



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

CLAUDIA RAMOS MAY

**ANÁLISE DA COLETA DE PERFIL GENÉTICO (LEI 12.654 DE 2012) SOB A
ÓTICA DO GARANTISMO CONSTITUCIONAL E PRINCÍPIOS PROCESSUAIS
PENAIIS**

Tubarão

2017

CLAUDIA RAMOS MAY

**ANÁLISE DA COLETA DE PERFIL GENÉTICO (LEI 12.654 DE 2012) SOB A
ÓTICA DO GARANTISMO CONSTITUCIONAL E PRINCÍPIOS PROCESSUAIS
PENAIIS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade

Orientador: Prof. Silvio Roberto Lisboa, Esp.

Tubarão

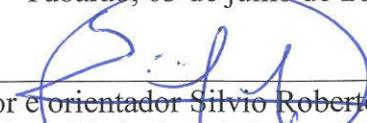
2017

CLAUDIA RAMOS MAY

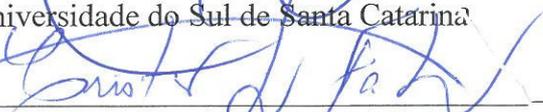
**ANÁLISE DA COLETA DE PERFIL GENÉTICO (LEI 12.654 DE 2012) SOB A
ÓTICA DO GARANTISMO CONSTITUCIONAL E PRINCÍPIOS PROCESSUAIS
PENAIIS**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 03 de julho de 2017.



Professor e orientador Silvio Roberto Lisboa Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Cristiano Léo Fabiani Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Maurício Fabiano Mortari Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Aos meus amores, na mais linda manifestação
da minha gratidão.

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste trabalho representa o fim de um ciclo, o qual é o primeiro passo, e o mais importante, em direção ao futuro que vislumbrei ao ingressar neste curso e com o qual sonho todos os dias: a minha graduação no curso de Direito.

Decorrentes desta graduação há sonhos que seriam impossíveis de serem realizados se não fosse pela existência do meu alicerce: minha família. Agradeço os meus pais por toda a dedicação empregada na minha criação e educação, por todo o apoio e por não passarem um dia sequer de suas vidas sem depositar uma imensa fé nos meus sonhos e no meu potencial em auferi-los. São eles o meu norte, para o qual sempre retornarei, mesmo quando, finalmente, alçar o vôo com o qual não passo um dia sem pensar.

Ao meu parceiro e aos meus amigos, que me acompanharam nas vitórias e nas derrotas. São eles presentes que a vida me deu e aos quais serei sempre imensamente grata.

Aos meus colegas de curso, que comigo desbravaram pelo mar desta intensa jornada de cinco anos.

Ao meu orientador, Silvio Roberto Lisboa, pela dedicação, paciência, apoio e conhecimento a mim dirigidos, fundamentais para a conclusão deste trabalho.

E a todo o corpo docente do Curso de Direito desta universidade, pelo conhecimento repassado no decurso desses cinco anos.

“Tudo evolui; não há realidades eternas: Tal como não há verdades absolutas”.
(FRIEDRICH NIETZSCHE, 1878).

