurídico. Todos os outros derivam dele.” Ou seja, sem o princípio em tela não faria sentido existir o Poder Judiciário, tampouco os demais princípios norteadores do ordenamento jurídico.

A jurisprudência tem reafirmado a importância do princípio do Devido Processo

Legal, como é possível aferir no trecho abaixo, da lavra do Ministro Eros Grau, na aplicação de julgamento do STF para determinar a libertação de pessoas presas com fundamento na gravidade do crime de que são acusadas antes que sua condenação tenha transitado em julgado:

A regra, antes do trânsito em julgado da sentença, é a liberdade; a prisão é a exceção, somente podendo ser decretada em situações excepcionalíssimas, demonstradas concretamente. A citação por edital não autoriza presumir que o paciente fugiu. A prisão cautelar, com fundamento nessa presunção, não se justifica para garantia da ordem pública nem por conveniência da instrução criminal. (...) Flagrante constrangimento ilegal a justificar a exceção à Súmula 691 desta Corte. [HC 95.674, rel. min. Eros Grau, j. 23-9-2008, 2ª T, DJE de 19-12-2008.] Vide HC 97.028, rel. min. Eros Grau, j. 16-12-2008, 2ª T, DJE de 14-8-2009].

Ante o exposto, verifica-se que o devido processo legal além de assegurar que os atos judiciais devem seguir etapas previstas em lei, também protege o indivíduo contra possíveis excessos por parte das autoridades, estabelecendo antes do trânsito em julgado a liberdade como regra majoritária.

2.6 Princípio da ampla defesa

De acordo com art. 5º, inc. LV, da CRFB/88, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes ” (Brasil, 1988). Dessa forma, segundo Lima (2020, p. 58): “O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta [...]” Ou ainda nas palavras de Carvalho (2014, p. 174): “Contraditório e ampla defesa perfazem uma mesma garantia processual, pois não pode existir ampla defesa sem contraditório e vice-versa”.

Martins (2017, p. 61), por sua vez, salienta: “a ampla defesa diz respeito ao réu, que é quem se defende, e não ao autor.” Já segundo Carvalho (2014, p.174): “[...] Contraditório e ampla defesa incluem a possibilidade de contraditar as provas produzidas, contraprovar, tomar conhecimento das alegações da parte contrária, contra-alegar e (...) tomar conhecimento dos atos judiciais [...]” Ou seja, é através do contraditório que o réu toma ciência do que está sendo imputado a ele, elaborando assim a melhor defesa possível.

Sobre a ampla defesa no processo administrativo disciplinar o STF aprovou a Súmula Vinculante nº 5, que diz: “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.” Já na execução penal essa súmula não pode ser aplicada, visto que, “[...] está em jogo a liberdade do sentenciado, o qual se encontra

em situação de extrema vulnerabilidade [...]” (LIMA, 2020, p. 66). Quanto à ampla defesa na área penal o STJ firmou a Súmula nº 533, que possui o seguinte teor:

Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

Ou seja, sem a presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, o procedimento administrativo no âmbito da execução penal torna-se inviável, visto que, viola o princípio da ampla defesa. Sendo que, tratando-se de execução penal até mesmo a transferência e ingresso de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima devem ser observados, com exceção das situações urgentes asseguradas pela Súmula nº 639 do STJ, que diz: “Não fere o contraditório e o devido processo decisões que, sem ouvida prévia da defesa, determine transferência ou permanência de custodiado em estabelecimento penitenciário federal”. Em suma, o princípio da ampla defesa além de estar em consonância com o princípio do contraditório, assegura ao acusado em geral o direito de defesa por todos os meios e recursos admitidos em direito.

2.7 Princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada

O direito à intimidade e à vida privada está expresso no art.5º, inc.X, da CRFB/88 da seguinte forma: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação”.

Insere-se a intimidade dentre os direitos da personalidade, ao lado do direito à imagem, à vida privada, à defesa do nome, ao direito autoral, à inviolabilidade do domicílio [...] e tudo o mais que tocar ao recato da personalidade [...] (CARVALHO, 2014, p. 83). O direito à vida privada relaciona-se à faculdade que o indivíduo possui de viver segundo as suas próprias escolhas. Já a honra, por sua vez, de acordo com Silva (2005, p. 209): “[...] é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos cidadãos, o bom nome, a reputação [...]”. Enquanto que, a inviolabilidade da imagem: consiste na tutela do aspecto físico ou do é perceptível visivelmente (SILVA, 2005, p. 209).

Ainda quanto aos direitos da personalidade, em solo pátrio, ressalta-se que este também encontram-se assegurados no Código Civil, a partir do art. 11, que diz: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Ou seja, o indivíduo não pode transmitir, tampouco “abrir mão” do direito assim tutelado, sua mitigação

necessariamente tem que decorrer de lei.

Em muitos diplomas internacionais o direito de personalidade também está presente, na Declaração da ONU, de 1948, encontra-se expresso no art.XII, que diz: “Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação [...]”. Já em solo pátrio o STF tem manifestado inúmeras ocasiões envolvendo os direitos tutelados pelo art. 5º, inc. X, da Constituição Federal de 1988, como exemplo na súmula vinculante 11, que disciplina o uso de algemas:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. [Súmula Vinculante 11]

Ante o exposto, pode-se dizer que o direito à intimidade e à vida privada encontram-se no cerne dos direitos da personalidade e protegem o indivíduo contra violações de direitos individuais assegurados pela Constituição Federal de 1988.

2.8 Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo

A palavra prova tem a mesma origem etimológica de *probo* (do latim, *probatio e probus*), e traduz as ideias de verificação, inspeção, exame (...). Dela deriva o verbo provar, que significa verificar, examinar, reconhecer por experiência [...] (LIMA, 2020, p. 657).

Com o advento da Constituição da República Federal de 1988, foi estabelecido no art. 5º, inc. LVI, que: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Contudo, até a promulgação da “Constituição Cidadã” não havia legislação disciplinando o uso de provas ilícitas em juízo. À exceção o art. 233 do CPP, *caput*, que dizia: “As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo”. Porém, em seu parágrafo único a seguinte ressalva era feita: “As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa do seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.” (Brasil, 1941). Com a nova regra constitucional foram proibidas além das provas ilícitas, também aquelas consideradas ilegítimas, bem como as ilícitas por derivação.

Conforme Lima (2020, p. 685): “[...] A prova será considerada ilícita quando for obtida através de violação de regra de direito material (penal ou constitucional) [...]”. Exemplo: prova colhida mediante violação de domicílio, pois viola o disposto no art 5º, inc.

XI, da Constituição Federal. Como afirma Rangel (2014, p. 473): “A prova obtida por meios ilícitos enquadra-se na categoria de prova vedada, que se admitida e valorada pelo juiz em sua sentença, acarreta a sua nulidade.” Como preleciona Queijo (2003, p. 685): “Assim, não se exclui a prova somente por ter sido produzida ilicitamente, mas porque, em sua produção, foram violados preceitos constitucionais”.

De seu turno, a prova será considerada ilegítima quando obtida mediante violação à norma do direito processual. A título de exemplo, suponha que, ao ouvir uma testemunha, o magistrado se esqueça de compromissá-la (LIMA, 2020, p. 685). Já quanto à prova ilícita por derivação, define Tourinho Filho (2013, p. 72): “Diz-se a prova ilícita por derivação quando, embora colhida legalmente, a autoridade, para descobri-la, fez emprego de meios ilícitos.”

Contudo, em alguns casos, é admitida a prova ilícita com fulcro no princípio da proporcionalidade, desde que em benefício do réu. Como preleciona Queijo (2003, p. 383): “[...] Neste caso, considera-se o direito de defesa, que é direito fundamental.” Ressalta Lima (2020, p. 708): “Se tal prova pode ser usada em favor do acusado, a fim de obter um decreto absolutório, não pode servir de prova *contra* qualquer pessoa [...]”. Ou seja, por se tratar de prova ilícita não pode ser utilizada para incriminar.

Em suma, as provas ilícitas, bem como as ilegítimas e ilícitas por derivação são inadmitidas no direito brasileiro. Sendo permitidas excepcionalmente em benefício do réu com fulcro no princípio da proporcionalidade.

3 PROVAS QUE DEPENDEM DA COLABORAÇÃO DO ACUSADO PARA SUA PRODUÇÃO

Nesta segunda etapa é abordado o tema das provas no processo penal, um vez que, a Lei nº 12.654/12, denominada “Lei dos Perfis Genéticos”, aparentemente, extrapola os limites da identificação criminal e envereda rumo à colheita de provas. O assunto abordado parte dos conceitos básicos relativos à matéria, passa por situações polêmicas envolvendo a colaboração do acusado e culmina no tópico que trata da confiabilidade da prova genética.

3.1 Conceito de prova

Que se entende por prova? Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, do que se alega [...] (TOURINHO FILHO, 2013, p. 563). Já para Lima (2020, p. 657): “Em sentido amplo, *provar* significa demonstrar a veracidade de um

enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real [...]” Ou como ensina Rangel (2014, p. 461): “No campo jurídico, podemos conceituar prova como sendo o meio instrumental de que se valem (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa [...]”.

Em síntese, é através das provas que a verdade, ainda que relativa, sobre determinado fato é esclarecida: o que estava em segredo é revelado e o magistrado pode formar a sua convicção que, conforme preceitua o art. 93, inc. IX da Constituição Federal de 1988, deve ser sempre motivada.

3.2 O ônus da prova

A palavra **ônus** vem do latim *onus, oneris*, que significa carga, peso, fardo [...]. Sob o ponto de vista jurídico, podemos dizer que ônus é o encargo que as partes têm de provar as alegações que fizerem em suas postulações (RANGEL, 2014, p. 503, grifo do autor). Ou seja, trata-se de encargo inerente às partes, que para se desencilhar precisa provar aquilo que foi suscitado.

O art. 156, caput, do Código de Processo Penal dispõe que: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]. Nesse sentido preleciona Tourinho Filho (2013, p. 576): “A regra concernente ao (...) encargo de provar e regida pelo princípio *atori incumbit probatio* (...), isto é, deve incumbir-se da prova o autor da tese levantada.” Sendo assim, cabe à acusação a demonstração de existência do fato, bem como a demonstração de autoria.

Noutro giro, adverte Alencar e Távora (2014, p. 525): “É necessário que enxerguemos o ônus da prova em matéria penal à luz do princípio da presunção de inocência, e também do favor réu.” Como afirma Rangel (2014, p. 503): “[...] Não mais compete ao réu ter que provar sua inocência [...]” Ou seja, uma vez que o réu goza do princípio da presunção de inocência não cabe a este contribuir para a sua autoincriminação, tampouco ser considerado culpado com fulcro no art. 5º, LVII, da CRFB/88 que diz: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (Brasil, 1988). Bem como, se ao final, o magistrado não conseguir formar sua convicção, decorrente, por exemplo, de insuficiência de provas, o réu deve ser absolvido, em observância ao princípio do favor rei.

A acusação (...) tem ônus de evidenciar suas alegações (...), bem como de refutar dúvidas que tenham sido colocadas pela defesa. O ônus é todo do Ministério Público a perspectiva do processo penal condenatório (ALENCAR; TÁVORA, 2014, p. 528). Ou seja, o réu é parte mais vulnerável e por isso deve ser protegido.