RESUMO

O principal objetivo deste trabalho monográfico é analisar, sob a ótica do garantismo constitucional e principiologia processual penal, a Lei 12.654 de 2012, que introduziu como meio de identificação criminal a coleta de perfil genético a ser armazenado na Rede Integrada de Perfis Genéticos, gerenciada por unidade de perícia oficial, como uma das modalidades de identificação criminal dentre as já determinadas pela Lei 12.037 de 2009 (Lei de Identificação Criminal), e alterando a Lei 7.210 de 1984 (Lei de Execução Penal), prevendo a coleta compulsória de perfil genético ao condenado por crime cometido mediante violência e grave ameaça ou, incurso nas sanções previstas no rol do artigo 1º da Lei 8.072 de 1990 (Lei de Crimes Hediondos). O método empregado no presente trabalho, em relação a abordagem, é dedutivo. No que se refere ao nível de pesquisa, empregou-se o método exploratório. Por fim, no que toca ao método de procedimento empregado no presente trabalho, fez-se uso do método bibliográfico, utilizando-se de teorias e materiais já existentes. Verificou-se divergência doutrinária no que toca à conformidade da Lei de Perfis Genéticos com as garantias constitucionais, frisando-se o direito a não auto-incriminação, à presunção de inocência e o direito à intimidade. Uma vez arguida a violação das referidas garantias constitucionais, em sede de Recurso Extraordinário sob número 973837, o Supremo Tribunal Federal pôs em pauta de julgamento, reconhecida a repercussão geral da matéria, ainda sem julgamento. Na jurisprudência existente, no que toca ao exame de DNA utilizado para fins persecutórios penais, constata-se divergência acerca de sua utilização quando obtida em caráter compulsório. O estudo feito neste trabalho, sob a análise tanto dos postulados constitucionais e dos princípios norteadores do processo penal brasileiro, possibilitou a construção de conclusão própria acerca do tema. Haja vista que, de acordo com o previsto na Resolução emitida pelo Comitê Gestor da Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos, no uso de suas atribuições, que, no caso de recusa, não se procederá com a coleta do material genético - destarte, afastando a possibilidade de empregar-se qualquer tipo de coação física para tal - afasta-se a arguição de violação ao direito a não produzir prova contra si mesmo, que não deverá servir como retrocesso à persecução criminal, razão pela qual se conclui pela constitucionalidade da Lei 12.654 de 2012, que visa trazer eficácia à persecução penal, bem como sua adequação aos princípios norteadores do Processo Penal brasileiro, ponderando-se os possíveis conflitos dos interesses em questão, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, em razão dos benefícios que poderão ser auferidos diante de uma

investigação criminal pré-processual que conte com aparatos modernos a fim de lhe fornecer maior praticidade e eficácia.

Palavras-chave: DNA. Identificação. Processo Penal. Investigação Criminal. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The main objective of this undergraduate thesis is to analyze from the point of view of constitutional guaranty and procedural criminal principles, the Law 12.654 of 2012, which introduced as one way of criminal identification the compulsory profile collection generated by being stored in the Integrated Gene Profiles Network, managed by Criminal Execution Law, Criminal Execution Law, providing for a compulsory collection of genetic profile, Criminal Execution Law, Criminal Execution Law, Criminal Execution Law, Criminal Execution Law. The condemned for crime committed the violence and serious threat or incursion in the sanctions provided for in the list of article 1 of Law 8.072 of 1990. The method used in this work, in relation to an approach, is deductive. It is not possible to search the research program, the exploratory method was used. Finally, as far as the method of procedure used in the present work was concerned, the bibliographic method was used, using existing theories and materials. Doctrinal divergence was found not to be the basis of the Law of Genetic Profiles, with the constitutional guarantees, emphasizing the privilege against self-incrimination, the presumption of innocence and the right to intimacy. Once the violation of the constitutional guarantees was argued in an Extraordinary Appeal under number 973837, the Federal Supreme Court has put on trial to judge this question, once recognized a general repercussion of the subject. In existing jurisprudence, it is not a question of examining DNA used for criminal prosecution, to find a divergence on its use when obtained in a compulsory nature. The study made in the work, under an analysis of both the constitutional postulates and the principles of the Brazilian criminal procedure, allowed for a construction of an enlargement on the subject, which is recent, brings too few controversies. Since it is possible that the investigated person can refuse, and about the condemned, there's a possibility for the determination being rediscussed in an enforceable judgment, is not being authorized by the agents of production by collection of the genetic profile to any one of type As it is the case, aims to bring to perform the criminal prosecution, as well as its adequacy to the guiding principle of the Brazilian Criminal Procedure, considering the possible conflicts of interests in question, by application of the principle of proportionality, in In the face of the benefits that are forefront of a pre-procedural criminal investigation that contains modern devices in order to provide the request for prompt consultation of the act.