Isto é, ante o exposto, o ônus da prova, atualmente, incumbe ao autor ou ao Ministério Público. Como foi exposto, além de não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, se ao final as provas forem insuficientes ou houver qualquer dúvida capaz de prejudicar o réu, este deve ser beneficiado pelo princípio do favor réu.

3.2.1 Inversão do ônus da prova

Devido ao princípio do favor rei ou favor réu e também ao princípio da presunção de inocência, como visto, em regra, o ônus da prova recai sobre o querelante (autor da queixa-crime, nos casos de ação penal privada ou da ação penal privada subsidiária da pública) ou sobre o Ministério Público (nos casos de ação penal pública condicionada ou ação penal pública incondicionada). Como ensina Alencar e Távora (2014, p. 528): “No processo penal, a regra é que não haja inversão do ônus da prova em prejuízo da defesa.”

Contudo, excepcionalmente é possível essa inversão, mas nunca referente à condenação penal. Como salienta Lima (2020, p. 680): “[...] Diante da hierarquia constitucional do princípio da presunção de inocência, forçoso é concluir que nenhuma lei poderá, então, inverter o ônus da prova com relação à condenação penal [...]”.

Sobre caso que comporta inversão do ônus da prova discorre Alencar e Távora (2014, p.5 28): “[...] É possível falar em inversão do ônus da prova em medidas cautelares assecuratórias regradas pela Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/1998).” Ou seja, em medidas que visam assegurar a eficácia de um determinado direito. Quanto às medidas assecuratórias ensina Lima (2020, p. 680):

Tem-se no dispositivo do art. 4º, § 2º da Lei nº 9.613/98, uma inversão do ônus da prova somente para as medidas coercitivas patrimônias relativas a direitos e valores apreendidos ou sequestrados e, assim mesmo, não para permiti-las, mas sim para que o acusado obtenha a sua liberação [...].

Portanto, a inversão do ônus da prova possui caráter excepcional, não se relaciona à condenação, mas a efeitos secundários, geralmente de natureza cível. Pode ser aplicada tanto para reparação de danos patrimoniais como para assegurar a eficácia de determinado direito que esteja sendo ameaçado.

3.2.2 Ônus da prova e o poder instrutório do juiz

A Lei nº 11.690/08 modificou a redação do art. 156 do CPP, conferindo ao magistrado a possibilidade de produzir provas *ex officio*, nestes termos:

Art.156 A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I- Ordenar, mesmo antes de iniciada ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II- Determinar, no verso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante.

Parte da doutrina enxerga a atuação de ofício pelo magistrado na colheita de provas como algo incontroverso, embasado nos princípios da verdade real e do impulso oficial, contudo, majoritariamente o dispositivo é visto com ressalvas, pois seria um ranço do período ditatorial, remetendo inclusive ao Sistema Processual Penal Inquisitório, inadmissível nos dias atuais.

Segundo Nucci (2014, p. 342): Os princípios da verdade real e do impulso oficial justificam a atuação de ofício pelo juiz. O primeiro refere-se à busca da genuína realidade dos fatos suscitados, enquanto que, o segundo, versa sobre o andamento do feito pelo juiz. Logo, não haveria prejuízos para o acusado.

De outra banda, preleciona Rangel (2014, p. 510): “Colocar o juiz agindo *ex officio* na colheita da prova é contaminar sua (...) imparcialidade e pior: o juiz, agora, poderá ordenar de ofício tanto na fase policial como judicial as diligências que entender cabíveis.” Sobre este aspecto ressaltam Alencar e Távora: “Não pode o juiz, advirta-se, substituir-se à atuação das partes na produção probatória. O papel do magistrado é complementar, objetivando esclarecer dúvida sobre ponto essencial à demonstração da verdade [...]”.

Contudo, Rangel (2014, p.510) afirma: “A reforma (...) adota o princípio inquisitivo, colocando o juiz no centro da colheita de prova em total afronta à CRFB, que adota o sistema acusatório (art. 129, I, CR). Por tal razão, o inciso I do art. 156 é inconstitucional.” Ou seja, o dispositivo legal vai de encontro à regra de separação de funções típica do sistema acusatório, que dispõe que o juiz deve ser imparcial, devendo se manifestar apenas se for provocado.

Existe ainda, aqueles que defendem que o juiz só deveria atuar de ofício, a favor da demonstração de inocência do réu. Como adverte Tourinho Filho (2013, p. 576): “[...] se o juiz quiser fazer uso da regra contida nos incisos I e II do art. 156, que o faça, também, em benefício do réu, sob pena de regredirmos ao tempo do processo inquisitivo...”.

Em resumo, apesar de estar em plena vigência, o art. 156 CPP diverge opiniões e desperta um alerta sobre os limites da atuação do juiz no sistema processual penal acusatório, a fim de evitar, por exemplo, que a prova assim colhida converta-se em prova ilícita, vedada pela CRFB/88 (art.5º, inc. LVI).

3.3 Fonte de prova, meios de provas e meios de obtenção de prova

A expressão *fonte de prova* é utilizada para designar as pessoas ou coisas das quais se consegue a prova, daí resultando a classificação em fontes pessoais (ofendido, peritos, acusado, testemunhas) e fontes reais (documento, em sentido amplo) (LIMA, 2020, p. 661). Ou seja, fonte de prova é de onde estas são obtidas.

Quanto aos meios de provas, define Tourinho Filho (2013, p. 565): “É tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunha, documento, perícia, informação da vítima, (...) tudo são meios de prova.” Ou nas palavras de Nucci (2014, p. 336): “São todos os recursos, diretos ou indiretos, usados para alcançar a verdade dos fatos no processo.” Sendo que, estes podem ser divididos em lícitos e ilícitos. Contudo, estes últimos, não podem ser admitidos no processo, em obediência ao art. 5º, inc. LVI da CFRB/88 e ao art.157 do Código de Processo Penal, que veda as provas ilícitas no território brasileiro.

Por fim, existe ainda, os meios de obtenção de provas que são procedimentos, como ensina Lima (2020, p. 662): “[...] os meios de investigação da prova (ou de obtenção da prova) referem-se a certos procedimentos (em regra, extraprocessuais) regulados por lei e que podem ser realizadas por outros funcionários que não o juiz [...]”. São exemplo destes a busca domiciliar e a busca pessoal.

Em síntese, as fontes estão relacionadas a pessoas ou coisas de onde são colhidas as provas, os meios de prova estão ligados aos recursos, como por exemplo perícia, testemunhas e outros, já aos meios de obtenção de provas referem-se a procedimentos, como por exemplo a busca pessoal.

3.4 Destinatários da prova

Os destinatários da prova, segundo Lima (2020, p. 660): “[...] São todos aqueles que devem formar sua convicção.” Ou conforme preceituam Alencar e Távora (2014, p. 498): “O destinatário direto da prova é o magistrado, que forma o seu convencimento pelo material que é trazido nos autos. As partes também são destinatárias da prova, mas de forma indireta [...]. Ou seja, o destinatário principal é o juiz ou tribunal e o secundário as partes.

Segundo Lima (2020, p. 660): parte da doutrina afirma que o MP também pode ser destinatário da prova, contudo, aquele discorda, pois, na fase pré-processual, o correto seria falar em elementos de provas com exceção das provas cautelares, provas não repetíveis e

provas antecipadas.

Em resumo, destinatário da prova é aquele que, de forma direta ou indireta, a utiliza como substrato para o seu convencimento. Além de servir para comprovar a verdade dos fatos e para o convencimento do magistrado, as provas também contribuem para a aceitação da decisão pelas partes envolvidas no processo.

3.5 Intervenções corporais

No nosso País, uma vez por outra, surgem questões envolvendo intervenções corporais, como no caso do uso do exame de DNA para fins de comprovação de paternidade, contudo, a licitude das intervenções em foco ainda é pouco debatida. Segundo Douglas e Greco (2017, p. 23): “Por intervenções corporais tem se entendido, em resumo, uma série ampla de medidas que possam realizar no corpo de uma pessoa e com consequências jurídicas fundamentais para a solução de casos criminais.” Ou seja, na maioria dos casos a finalidade das intervenções é a obtenção de provas.

A Constituição Federal não estabeleceu a cláusula de reserva de jurisdição para a determinação das intervenções corporais, ou seja, não há previsão de prévia determinação judicial para que possam ser realizadas (DOUGLAS e GRECO 2017, p. 23). Contudo, assegurou no art. 5º direitos e garantias fundamentais que protegem o indivíduo contra pretensões exacerbadas por parte do Estado.

Um exemplo de intervenções corporais que não exigem autorização judicial são as revistas ou buscas pessoais, previstas no art. 244 do CPP, ou seja, em caso de prisão ou quando houver fundada suspeita que a pessoa esteja na posse de arma proibida, objetos ou papéis que constituam corpo de delito ou no curso de busca familiar (Brasil, 1941).

Já como intervenção corporal que depende de autorização judicial convém citar a coleta de material biológico para fins de identificação criminal com o intuito de obtenção do perfil genético, na hipótese que versa sobre o acusado ou indiciado. Assunto que será examinado no capítulo III desta pesquisa, na parte que trata da Lei nº 12.654/12.

De acordo com Queijo (2003, p. 245): Além do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o direito à liberdade, à intimidade, à dignidade humana e tangibilidade corporal também encontram relação com as intervenções corporais. Ou seja, todos os direitos que protegem o indivíduo fazem-se presentes.

Em suma, apesar da CRFB/88 não dispor de cláusulas específicas acerca das intervenções corporais existem princípios constitucionais que garantem sua correta

aplicabilidade, como por exemplo o Princípio do *nemo tenetur se detegere* e o Princípio da proporcionalidade, e restringem eventuais excessos capazes de lesionar os direitos e garantias fundamentais.

3.6 As provas invasivas e não invasivas

Quanto à sua classificação as provas que dependem da intervenção no corpo do acusado podem ser divididas em invasivas e não invasivas. As não invasivas, em regras, são as ideais, por não afrontarem direitos individuais.

Considera-se invasivas as intervenções corporais que pressupõem penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não (QUEIJO, 2003, p. 245). Como exemplo de intervenções corporais invasivas é possível citar os exames de sangue em geral, exames ginecológicos, endoscopia, exames de reto e outros.

Já as provas não invasivas, segundo Lima (2020, p. 78): “[...] São aquelas em que não há penetração no corpo humano, nem implicam a extração de parte dele, como (...) os exames de DNA realizados a partir de fios de cabelo encontrados no chão, etc.” Ou seja, na prova não invasiva não pode haver penetração, tampouco extração de parte do corpo humano.

Em resumo, se para a obtenção da prova for necessário invadir o corpo do acusado para coletar material, trata-se de intervenção corporal invasiva. Já se, por exemplo, o material coletado foi expelido naturalmente pelo corpo do acusado, sendo encontrado naturalmente no ambiente, tal intervenção é classificada como não invasiva.

3.7 Situações polêmicas , envolvendo provas, em que prevaleceu o *nemo tenetur se detegere*

Nos últimos tempos, surgiram algumas questões envolvendo o princípio do *nemo tenetur se detegere*, contudo, após polêmicas e debates este acabou prevalecendo. Dentre os acontecimentos mais relevantes podemos citar: o uso do DNA para fins de investigação de paternidade, a polêmica acerca do uso do Etilômetro, os Exames Grafotécnicos, entre outros. Sendo que a principal característica da aplicação do DNA é a possibilidade de presunção *juris tantum*, por se tratar, em regra, de direitos disponíveis.

3.7.1 O uso do DNA nas ações de investigação de paternidade

Embora encontre-se na seara do direito civil, o uso do DNA para fins de investigação de paternidade merece ser destacado, pois, além de ser exemplo de aplicação da prova genética, constitui hipótese de prevalência do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

O assunto já foi submetido ao STF, em 1996, por ocasião do Habeas Corpus nº 71.373, de relatoria do Ministro Francisco Razez, impetrado contra decisão que determinava que o investigado fosse obrigado a realizar exame de DNA contra a sua vontade. Contudo, após analisar o caso, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, da intangibilidade do corpo humano e outros, por maioria de votos, os Ministros decidiram que ninguém pode ser forçado a colaborar com a produção de provas contra si mesmo. Admitindo-se, no entanto, a presunção *juris tantum*, ou seja, presunção relativa daquilo que se queria provar.

Ou seja, ao contrário do que o senso comum imagina, o *nemo tenetur se detegere* não é restrito ao interrogatório do acusado, nem tampouco à seara penal, o direito em tela permeia todo o sistema acusatório e em harmonia com os demais princípios a fim de proteger o acusado contra arbitrariedades, sendo fundamental também para as provas.

3.7.2 O exame grafotécnico

O exame grafotécnico implica a colheita de material gráfico do acusado ou que este reconheça sua autoria em algum escrito que servirá de parâmetro para a comparação [...] (QUEIJO, p. 259). Ou seja, ambas as hipóteses dependem de colaboração do acusado.

Contudo, o acusado não pode ser compelido a colaborar contra a sua vontade, uma vez que, no ordenamento jurídico pátrio a pessoa possui o direito de não se autodeclarar culpado, conforme dispõe o art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal de 1988 cumulado com o art. 8º, 2, alínea “g”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Nesse sentido, trecho de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de Relatoria do Ministro Ilmar Galvão, tratando do tema abordado:

Diante do princípio do *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art.147 do Código de Processo Penal há de 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.[...].[HC 77.135, rel. min. Ilmar Galvão, j. 08-2009-1998,1ª T, DJ de 06-11-1998.]

Em síntese, o STF reconhece o direito do acusado de não produzir provas contra si

mesmo, contudo, não veda a realização do exame que pode ser feito por anuência do acusado, ou ainda, em caso de recusa, mediante documentos existentes em arquivos ou repartições públicas, podendo, inclusive, ser realizado o exame no próprio local onde se encontrarem, caso seja proibido retirá-los.

3.7.3 O etilômetro

A Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, reconheceu o etilômetro, apelidado “bafômetro”, como objeto padrão para aferição da alcoolemia. Contudo, desde o início o aparelho foi alvo de polêmicas, como ressalta Queijo (2003, p. 360): “Citado instrumento tem sido alvo de críticas, especialmente pela falta de precisão quanto ao resultado e quanto ao constrangimento que impõe àquele que a ele se submete”.

No ano de 2008, devido ao elevado índice de acidentes de trânsito envolvendo motoristas alcoolizados, o art. 306 do CTB foi modificado pela Lei nº 11.705/08 (Lei Seca) passando a prever como crime conduzir veículo automotor com concentração alcoólica acima de 6 decigramas por litro de sangue. Contudo, como ensina Alencar e Távora (2014, p. 86): “Ocorre que, à luz do princípio da autodefesa, o condutor do veículo não podia ser compelido a soprar o etilômetro, devendo afastar, inclusive, os posicionamentos doutrinários que afirmam que a recusa configuraria o crime de desobediência (art. 330, CP) [...]”. Ou seja, de acordo com o princípio do *nemo tenetur se detegere* o acusado não é obrigado a produzir provas contra si mesmo, tampouco sofrer qualquer consequência negativa como multas ou ser autuado por crime de desobediência pelo simples fato de ter se recusado a fazer o exame, visto que, está em exercício de um direito.

Em 2012, o art. 306 do CTB foi novamente reeditado por meio da Lei nº 12.760, e passou a prever a conduta de dirigir com a capacidade psicomotora alterada, a partir de então a comprovação da embriaguês passou a ser feita tanto pelo etilômetro como pela prova testemunhal. Esta última pode ser feita sem a colaboração do condutor, contudo, a primeira continua com a vedação imposta pelo *nemo tenetur se detegere*.

Contudo, apesar da proteção constitucional, ou seja, da vigência de princípios como o *nemo tenetur se detegere* e o princípio da presunção de inocência, em 2016, a Lei nº 13.281 que modificou o CTB, inseriu o art. 165-A, que prevê que a simples recusa do condutor é suficiente para aplicar penalidades e medidas administrativas.

A aplicação desta última modificação gerou o RE 1224374 do Rio Grande do Sul,

que chegou ao STF em 27 de fevereiro 2020. O Supremo, reconheceu por unanimidade a questão constitucional suscitada, mas ainda não houve o julgamento de mérito.

3.8 O DNA e os exames genéticos

O desenvolvimento dos exames de DNA, na década de 80, pelo alto grau de probabilidade que apresentam, deu lugar a uma verdadeira revolução científica e jurídica também, no que se refere às provas (QUEIJO, 2003, p. 247). No início todos ficaram vislumbrados com seu alto grau de certeza, que a nível laboratorial chega a quase cem por cento. Como destacam Douglas e Greco (2017, p. 360): “O DNA, ou ácido desoxirribonucleico é a assinatura genética dos seres vivos [...]”. Ou seja, a partir do DNA é possível ter acesso à intimidade genética do indivíduo.

Embora, atualmente, os exames genéticos sejam admitidos em muitos países, como por exemplo Inglaterra, Reino Unido e Estados Unidos da América, é cada vez mais frequente debates sobre os aspectos jurídicos e bioéticos envolvidos. Acerca de sua importância e aplicabilidade discorre Ruiz (2016, p. 49): “[...] deve-se medir se tal importância pode significar permissão ou ensejo para que as garantias processuais do acusado referente à prova e seu direito de defesa sejam atropelados”. Em síntese, os próprios limites do poder punitivo do Estado são colocados em questão, visto que, nos dias atuais o acusado é um sujeito de direitos, desconsiderar isso seria fazer “ressurgir das cinzas” o sistema inquisitório, inadmissível no contexto de mundo atual.

3.9 A prova genética

As provas genéticas desempenham um papel fundamental na moderna investigação preliminar (...). Entretanto, sua eficácia está condicionada (...) a uma comparação entre o material encontrado e aquele a ser proporcionado pelo suspeito. (LOPES JR., 2016, p. 238). Esta possui como característica o fato de poder ser utilizada tanto pela acusação como pela defesa.

Segundo Ruiz (2016, p. 47): A coleta de material biológico com finalidade de obtenção de prova genética começou antes mesmo da discussão acerca de eventuais reflexos processuais, objetivando elucidar crimes e identificar autores. Ou seja, nos primórdios não existia toda a cautela que se tem atualmente, como por exemplo, os cuidados com a cadeia de custódia das evidências colhidas.

Desde então, tribunais e juízes, surpreendidos pelo salto tecnológico, analisam a viabilidade da aplicação da prova genética no processo penal, sendo que, hodiernamente, já é aplicada por diversos países. Acerca da sua aplicabilidade discorre Lopes Jr. (2016, p. 238):

Não existe problema quando as células corporais necessárias para realizar, v.g., uma investigação genética encontram-se no próprio lugar dos fatos (amostras de sangue, cabelos, pelos etc.), no corpo ou vestes da vítima ou em outros objetos. Nesses casos, poderão ser recolhidas normalmente, utilizando os normais instrumentos jurídicos da investigação preliminar, como a busca e/ou apreensão domiciliar ou pessoal.

Ou seja, não existe nenhum óbice legal para a coleta de material biológico encontrado na cena do crime, visto que, não implica em intervenção corporal. Outra possibilidade de coleta permitida é aquela em que há o consentimento do suspeito. Como afirma Lopes Jr. (2026, p. 238): “[...] havendo o consentimento do suspeito, poderá ser realizada qualquer espécie de intervenção corporal, pois o conteúdo da autodefesa é disponível e, assim, renunciável.”

Contudo, quando o material genético precisa ser colhido diretamente do sujeito e este resiste começam os debates e discussões. Pois, contrário do direito civil, o direito processual penal lida com direitos indisponíveis, como a vida, a liberdade, a dignidade e outros. Não admite, em regra, presunção “*juris tantum*”, ou seja, presunção relativa que vale até que se prove ao contrário. Tampouco é admitido forçar o acusado a produzir provas contra si mesmo, visto que, princípios como o *nemo tenetur se detegere*, a presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana protegem o indivíduo contra arbitrariedades.

No mundo, a prova genética começou a ser aplicada a partir do final dos anos oitenta e atualmente é admitida em um grande número de países, como Estados Unidos da América, Reino Unido e outros. Já em solo pátrio suas primeiras utilizações foram na seara do direito civil, nas ações de investigações de paternidade e averiguações administrativas de paternidade, surgindo assim as primeiras polêmicas.

Ocorre que, em meio aos debates sobre a obrigatoriedade ou não do exame de DNA, um juiz do Rio Grande do Sul proferiu uma decisão em um caso de investigação de paternidade obrigando o réu a ser conduzido “debaixo de vara” para a obtenção do DNA. Diante da decisão o réu entrou com o habeas corpus que chegou ao STF. Como resultado, relata Douglas e Greco (2017, p. 44): “[...] o STF deferiu, por maioria de votos, o pedido de habeas corpus, decidindo que ninguém pode ser obrigado a se submeter a exame de DNA, admitindo, neste caso, por presunção, aquilo que se queria provar com o exame (STF-HC 71.373).”

Com base nessa decisão e também no HC nº 71.373, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence que tratou de situação semelhante, resultou a criação da súmula nº 301 do STJ, que diz: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. Ou seja, aquele que se recusa sem motivo convincente ou claramente tenta dificultar a prova pode ser objeto de presunção relativa de paternidade até que se prove o contrário.

Já no campo do Direito Processual Penal, com exceção de casos isolados, a prova genética vem sendo aplicada sistematicamente no Brasil desde a promulgação da Lei nº 12.654 de 2012. Objeto desta pesquisa, a referida lei será analisada no Capítulo III deste trabalho de pesquisa.

3.9.1 O caso Glória Trevi

Em 1997, a cantora mexicana Glória Trevi, fugiu para o Brasil acusada de abuso de menores naquele País. No ano de 2000, foi presa, aguardando a sua extradição na Superintendência da Polícia Federal em Brasília. Neste ínterim, a extraditanda que não recebia visitas íntimas, ficou grávida. Como consequência, a suspeita de paternidade recaiu sobre os policiais que a custodiavam (acusados de estupro carcerário). Contudo, quando perguntada sobre quem seria o pai da criança a cantora insistia em guardar segredo. Resultando assim na Rlc-QO 2040/DF, reconhecida pelo STF contra decisão da 10ª Vara Federal da SJ/DF, autorizando a coleta de placenta da paciente, após o parto, com a finalidade de realização do exame de DNA.

A partir daí, coube ao STF, autorizar ou não o exame contra a vontade da mãe. Este, deferiu a realização do exame. Como destacam Douglas e Greco (2017, p. 49):

“[...] Fez-se, assim, no caso, a ponderação dos valores constitucionais contrapostos, quais sejam, o direito à intimidade e à vida privada da extraditanda, e o direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal como instituição (...), o Tribunal afirmou a prevalência do esclarecimento da verdade quanto à participação dos policiais na alegada violência sexual. Levando em conta, ainda, que o exame de DNA acontecera sem invasão da integridade física da extraditanda ou de seu filho.[...]”

Isto é, foram confrontados o direito à intimidade e à vida privada da extraditanda com o direito à honra e à imagem dos servidores, contudo, o mais importante foi que o exame se deu de forma não invasiva. Como se sabe, a placenta é expelida naturalmente pelo corpo da mulher logo após o parto, sendo assim, passa a ser classificado como mero objeto possibilitando dessa forma a realização do exame de DNA sem implicar em violações a

direitos fundamentais, como por exemplo: a dignidade da pessoa humana. Conclui-se, dessa forma, que a prova não invasiva, por não ferir direitos individuais, é a que melhor se adequa nesses casos.

3.9.2 O caso Roberta Jamilly

Roberta Jamilly, é “irmã” de Pedrinho, sequestrado por Vilma Martins no ano de 1986, de uma maternidade em Brasília, Distrito Federal. Após 16 anos, a polícia chegou até a sequestradora e o caso ganhou repercussão nacional.

No decorrer das investigações, a polícia solicitou que Roberta fosse submetida ao exame de DNA para verificar se Vilma era a sua mãe biológica, contudo, aquela se recusou. Diante disso, após um depoimento, o delegado recolheu pontas de cigarro descartados por Jamilly, que era fumante. Com o exame realizado obteve-se a confirmação que ela também não era filha biológica de Vilma Martins.

Sabe-se que no ordenamento jurídico pátrio aquele que se nega a oferecer seu próprio corpo para fins de obtenção de provas está amparado por princípios constitucionais: dentre eles o princípio da dignidade humana, o da não autoincriminação e o da privacidade. Contudo, no caso em tela, é possível aferir que não houve violação a qualquer destas garantias, uma vez que, o exame foi realizado a partir de saliva encontrada em “bitucas” de cigarros utilizadas por Roberta. Como afirmam Douglas e Greco (2017, p. 50): O caso Roberta assemelha-se ao fato de a polícia achar no local do crime outros elementos de prova, [...]. Quando qualquer parte do corpo se afasta dele, é possível a realização da perícia [...].”

Em síntese, no referido caso a prova obtida foi perfeitamente válida, tendo em vista que foi realizada a partir de material biológico descartado pela vítima. Logo, não há que se falar em violação do Princípio do *nemo tenetur se detegere*, uma vez que, aquele material encontrado, apesar de estar vinculado a Roberta, não pertencia mais a ela, configurando exemplo de prova não invasiva.

3.10 A confiabilidade da prova genética

No final dos anos oitenta, quando a prova genética começou a ser admitida por alguns países, como por exemplo a Inglaterra, era vista por alguns como uma “superprova”. Contudo, atualmente, sabe-se que ela é apenas mais um recurso a ser utilizado. Sobre a prova genética ensina Lopes Jr. (2014, p. 243): “[...] o exame de DNA é muito importante, e com certeza terá uma grande influência na formação da convicção do julgador, mas é apenas mais

uma prova, sem qualquer supremacia jurídica sobre a prova testemunhal [...]”. Ou seja, no processo penal atual nenhuma prova pode ser considerada “a rainha das provas”.

Como afirma Ruiz (2016, p. 80): “[...] tal prova não é absoluta. Ao revés, trata-se de prova passível de equívocos e que deve ser afastada ou mitigada quando evidenciada qualquer circunstância que vicie sua garantia probatória [...]”. Ou seja, apesar de gozar de grande prestígio, a prova genética é composta por fatores intrínsecos e extrínsecos. Se, por exemplo, o material biológico coletado resta insuficiente ou está em péssimo estado de conservação, mesmo que o perito possua todos os aparatos científicos exigidos, o resultado, por certo, poderá ser comprometido.

Possíveis erros relativos à prova genética podem ocorrer na realização dos exames, nos métodos utilizados, bem como nos resultados obtidos. Pode-se dizer que as dificuldades do uso do DNA na seara criminal aumentam significativamente, pois implicam, muitas vezes, na escassez do material a ser analisado, no seu estado de conservação e outras variáveis que podem afastar e até inviabilizar a realização do exame genético. Como adverte Queijo (2003, p. 249): “A vulnerabilidade da certeza ofertada pelo processo penal para identificação do autor do exame de DNA é um fator a ser considerado, sobretudo quando se trata de utilizar a prova no crime.”

Outro aspecto a ser considerado é a possibilidade, ainda que remota, de duas pessoas possuírem o mesmo DNA, como no caso de gêmeos univitelinos. Como afirma Douglas e Greco (2017, p. 36): “Só há uma única possibilidade de o DNA ser igual em duas pessoas, qual seja, quando estas são irmãs gêmeas do mesmo ovo ou zigoto [...]”. Ou seja, embora desfrute de grande confiabilidade a prova genética deve sempre ser analisada com muita cautela, pois, não é absoluta.

É possível afirmar ainda que a prova genética em si não é determinante, como alerta Lopes Jr. (2014, p. 243): “Outro ponto fundamental é discutir o nexos causal, ou seja, como aquele material genético foi parar ali e até que ponto o réu pode ser responsabilizado pelo simples fato de ter estado com a vítima, por exemplo.” Ou seja, muitas vezes o que a prova vai indicar é que a pessoa esteve em determinado local, para saber se foi autora ou não do delito depende do estabelecimento de um nexos, de outras provas e indícios, em suma, de uma investigação efetiva

Em resumo, embora possa ser útil às investigações criminais, a prova genética não é plena, tampouco possui maior valor que as demais. É necessário sempre grande controle em toda a cadeia de custódia, para evitar falhas, pois embora a ciência ofereça métodos avançados o erro humano sempre é possível.

4 COLETA DE PERFIS GENÉTICOS COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Nesta terceira etapa, é abordado a identificação criminal no ordenamento jurídico brasileiro, a análise da Lei nº 12.654/12 e as hipóteses dela decorrentes, os bancos de dados de perfis genéticos e a Rede integrada de bancos de perfis genéticos e os aspectos acerca da (In) Constitucionalidade da Lei nº 12.654/12, entre outros.

4.1 Identificação criminal no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 144, dispõe que: “A Segurança Pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]” (Brasil, 1981). Para exercer este dever o Estado precisa saber quem são seus cidadãos, daí a necessidade de identificá-los.

Em solo pátrio, a identificação criminal é regulada pela Lei nº 12.037/09, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado e regulamenta o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. De acordo com este último a regra é a identificação civil, ou seja, estando a pessoa com os documentos que atestam a identidade civil, a priori, é prescindível a identificação criminal.

Sobre o conceito de identificação criminal, discorre Lima (2020, p. 216): “A identificação criminal é o gênero do qual são espécies a identificação datiloscópica (...), a identificação fotográfica e a novel identificação do perfil genético, introduzida pela Lei nº 12.654/12.” Já para Nucci (2014, p. 115): “A identificação criminal é a individualização física do indiciado, para que não se confunda com outra pessoa, por meio da colheita das impressões digitais, da fotografia e da captação de material biológico para exame de DNA.” Ou seja, a finalidade da identificação criminal é individualizar fisicamente a pessoa para que esta possa responder por seus atos.

Sendo assim, é possível aferir que a identificação criminal possui grande importância no auxílio da aplicação do direito. Como destaca Lima (2020, p. 216): “[...] a própria Constituição Federal prevê que nenhuma pena pode passar da pessoa do condenado (art.5º, XLV, 1º parte) [...]”. Ou seja, ninguém pode ser punido criminalmente por ato de outra pessoa.

A Lei nº 12.037/09 estabelece em seu art. 2º, um rol de documentos que atestam a identidade civil, quais sejam: carteira de identidade, carteira profissional, passaporte, carteira de identidade funcional, outro documento público que permita a identificação do indiciado.

Sendo que, a carteira de trabalho, que já fez parte deste rol, foi revogada pela MP nº 905, de 2019 (Brasil, 2009, p. 1). Em seu parágrafo único o referido artigo prescreve ainda que: “para as finalidades desta lei, equiparam-se aos documentos de identificação civil os documentos de identificação militares” (Brasil, 2009).

Vale lembrar que antes da Constituição de 1988 não existia esta regra, tanto a identificação criminal como a civil eram largamente empregadas, de acordo com a lei, mas devido aos muitos abusos por parte de algumas autoridades o constituinte resolveu inserir a referida norma na Constituição de 1988 restringindo, assim, os casos em que é possível a identificação criminal. Como ensina Nucci (2013, p. 115):

“[...] muitos policiais exorbitavam os seus poderes e, ao invés de garantir ao indiciado uma colheita corriqueira do material datiloscópico, transformaram delegacias em lugares de acesso a imprensa, com direito à filmagem e fotos daquele que seria publicamente indiciado, surpreendido na famosa situação de “tocar piano”.

Ou seja, devido a essas exposições excessivas do indiciado inseriu-se na Constituição de 1988 esta cláusula pétrea, sediada no art. 5º, inc. LVIII da Constituição Federal. Convém ressaltar que as cláusulas pétreas são dispositivos constitucionais que somente podem ser alteradas para melhor, por meio de emenda constitucional. Estão dispostas no art. 60, § 4º da CRFB/88. São elencadas em um rol taxativo, são elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de Poderes; e os direitos e garantias individuais. Dessa forma, qualquer mitigação em sede de direitos fundamentais deve estar em consonância com os princípios constitucionais.

Em suma, a identificação serve para individualizar a pessoa, para que ela possa responder por seus atos, caso cometa algum delito. Como uma pessoa não pode ser punida no lugar de outra, faz-se necessário a identificação criminal, contudo, esta deve ser feita em consonância com direitos e princípios constitucionais, de modo a evitar prejuízos para o indivíduo.

4.1.2 Diferença entre identificação criminal, qualificação do investigado, reconhecimento e indiciamento.

De acordo com o art. 2º, parágrafo sexto, da Lei nº 12.830/13, o indiciamento é privativo do delegado de polícia, trata-se de ato fundamentado, feito mediante a análise técnica jurídica do fato, devendo indicar a autoria, a materialidade e suas circunstâncias. Como ensina Lima (2020, p. 223): “Indiciar é atribuir a autoria (ou participação) de uma infração penal a uma pessoa [...]” Ou seja, havendo indícios de autoria e materialidade

suficientes a pessoa é indiciada para esclarecimento dos fatos a ela imputados.

Já a identificação criminal e qualificação do acusado não devem ser confundidas. Segundo Lima (2020, p. 216): Enquanto a identificação só é possível nos casos previstos em lei (art. LVIII, da CF), a qualificação do indiciado diz respeito à obtenção de dados como nome completo, naturalidade, filiação e outros, não implicando em qualquer constrangimento.

Por fim, existe ainda o reconhecimento de pessoas, que também não se confunde com identificação criminal. Conforme Alencar, Roque e Távora (2019, p. 985): “[...] é meio de prova, submetida a rito previsto no Código de Processo Penal”. Ou ainda segundo Lima (2020, p. 217): “[...] não se exige habilidade específica, cuidando-se de mera comparação leiga feita com a finalidade de encontrar semelhanças entre pessoas ou coisas.” Ou seja, trata-se de procedimento disciplinado no art. 226 do CPP, que visa certificar se determinada pessoa ou objeto já foi visto antes pela vítima ou testemunha.

Em síntese, a identificação criminal não pode ser confundida com qualificação do investigado, com reconhecimento de pessoas, tampouco com indiciamento. Aquela é um procedimento técnico, feita somente em casos previstos em lei, mais precisamente pela Lei nº 12.037/09, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado e regulamenta o art. 5º, inc. LVIII, da Constituição Federal de 1988.

4.2. Hipóteses em que a lei autoriza a identificação criminal

Interpretando-se *a contrario sensu* o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal, depreende-se que, na hipótese de não haver identificação civil (...), será possível a identificação criminal [...] (LIMA, 2016, p.122). O rol de situações em que pode ocorrer a identificação criminal, mesmo o indivíduo apresentando documentação civil, está sediado no art. 3º da Lei nº 12.037/09.

De todas as possibilidades de identificação criminal arroladas, a única que exige autorização judicial é a do inciso IV, ou seja, quando a identificação for essencial às investigações judiciais. Nesta hipótese, inclui-se a identificação por perfis genéticos, inserida pela Lei nº 12.654/12. Pode ser deferida pelo juiz de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa. Como ressalta Lima (2016, p.124): “[...] trata-se, na verdade de verdadeira decisão interlocutória (...), que deve estar devidamente fundamentada em elementos informativos que demonstrem a imparcialidade do procedimento, sob pena de nulidade absoluta (CF, art. 93, IX). Ou seja, trata-se de medida que extrapola a identificação criminal e caminha rumo à colheita de provas. O assunto será tratado

mais adiante na parte que analisa a Lei nº 12.654/12, mais especificamente, quando falamos sobre a identificação genética na hipótese do investigado.

Quanto aos demais incisos constantes do art. 3º da Lei nº 12.037/09, não exigem fundamentação do ato e independe de autorização judicial, são eles: I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; IV – 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; V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais. Ou seja, trata-se de casos que podem suscitar dúvidas quanto à identidade do acusado e por isso este deve se submeter à identificação criminal.

Em síntese, de acordo com o art. 5º, inc. LVIII, da CRFB/1988, a identificação criminal possui caráter excepcional, a regra é que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, contudo, nos casos acima elencados a lei permite que se faça a identificação criminal, mesmo a pessoa apresentando a identificação civil.

4.3 A Lei nº 12.654/2012 e as hipóteses dela decorrentes

A Lei nº 12.654/12 alterou as leis de números 12.037, de 1º de outubro de 2009 e 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), prevendo a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. Desde a sua promulgação a referida Lei nº 12.654/12 é objeto de críticas e debates, pois, trata-se de lei obtusa, ou seja, confusa.

Ao mesmo tempo em que cuida de identificação criminal por meio do DNA supostamente envereda rumo à colheita de provas. Como destaca Carvalho (2014, p. 101): “[...] Pela sua ementa, a coleta destina-se tão somente à identificação criminal, mas pelo teor da referida legislação, resta evidente que o diploma legal também possibilita o uso do padrão genético como meio de prova.” Ou seja, a Lei dá margem a uma dupla função: identificação e colheita de provas. Nesse sentido vale lembrar que a identificação genética em comento não se estende a toda a população, nasce a partir do cometimento de um delito e contemplam duas situações distintas, quais sejam: a primeira está relacionada ao investigado ou acusado e a segunda ao condenado. Nesse sentido, para fins hermenêuticos, a Lei será analisada

concomitantemente com as situações por ela geradas, nos subtópicos abaixo.

4.3.1 Identificação genética na fase de investigação

A primeira hipótese de identificação por perfil genético, criada pela Lei nº 12.654/12, está relacionada à identificação do indiciado ou acusado, na fase de investigação policial. Para tanto a referida inovação legislativa alterou o artigo 5º da Lei nº 12.037/09 (Lei de Identificação Criminal) por meio da inserção de parágrafo único com o seguinte teor: “Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção de perfis genéticos” (Brasil, 2009). Sendo que, o art. IV do art. 3º da Lei nº 12.037/09 trata da possibilidade de identificação criminal quando esta for essencial às investigações policiais, feita por despacho da autoridade judiciária competente, ou seja, pelo juiz. Tal despacho pode ser feito de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa.

Sobre a decisão feita de ofício pelo juiz ressaltam Alencar, Roque e Távora (2019, p. 985) “[...] a decisão do juiz que ordenar a identificação do perfil genético, em razão de necessidade de investigação policial, deve se fundamentar em juízo analítico de proporcionalidade.” Ou seja, a decisão de ofício pelo juiz deve ser feita com máxima cautela e sempre fundamentada, pois, apesar do princípio da inércia processual, existem lacunas no Direito Processual Penal onde, lamentavelmente, tal hipótese pode acontecer, a exemplo do art.156, inciso I, que faculta ao juiz, de ofício, “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, a adequação e proporcionalidade da medida”. O que vai de encontro, também, ao Sistema Acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, inciso I.

Além disso, nesta primeira possibilidade de identificação por perfis genéticos, cabe salientar que, diferente do que ocorre na segunda hipótese, que contempla um rol taxativo de crimes, quais sejam: os crimes praticados dolosamente, com violência contra a pessoa ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072/90, ou seja, os crimes hediondos e/ou equiparados, aqui podem ser obtidos perfis genéticos de qualquer pessoa, independentemente da gravidade do delito ou do tipo de crime, desde que, o juiz considere essencial à investigação. O que, a priori, vai de encontro ao Princípio da proporcionalidade, uma vez que, existem outras formas de identificações menos gravosas para o acusado.

Lembrando que, se o acusado ou indiciado estiver de acordo, ou seja, quiser colaborar não há que se falar em prejuízos ou em autoincriminação, uma vez que ele possui

esse direito. Contudo, se este se recusar não deve ser obrigado a colaborar, pois, segundo o Princípio do *nemo tenetur se detegere* ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Como afirma Tourinho Filho (2003, p. 142): “[...] Aqui se cuida de um meio de prova. Pelo exame de DNA procura-se saber se o investigado foi ou não autor do crime. (...) Se ninguém é obrigado a fornecer prova contra si próprio, parece-nos que a medida maltrata a Constituição [...]”.

Em síntese, a hipótese de identificação aqui elencada exige autorização judicial, não pode ser confundida com a identificação comum, visto que, foi motivada por um acontecimento delitivo, e por visar à investigação e não à identificação evidencia a sua natureza probatória. Ressalta-se que não existe óbice se a identificação for feita com a colaboração voluntária do indivíduo, ou a partir de material colhido em cenas de crimes, por exemplo. Contudo, o acusado ou indiciado, em regra, em solo pátrio não é obrigado se submeter a procedimentos que impliquem em sua própria condenação, tampouco incorrer em desobediência ou qualquer outro prejuízo, visto que, está tutelado pelo princípio do *nemo tenetur se detegere*, além de outros princípios correlatos como a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência.

4.3.2 Coleta compulsória de perfis genéticos após a condenação

A segunda hipótese de coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético é aquela feita, compulsoriamente, na fase de execução penal, por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei nº 7.210/84). Para tornar viável essa possibilidade a Lei nº 12.654/12 inseriu o art. 9-A na Lei de Execuções Penais (LEP), nestes termos:

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

Isto é, nota-se que aqui houve uma seletividade de crimes onde pode ocorrer a identificação por perfis genéticos na fase de cumprimento de sentença, quais sejam, crimes dolosos com violência grave contra a pessoa, ou por qualquer dos crimes hediondos ou equiparados. Porém, indaga-se: como pode alguém ser condenado sem estar devidamente identificado? Obviamente, isso não é possível. Então qual a finalidade da identificação por perfis genéticos na fase de cumprimento de pena? A Lei nº 12.654/12 e a legislação correlata são omissas, contudo, o Decreto nº 7.950/13 parece fornecer uma resposta em seu art.1º, §1º,

quando diz: “O Banco Nacional de Perfis Genéticos tem como objetivo armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas a apurar crimes” (Brasil, 2013). Isto é, a identificação vai além do auxílio ao cumprimento da pena, ganhando cunho probatório.

Um segundo ponto a ser analisado é o caráter compulsório da medida. Mais uma vez, nos deparamos com o *nemo tenetur se detegere*, princípio constitucional que diz que ninguém é obrigado a contribuir para a sua autoincriminação. Se o condenado tem consciência da prática de outros delitos e o perfil obtido vai ser armazenado em um banco de dados cuja finalidade, como visto, é subsidiar ações com a finalidade de apurar crimes, obviamente, que ele pode se recusar a contribuir, não podendo sofrer nenhuma consequência negativa por isso, visto que, está no exercício de um direito. Como é de amplo conhecimento, não existe princípio absoluto. Podem ser mitigados, enfraquecidos, harmonizados, mas jamais extintos, mesmo para um grupo de prisioneiros. Como afirmam Alencar, Roque e Távora (2019, p. 98): “[...] Havendo consentimento do agente ou prospecção não invasiva (...) legitima-se o ato. Já a intervenção corporal (e compulsória) é (...) inconstitucional.” Ou seja, a forma que o material biológico é coletado é que vai determinar a ofensa ou não ao princípio constitucional do *nemo tenetur se detegere*.

Logo, diante da recusa do acusado, é reservado ao Estado o direito de fazer a coleta de perfis genéticos a partir de materiais descartados, contudo, como a Lei nº 12.654/12 nada mencionou acerca da possibilidade de recusa, posteriormente, no ano de 2019, o legislador da Lei nº 13.964/19, denominada Pacote Anticrime, tipificou a recusa do condenado a se submeter a exame de coleta de material biológico para obtenção de perfil genético como falta grave, ferindo assim o direito da pessoa presa de não se autoincriminar. A respeito da falta grave preleciona Cunha (2020, p. 90): “[...] o caráter compulsório do fornecimento do material pelo condenado, cuja recusa agora passa a ser punida com sanção disciplinar, nos parece inconstitucional [...]. Ou melhor, não cabe punição para quem está no exercício de um direito.

Acerca da constitucionalidade do Art. 9-A da LEP, convém ressaltar que foram tantas as divergências na aplicação da Lei nº 12.654/12 que o assunto chegou ao STF, em 2016, por meio do Recurso Extraordinário nº 973.837/15, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Após reconhecida, por unanimidade, a repercussão geral da questão constitucional o Supremo, em 2017, realizou audiência pública com diversos especialistas, com o intuito de aprofundar conhecimentos sobre a matéria e verificar a constitucionalidade da coleta compulsória de perfis genéticos. Contudo, até o momento ainda não houve uma decisão solucionando o mérito da questão suscitada.

4.3.3 As consequências da falta grave

As faltas disciplinares dividem-se em leves, médias e graves. O poder disciplinar nas faltas leves e médias é exercido em âmbito administrativo, já as faltas graves devem ser submetidas, mediante representação da autoridade administrativa, ao juiz da execução penal. Estas últimas só podem ser criadas por lei, encontram-se disciplinadas nos artigos 50, 51 e 52 da Lei de Execuções Penais, ficando a cargo da legislação local definir as médias e leves.

Ao rol taxativo de faltas graves está situado no art. 50 da LEP, por ocasião da promulgação da Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, a este artigo mais um inciso foi criado, qual seja: o inciso VIII, tipificando como falta grave a recusa ao procedimento de identificação por perfil genético. Para Nucci (2020, p. 100): Essa hipótese revela-se em consonância com o art. 9º-A da Lei de Execuções Penais e, a seu ver, configura uma medida razoável. Já Lima (2020, p. 90): Critica tal decisão, pois devido ao caráter compulsório, ou seja, obrigatório do Art. 9º A da LEP, punir a recusa com falta grave a seu ver parece inconstitucional e inconveniente, uma vez que fere o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Embora sejam infrações administrativas, as faltas graves poderão gerar para o preso sancionado drásticos efeitos na execução da pena - a par da sua sanção - como, por exemplo, a regressão de regime, perdas dos dias remidos [...] (CUNHA, 2020, p. 87). Ou seja, a tipificação de falta grave a recusa em se submeter ao procedimento de coleta compulsória de perfis genéticos pode trazer prejuízos irreparáveis. Convém lembrar, mais uma vez, que o Supremo Tribunal Federal ainda não julgou o RE nº 973.837/2015 que decide sobre a constitucionalidade do art.9-A da Lei de Execuções Penais, logo, tal tipificação é, no mínimo, precipitada.

4.3.4 Previsão de eliminação dos perfis genéticos

Originariamente, por ocasião da promulgação da Lei nº 12.654/12, na hipótese do investigado ou acusado a previsão era que os dados seriam eliminados ao término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito. O que de imediato foi alvo de críticas, pois, não considerava fatores como, por exemplo, a possibilidade de rejeição da denúncia, ou mesmo de absolvição do investigado. Esta regra só foi modificada em 2019, com a Lei nº 13.964/19, denominada Pacote Anticrime, que incluiu expressamente, no inciso I, art. 7º-A da Lei nº 12.037/09 (Lei de Identificação Criminal) que no caso de absolvição do acusado,

haverá automaticamente a exclusão do seu perfil genético (Brasil, 2019, p. 2).

Já para a segunda hipótese, ou seja, aquela que trata do condenado, não existia qualquer previsão para a exclusão dos perfis genéticos. O que também causou estranheza e inúmeras críticas, dado seu ranço de perpetuidade e autoritarismo, contudo, com o advento da Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime), isso também foi modificado. Ficou estabelecido expressamente no inciso II, do art.7º, da Lei nº 12.037/09 que no caso de condenação do acusado, a exclusão se dará após 20 (vinte) anos do cumprimento da pena, mediante requerimento (Brasil, 2009, p. 2).

Em suma, nota-se pelo exposto que ficou melhor delineado o prazo para a exclusão dos perfis genéticos, contudo, pode-se observar uma tendência ao recrudescimento das leis penais, o que, certamente, contrasta com a Constituição Federal de 1988, apelidada Constituição Cidadã.

4.3.5 A técnica “adequada e indolor” de coleta de perfis genéticos

O art. 9-A da LEP, inserido pela Lei nº 12.654/12 estabelece que a identificação do perfil genético deve ser feita por técnica adequada e indolor. Sendo assim, o método adotado para a coleta de material biológico, tanto para o investigado como para a do condenado, é o *swab* bucal (cotonete bucal). Por não causar dor muitos afirmam tratar-se de método não invasivo, contudo, isso não procede. Assim como o exame ginecológico e a endoscopia aquele também exige a penetração e coleta de material. Como afirma Queijo (2003, p. 250): “Se as células forem colhidas na cavidade bucal, haverá intervenção corporal invasiva [...]”

O procedimento é realizado inserindo-se o cotonete na boca (parte interna das bochechas) do investigado ou condenado, onde é realizada uma raspagem da mucosa bucal resultando na coleta de saliva e células. Logo, caso o acusado ou condenado se recuse a colaborar estará protegido pelo *nemo tenetur se detegere*, de acordo com este princípio constitucional o acusado ou condenado não pode ser compelido a colaborar com prova incriminadora invasiva. Como salienta Lima (2020, p. 79): “[...] cuidando-se de provas invasivas, por conta do princípio do *nemo tenetur se detegere*, a jurisprudência tem cuidado que o suspeito, indiciado, preso ou acusado, não é obrigado a se autoincriminar [...]”.

Diante da hipótese acima, como aconteceu nos casos Roberta Jamilly e Glória Trevi, o STF autoriza que o Estado faça tal exame através de intervenção corporal não invasiva, ou seja, por meio de material biológico descartado naturalmente pelo corpo do acusado. Segundo Lima (2020, p. 222): “[...] desde que o acusado não seja compelido a praticar (...)”

comportamento ativo que possa incriminá-lo, nem tampouco a se sujeitar à produção de prova invasiva, há de ser considerada válida a (...) obtenção de seu perfil genético.”

Isto é, existem outras formas igualmente eficientes de coleta de material biológico para a obtenção de perfis genéticos. Apesar de indolor a coleta de células na cavidade bucal, como visto, é considerada invasiva. Sendo assim, é possível aferir que se trata de método que fere o direito do investigado ou da pessoa presa de não se autoincriminar.

5 Os bancos de dados de perfis genéticos

Atualmente, existem bancos de dados genéticos em diversos países, dentre eles Reino Unido, Inglaterra, Estados Unidos da América, entre outros. Em geral, visam tanto o armazenamento de material genético como o compartilhamento de informações. Como ensina Ruiz (2016, p. 75):

“[...] O interesse na constituição de um banco de dados genético é permitir o armazenamento de amostras de DNA que possibilitem a comparação dos dados arquivados com os dados encontrados no corpo da vítima ou na cena do crime, assim, o banco de dados serve às futuras investigações criminais, isto é, unir e conservar dados atinentes ao passado judicial do condenado para, depois, a formação desta base de dados servir à Justiça e às pessoas autorizadas.

Ou seja, o interesse precípua de um banco de dados genético criminal é possibilitar que os dados armazenados sejam confrontados com os vestígios encontrados no corpo da vítima. Embora sirvam também para o controle na fase de cumprimento de sentença, a finalidade precípua é a obtenção da prova genética. Tendo em vista, o alto grau de confiança da prova genética a nível laboratorial

Para tanto, os países pioneiros desenvolveram sistemas informáticos que permitem maior segurança, rapidez e facilidade na obtenção e compartilhamento de informações. Um dos principais sistemas informáticos existentes atualmente é o CODIS, *Combined DNA Index System*, desenvolvido pelo (FBI), nos Estados Unidos da América. Atualmente, essa tecnologia foi fornecida gratuitamente a vários países, dentre eles o Brasil.

Segundo Ruiz (2016, p. 75): A União Européia em 1997 implementou medidas com intuito de promover intercâmbio de dados genéticos para fins de investigação criminal entre os Estados e em 2005 a Europa também fez o mesmo. Ou seja, atualmente, o compartilhamento de informações genéticas ultrapassa fronteiras constituindo importante instrumento para a elucidação de crimes.

Em síntese, os bancos de perfis genéticos servem tanto para armazenar como para

compartilhar informações. Sendo que, por meio de tratados e leis é possível compartilhar informações genéticas até mesmo entre países. Desde que respeitados os direitos individuais não há óbice na utilização deste tipo de prova, contudo, ressalta-se que a prova genética não é superior às demais, sendo prescindível para a elucidação da maioria dos delitos.

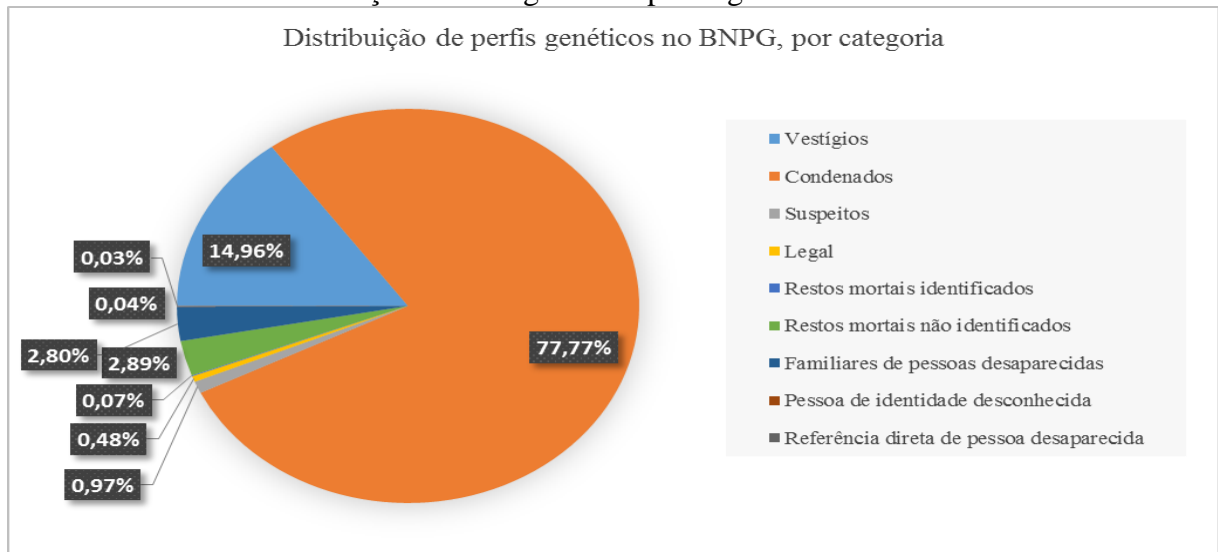
5.1 O banco de perfis genéticos brasileiro

O Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) foi expressamente previsto pela Lei nº 12.654/12, sendo regulamentado pelo Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013. De acordo com o art. 1º, §1º, do decreto que o instituiu: “O Banco Nacional de Perfis Genéticos tem como objetivo armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes” (Brasil, 2013). Para tanto, utiliza para armazenamento de perfis genéticos o software CODIS (*Combined DNA Index System*) desenvolvido pelo governo dos Estados Unidos da América e utilizado pelo FBI.

Visando preservar os dados genéticos ali armazenados, a Lei nº 12.654/12 determinou, em seu art.1, §2º, que os dados dos bancos de perfis genéticos possuem caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos (Brasil, 2012, p. 01). O mesmo diploma legal também adotou medidas para resguardar a intimidade do acusado ou apenado, ao estabelecer no art. 1º, §1º, que: “As informações contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero [...]” (Brasil, 2012). Ou seja, buscou-se garantir o mínimo de sigilo das informações como determinam as normas internacionais que tratam da correta manipulação e armazenamento dos dados genéticos.

O Decreto nº 7.950/13 estabelece, em seu art. 8º, que embora a utilização precípua seja criminal, o Banco Nacional de Dados de Perfis Genéticos também pode ser utilizado para identificação de pessoas desaparecidas. Estabelecendo, também que as amostras doadas por parentes não podem ser usadas para outros fins (Brasil, 2013, p. 4). Conforme o último relatório semestral da Rede Integrada de Perfis Genéticos, correspondente aos meses de maio a novembro de 2019, atualmente, o Banco Nacional de Perfis Genéticos é composto pelas seguintes categorias de perfis genéticos: vestígios, condenados, suspeitos, legal, restos mortais identificados, familiares de pessoas desaparecidas, pessoas de identidade desconhecida e referências diretas de pessoas desaparecidas. Abaixo gráfico mostrando a distribuição entre essas diferentes categorias.

Gráfico 1 – Distribuição das categorias de perfis genéticos existentes no BNPG.



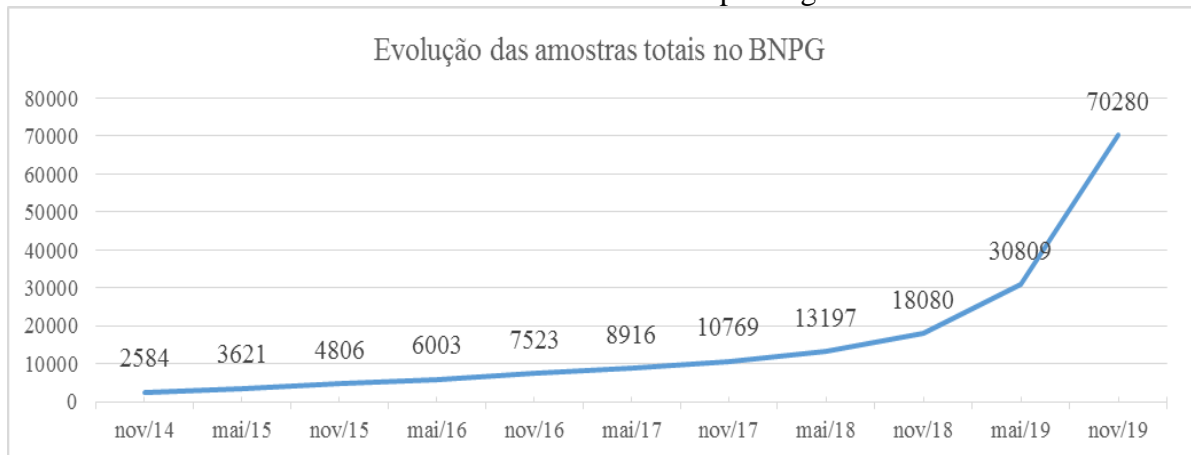
Fonte: XI Relatório da Rede Integrada De Bancos De Perfis Genéticos (RIBPG) (2019, p.40)

O Gráfico 1 apresenta a distribuição entre as diferentes categorias de perfis genéticos que compõem o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG): os vestígios correspondem a 14,96% do total, os perfis genéticos de condenados são os mais numerosos com 77,77% do total, o material genético de suspeitos representam 0,97%; o legal ou determinado por decisões judiciais 0,48%; os oriundos de restos mortais 0,07%; restos mortais não identificados 2,89%; familiares de pessoas desaparecidas 2,80 %; pessoas de identidade desconhecidas 0,04% e por fim, referência direta de pessoas desaparecidas perfaz 0,03% do total.

De acordo com o XI Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), até o dia 28 de novembro de 2019, 18 laboratórios estaduais, 1 laboratório distrital e 1 laboratório da Polícia Federal compartilhavam perfis genéticos na esfera RIBPG. Sendo que, Acre, Piauí, Sergipe, Rio Grande do Norte, Roraima e Tocantins estavam em funcionamento e prontos para iniciar o compartilhamento no biênio seguinte.

O relatório em tela também analisou a evolução do número de amostras de perfis genéticos cadastrados no Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG), demonstrando grande aumento de perfis armazenados, que podem ser atribuídos ao planejamento estratégico do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Como atesta o gráfico 2 que mostra a evolução do número total de perfis genéticos cadastrados no BNPG de novembro de 2014 a 28 de novembro de 2019.

Gráfico 2- Crescimento do número total de perfis genéticos no BNPG.



Fonte: : XI Relatório da Rede Integrada De Bancos De Perfis Genéticos (RIBPG) (2019, p.38)

O Gráfico 2 mostra a evolução do número total de perfis genéticos cadastrados no BNPG de novembro de 2014 a 28 de novembro de 2019. Em novembro de 2014 o total de perfis cadastrados era apenas de 2564; em maio de 2015 saltou para 3621; em novembro do mesmo ano o total já eram de 6003 amostras; em maio de 2016 o número de amostras continuou subindo, em novembro do mesmo ano já contabilizavam 7523; no ano de 2017, no mês de maio, totalizavam 8916 e em novembro 10769, já em maio de 2018 perfaziam 13197 e em novembro daquele mesmo ano chegariam a 18080; por fim, em maio de 2019 chegaram a 30809 e em novembro à expressiva marca de 70280 amostras armazenadas considerando todas as categorias de perfis genéticos.

Em síntese, os bancos genéticos em si não revelam qualquer afronta à Constituição Federal, sua existência é importante para a preservação dos vestígios e para a própria cadeia de custódia, que, segundo Lima (2020, p.718): “consiste em um mecanismo que garante a autenticidade das amostras coletadas, assegurando que pertencem ao investigado, que não sofreram qualquer adulteração.”

5.2 A rede integrada de banco de dados de perfis genéticos

Conforme o art. 1º, §2º do Decreto nº 7950/13 a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG): “[...] tem como objetivo permitir o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal” (Brasil, 2013). Além de manter, compartilhar e comparar perfis genéticos, por meio do seu Comitê Gestor, coordena ações com outros bancos de perfis genéticos e faz a integração em âmbito da União, Estados e Distrito Federal.

Regularmente, os perfis genéticos armazenados nos bancos de dados são

confrontados em busca de coincidências que permitam relacionar suspeitos a locais de crime ou diferentes locais de crime entre si. (RIBPG, 2019, p. 1). Ou seja, uma vez obtido o perfil genético este passa a ser confrontado entre os laboratórios que compõem o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG), podendo inclusive ser encaminhado a outros países em caso de investigação conjunta.

Em síntese, a rede integrada de perfis genética é responsável pela integração entre o Banco Nacional de Perfis Genético (BNPG) e os Bancos de Perfis Genéticos Estaduais, com o intuito de auxiliar na elucidação de crimes, localização de pessoas desaparecidas e outros.

5.3 O Comitê Gestor da RIBPG

O Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, assim como o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), foram instituídos pelo Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013.

É composto por cinco representantes do Ministério da Justiça e Segurança Pública; um representante do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos; e cinco representantes dos Estados ou do Distrito Federal, sendo um representante de cada região geográfica. Sendo que, os mandatos dos seus membros são de dois anos, permitida única recondução por igual período. Seu coordenador será indicado dentre os cinco representantes do Ministério da Justiça e Segurança Pública, frisando-se que este ocupará também a função de administrador do Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG).

De acordo com o decreto em tela, a finalidade do Comitê Gestor é promover a coordenação das ações dos órgãos gerenciadores de bancos de dados de perfis genéticos e a integração dos dados no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal. Ou seja, o Comitê gestor é essencial para o funcionamento do Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e pela Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG).

Compete ao Comitê Gestor, de acordo com o art. 5º, do decreto em comento: promover a padronização de procedimentos e técnicas de coleta, de análise de material genético, e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG); definir medidas e padrões que assegurem o respeito aos direitos e garantias individuais nos procedimentos de coleta, de análise e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados; definir medidas de segurança para garantir a confiabilidade e o sigilo dos dados; definir os requisitos técnicos para a realização das auditorias no Banco

Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e na Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos (RIBPG) e elaborar seu regimento interno, que será aprovado por maioria absoluta de seus membros.

Em suma, o Comitê Gestor propicia a integração das ações dos órgãos gerenciadores, bem como dos dados no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal, além de garantir a transparência e publicar resoluções para auxiliar todo o processo de maneira eficaz.

6 A (in) constitucionalidade da Lei nº 12.654/12

Desde que foi promulgada a Lei 12.654, de 28 de maio de 2012 divide opiniões, uma vez que, a hipótese elencada parece extrapolar a mera identificação criminal à medida que ganhar caráter cautelar probatório. Surgindo daí as polêmicas e debates acerca da sua constitucionalidade.

O art. 144 da Constituição Federal dispõe que a segurança pública é um dever do Estado, bem como direito e responsabilidade de todos (Brasil, 1981, p. 90). Sendo assim, para punir aquele que comete algum delito o Estado precisa identificá-lo. Ressaltando-se ainda que o art.5º, inciso XLV, diz que nenhuma pena pode passar da pessoa do condenado (Brasil, 1981, p. 90). Logo, é direito e dever do Estado identificar seus cidadãos.

Acerca da identificação por meio dos perfis genéticos, criada pela Lei nº 12.654/12, discorre Nucci (2020, p. 25): “Essa modalidade de identificação é apenas uma espécie de identificação criminal, não constituindo, por si só, constrangimento ilegal ou afronta a qualquer direito individual.” Contudo, convém citar o teor do inciso IV, do art. 3º, da Lei nº 12.037/09, que diz: a identidade criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa (Brasil, 2009). Ou seja, esta é a única modalidade de identificação criminal que exige decisão motivada, podendo ser feita inclusive de ofício pelo juiz, para sanar dúvida essencial não à identificação do acusado, mas às investigações criminais.

Constituição Federal em seu art. 5º, LVIII, traz a garantia que o civilmente não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses determinadas em lei (Brasil, 1981). Ou seja, a regra é que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, sendo permitido por lei em caso de dúvidas quanto a sua identificação civil. Já quanto à identificação “essencial às investigações” feita mediante coleta de material genético afirmam Alencar, Roque e Távora (2019, p. 985): “[...] Sua natureza jurídica (...) é cautelar e probatória, visando dar supedâneo a eventual ação penal futura (...) ou para fazer face à

necessidade de investigação policial [...]” Sendo que, no caso dos condenados (art. 9-A), da Lei de Execução Penal os fatos futuros não implicam qualquer ofensa ao *nemo tenetur se detegere*, porém se o condenado sabe existirem fatos pretéritos relativos a outros delitos, ou seja, diferentes daqueles que foram objetos de sua condenação, legitima-se a tutela do princípio da não autoincriminação, uma vez que, ao ser forçado a contribuir estaria incriminando a si mesmo.

No caso do art. 9-A da LEP, para não haver ofensa à Constituição Federal de 1988 e ser considerado decorrente da condenação, afirmam Alencar, Roque e Távora (2019, p. 985): “[...] Somente sendo possível após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e para a exclusiva finalidade de acompanhamento e de efetividade da execução penal”. Sendo exatamente nesse ponto que reside o problema: apesar de exigir, no caso dos condenados, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a possibilidade criada pela Lei nº 12.654/12, não possui como finalidade o acompanhamento e efetividade da execução penal, seu fulcro é alimentar um Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) cujo objetivo é, segundo o art. 1º, §1º do Decreto nº 7.950/13: “armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes” (Brasil, 2013). Logo, a finalidade precípua é a obtenção da prova genética, não trazendo nenhum benefício para o condenado. Ainda que indolor, fica claro que o condenado é constrangido a produzir provas contra si mesmo, ainda mais com a inserção do § 8º, pela lei nº 13.964/2019, que tipifica como falta grave a recusa do condenado em se submeter a exame de DNA para a obtenção do perfil genético.

Desta forma, a hipótese de identificação criminal do condenado na Lei nº 12.654/12, assemelha-se à estabelecida no art. 5º da Lei nº 9.034/95, que dispunha sobre meios operacionais de prevenção e repressão de organizações criminosas, revogada pela Lei nº 12.850/13, que dizia que a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas seria realizada independentemente da identificação civil. Como afirma Carvalho (2014, p.102): “[...] Se se trata de um meio probatório, não poderia ter caráter de generalidade, mas sim, deveria ser postulada em cada investigação e deferida em decisão judicial motivada.”

Ou seja, o Princípio do *nemo tenetur se detegere*, como os demais princípios, não é absoluto, logo, é possível a sua mitigação ou enfraquecimento por meio do Princípio da proporcionalidade, utilizado para harmonização de questões constitucionais. Contudo, este não pode alterar o núcleo do princípio, tampouco extingui-lo. Qualquer mitigação deve ser pontual e fundamentada, a proporcionalidade deve ser a exaustão, sob pena de abrir brechas a

injustiças e a violações de direitos e garantias fundamentais garantidos pela CRFB/88.

Logo, é cabível a recusa tanto do acusado ou investigado como do condenado em se submeter a procedimento de coleta de perfis genéticos, uma vez que, tais hipóteses geradas pela Lei 12.654/12 visam à mera obtenção de prova genética, em detrimento da identificação criminal e de direitos e garantias constitucionais. Contudo, convém ressaltar, que o Estado poderá realizar a colheita de material biológico se este tiver sido expelido naturalmente pelo corpo humano, a exemplo dos casos já relatados: Roberta Jamilly e Glória Trevi, ou seja, por meio de técnica não invasiva.

7 Recurso Extraordinário nº 973.837/2015

Foram tantas as divergências na aplicação da Lei nº 12.654/12 que o assunto acabou chegando ao STF, em 2016, por meio do Recurso Extraordinário nº 973.837/15, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Sendo que, o fulcro do Recurso em tela é a análise da constitucionalidade do art. 9º-A, da Lei de Execuções Penais. O assunto abrange análise de eventual violação do art. 1º, II (dignidade da pessoa humana) e art. 5º, incisos: III (que dispõe que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano e degradante), XLIX (assegura aos presos o respeito à integridade física e moral), LVI (inadmite no processo as provas obtidas por meios ilícitos), LVII (diz que ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória), LVIII (determina que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo por determinação legal), LXIII (garante ao preso o direito ao silêncio e a assistência da família e de advogado) todos da Constituição Federal de 1988, bem como o Princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Após reconhecida, por unanimidade, a repercussão geral da questão constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em maio 2017, o Ministro Gilmar Mendes, relator do Recurso Extraordinário em foco, realizou audiência pública com diversos especialistas, com o intuito de aprofundar conhecimentos sobre a matéria e verificar a constitucionalidade da coleta compulsória de perfis genéticos.

Em dezembro de 2017, por se tratar de hipótese em que o Procurador Geral da República deve ser ouvido, a Procuradoria Geral da República foi consultada e emitiu parecer pelo desprovimento do recurso. Considerando que a intervenção era proporcional, concluindo pela não inconstitucionalidade da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. Contudo, até o momento o RE nº 973.837/15 ainda não foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal e o impasse, se a coleta compulsória de perfis genéticos afronta ou não a CRFB/88, permanece.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho de pesquisa foi motivado pela polêmica acerca da coleta compulsória de perfis genéticos, hipótese gerada pela Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, que criou a possibilidade de identificação criminal por meio do DNA em solo pátrio. Sabendo que no Brasil o acusado ou condenado não é obrigado a praticar comportamento ativo que possa incriminá-lo, nem a se submeter à prova invasiva, gerou-se a necessidade de verificar esta questão constitucional, de relevância social e jurídica, à luz dos princípios constitucionais e processuais penais a fim de se analisar o tema da coleta compulsória de perfis genéticos ante o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Deste modo, o objetivo geral desta pesquisa foi verificar possível violação do princípio da não autoincriminação pela Lei nº 12.654/2012, que autorizou a extração compulsória de material genético de condenados por crimes cometidos dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, bem como por qualquer crime hediondo. O que foi atendido, uma vez que, o trabalho de pesquisa conseguiu demonstrar que as hipóteses geradas pela Lei nº 12.654/2012 extrapolam a mera identificação criminal, visando a obtenção da prova genética em detrimento de direitos individuais garantidos constitucionalmente. O que pode ser confirmado pelo teor do Decreto nº 7.950/2013 e legislação correlata, quando determina que o objetivo do Banco Nacional de Perfis Genéticos é subsidiar ações destinadas à apuração de crimes.

O primeiro objetivo específico foi apontar princípios constitucionais correlatos a fim de se verificar a tutela do *nemo tenetur se detegere* pelo ordenamento jurídico brasileiro. O que foi confirmado por meio de julgados do STF, princípios correlatos garantidores dos direitos e garantias individuais, pelo direito ao silêncio, seu corolário e pelo Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao direito brasileiro por proteger os direitos humanos.

Enquanto que, o segundo objetivo específico foi elencar casos no direito brasileiro em que prevaleceu o *nemo tenetur se detegere*. Essa prevalência também foi confirmada por meio de julgados como os já citados casos Glória Trevi, o relativo ao uso do Etilômetro e o caso Roberta Jamilly, sendo que, foi facultado ao Estado a realização do exame por meio de prova não invasiva preservando, assim, o direito a não autoincriminação.

Já o terceiro objetivo específico visou estabelecer uma análise da Lei nº 12.654/2012 a fim de detectar incongruências capazes de ferir o direito constitucional. O que também foi constatado, uma vez que, a Lei mascara a coleta de provas por meio da identificação por perfis genéticos visando, exclusivamente, subsidiar investigações com a colaboração do

acusado ferindo, assim, o *nemo tenetur se detegere*. Algo totalmente desnecessário, uma vez que, tal exame pode ser realizado facilmente por meio de material biológico expelido naturalmente pelo corpo do investigado ou condenado através de prova não invasiva.

Partiu-se de duas hipóteses antagônicas: na primeira, a coleta compulsória de perfis genéticos para fins de identificação criminal não fere o Princípio do *nemo tenetur se detegere*, uma vez que, decorre de condenação criminal transitada em julgado. Além disso, trata-se de mero procedimento de identificação criminal. Tal possibilidade foi refutada, uma vez que, apesar de decorrer de condenação transitada em julgado não se destina ao controle da pena, mas à apuração de crimes. Deste modo, não se pode falar em mera identificação criminal, uma vez que, o objetivo não é individualizar pessoas, mas identificar autores de delitos.

Já na segunda hipótese, a coleta compulsória de perfis genéticos para fins de identificação criminal fere o princípio do *nemo tenetur se detegere*, uma vez que, os perfis genéticos colhidos sob o pretexto de identificação criminal possuem como finalidade a coleta de provas, ferindo o direito da pessoa presa de não produzir provas contra si mesmo. Tal possibilidade foi confirmada, uma vez que, além de visar, majoritariamente, a obtenção da prova genética a Lei nº 12.654/2012 adota a compulsoriedade de medidas para a realização de exames genéticos mediante prova invasiva feita com a colaboração ativa do acusado, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Tal possibilidade vai de encontro ao princípio da não autoincriminação e contra preceitos constitucionais e jurisprudenciais do STF. Além disso, propiciou a instituição de falta grave para aqueles que estão no exercício de um direito, algo inadmissível. Trata-se de lei obtusa, que não se presta a mitigar o princípio da não autoincriminação, uma vez que, não observa critérios de razoabilidade e proporcionalidade, fundamentais para a mitigação de todo e qualquer princípio, visto que, apesar de relativos, os direitos e garantias fundamentais fazem parte do rol de cláusulas pétreas e não podem ser extintos ou modificados de modo a trazer consequências negativas para seus titulares.

Deste modo, o problema de pesquisa foi completamente respondido, uma vez que, a coleta compulsória de perfis genéticos para fins de investigação criminal fere o princípio do *nemo tenetur se detegere* ou da não autoincriminação, pois institui coleta compulsória de perfis genéticos exigindo a participação ativa do acusado através de método invasivo com intuito de alimentar Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG), cuja finalidade é subsidiar ações com fulcro na apuração de crimes e, portanto, a identificação de autores de delitos. Trata-se de medida desproporcional e desnecessária, uma vez que, aquele que é condenado já se encontra devidamente identificado e mesmo no caso do investigado existem várias possibilidades de sanar dúvidas quanto à individualização do acusado por meios menos

gravosos. Sendo assim, a Lei nº 12.654/2012, também atenta contra o princípio da proporcionalidade à medida que desrespeita os seus requisitos, quais sejam: a necessidade, a adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Para a realização do trabalho de pesquisa recorreu-se à pesquisa bibliográfica e documental, legislação, doutrina, jurisprudência e direito comparado. Foram analisados além do princípio do *nemo tenetur se detegere*, alguns outros princípios constitucionais e processuais penais igualmente importantes para a elucidação do tema, como por exemplo, o princípio da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana e o princípio da proporcionalidade. Verificou-se também o tema das provas no processo penal, sobretudo, no que concerne à vedação das provas ilícitas já sedimentado no direito brasileiro. Culminando com a análise da Lei nº 12.654/12 e as hipóteses dela decorrentes bem como a sua constitucionalidade, dentre outros. Foram colhidos também dados disponibilizados no XI Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), de modo a apresentar dados estatísticos e resultados que permitem visualizar a evolução do Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG), bem como seus objetivos e funcionamento.

A principal dificuldade encontrada foi que a resposta para a indagação temática não se encontrava necessariamente nos livros de Direito. Sendo necessário fazer incursões também em princípios correlatos, jurisprudência, legislação decorrente da Lei nº 12.654/2012 e outros, para fazer análise efetiva de um tema que ainda aguarda definição pelo Supremo Tribunal Federal. Logo, foi necessário grande capacidade de abstração para tomar a decisão que parece ser a mais acertada, com fulcro no que já foi sedimentado até o momento pelo ordenamento jurídico pátrio.

Recomenda-se que outros pesquisadores avancem no assunto, uma vez que, o tema do uso do DNA não foi esgotado e que o STF ainda não decidiu o mérito da questão. Contudo, é necessário sempre espírito crítico, uma vez que, segurança pública e direitos individuais costumam representar interesses antagônicos. Além do Princípio do *nemo tenetur se detegere*, como visto, existem outros princípios constitucionais afetados e uma ampla gama de assuntos que podem ser explorados, expandindo-se, inclusive, para além das ciências jurídicas.

Por fim, espera-se que esta pesquisa seja útil para as reflexões acerca da constitucionalidade da coleta de perfis genéticos, sobretudo, no atinente à coleta compulsória determinada pelo art. 9-A da Lei de Execuções Penais, tendo em vista a importância social e jurídica do tema suscitado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor. **Legislação Criminal para Concursos**. - 4 ed., rev., atual e ampl. - Salvador: JusPodivm, 2014.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. - 9 ed., rev. e ampl. - Salvador: JusPodivm, 2014.

BRASIL. **A Constituição e o Supremo**. - 6ª edição. Disponível em: [.http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=publicacaoLegislacaoAnotada](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=publicacaoLegislacaoAnotada). Acesso em: 12 de fevereiro de 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 de outubro de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 678, 6 de novembro de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 24 de outubro de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm. Acesso em: 24 de outubro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 17 de outubro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm. Acesso em: 14 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm. Acesso em: 17 de outubro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 17 de fevereiro de 2020.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. - 6 ed., rev e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para Concursos: LEP/ coordenador Ricardo Didier** - 9. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2020.

GRECO, Rogério; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Medicina Legal á Luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal: teoria resumida**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. - 21. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único** / Renato Brasileiro de Lima.-4. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2016. 976p.

_____. **Manual de Processo Penal: volume único.** – 8. Ed. Rev., ampl. E atual.- Salvador. Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal/** Aury Lopes Jr. – 13. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Teoria Geral do Processo.** - 2. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal.**-3. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____.**Manual de Processo Penal e Execução Penal.** - 11. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____.**Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019.**-1.-[5. Reimp.] .- Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

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

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** - 22. Ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

RIBPG. **XI Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.** Disponível em: https://www.justica.gov.br/suaseguranca/segurancapublica/ribpg/relatorio/relatorio_ribpg_nov_2019.pdf/view. Acesso em: 07 abril 2019.

RUIZ, Thiago. **A prova genética no processo penal.** - São Paulo: Almedina, 2016.

SILVA, José afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** -16. ed. rev. e atual. - São Paulo. Saraiva, 2013.