Key-words: DNA. Identification. Criminal proceedings. Criminal investigation. Fundamental rights.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
1.1	DELIMITAÇÃO DO TEMA.....	11
1.2	FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	11
1.3	JUSTIFICATIVA	12
1.4	OBJETIVOS	13
1.4.1	Objetivo Geral	13
1.4.2	Objetivos Específicos.....	13
1.5	DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS OPERACIONAIS	14
1.5.1	Investigação Criminal.....	14
1.5.2	Crime.....	14
1.5.3	DNA	14
1.5.4	Indício.....	15
1.5.5	Autoria.....	15
1.6	DELINEAMENTO DA PESQUISA	15
1.6.1	Método.....	16
1.6.2	Tipo de pesquisa	16
1.7	DESENVOLVIMENTO CAPITULAR.....	17
2	PERFIL GENÉTICO COMO PROVA NO PROCESSO PENAL.....	19
2.1	CONCEITUAÇÃO DE DNA E BREVE HISTÓRICO DA DESCOBERTA	19
2.2	DIREITO COMPARADO: A UTILIZAÇÃO DE DNA NA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL E PERSECUÇÃO CRIMINAL EM OUTROS PAÍSES	21
2.3	CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS PROVAS NO PROCESSO PENAL	23
2.4	DNA COMO PROVA NO CAMPO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL	26
3	GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E PRINCIPIOLOGIA APLICADAS AO DNA COMO PROVA	31
3.1	DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCESSO PENAL	31
3.2	DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....	34
3.3	PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> (GARANTIA CONSTITUCIONAL À NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO).....	36
3.4	PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA.....	41
3.5	PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE	44
3.6	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	45

3.7	PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	48
3.8	PRINCÍPIOS DA LIVRE APRECIÇÃO DAS PROVAS, DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E BUSCA PELA VERDADE REAL	50
4	ANÁLISE DA COLETA DE PERFIL GENÉTICO (LEI 12.654 DE 2012) SOB A ÓTICA DO GARANTISMO CONSTITUCIONAL E PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAI	54
4.1	A INTERVENÇÃO CORPORAL NO PROCESSO PENAL	54
4.2	O ATUAL SISTEMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL	58
4.3	INOVAÇÕES E FUNDAMENTOS DA LEI 12.654 DE 2012, QUE PREVÊ A COLETA DE PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS	62
4.3.1	A exclusão do perfil genético do banco de dados de perfis genéticos	67
4.4	ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À INSTITUIÇÃO DE BANCO DE PERFIS GENÉTICOS NO BRASIL PELO ADVENTO DA LEI 12.654 DE 2012	69
5	CONCLUSÃO	77
	REFERÊNCIAS	80
	ANEXOS	90
	ANEXO A – LEI Nº 12.037/2009.....	91
	ANEXO B – LEI Nº 12.654/2012.....	94

1 INTRODUÇÃO

Neste capítulo apresenta-se a delimitação do tema e formulação do problema, tal como a apresentação da justificativa para o tema, breve explanação acerca do objetivo geral, objetivos específicos e apresentação dos conceitos operacionais correlacionados com o tema em questão.

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA

Com o advento da Lei n. 12.654 de maio de 2012 (BRASIL, 2012), que alterou as Leis 12.037 de 2009 (Lei de Identificação Criminal) e 7.210 de 1984 (Lei de Execução Penal), incluindo, como uma das formas de identificação criminal, a extração compulsória e não-invasiva de material genético do réu condenado por crime doloso, cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa ou por qualquer dos crimes elencados no art. 1º da lei 7.210 de 1984, para que o referido material passe a integrar um banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por órgão de perícia oficial.

O perfil genético do condenado, prevê a Lei n. 12.654 de 2012, pode ser utilizado para apuração de autoria em sede de persecução criminal, com exceção do próprio processo que o levou à condenação ou investigações em curso, à requerimento da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa. Apesar da inovação tecnológica, levantou-se a discussão do que toca à constitucionalidade do dispositivo legal, ou seja, se a coleta compulsória do material genético do indivíduo condenado ou, mesmo em caráter não-compulsório, do investigado não afrontaria as principais garantias constitucionais e se ainda, encontra respaldo na principiologia processual penal.

Assim, ante o exposto, apresenta-se à seguinte delimitação temática: Análise da Lei n. 12.654 de maio de 2012 sob a ótica do garantismo constitucional e princípios processuais penais.

1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Para corroborar com a natureza do tema proposto e possibilitar a análise e investigação deste, lançam-se alguns questionamentos, tais quais: Quais as inovações trazidas pelo advento da Lei n. 12.654 de 2012 no âmbito processual penal? A aplicação da Lei n.

12.654 de 2012 encontra respaldo em princípios processuais penais? Ainda, com base nas indagações citadas, estabelece-se como pergunta central: **Há, na Lei n. 12.654 de 2012, alguma afronta às garantias resguardadas no bojo da Constituição Federal de 1988?**

1.3 JUSTIFICATIVA

A proposta temática em tela se justifica em razão das importantes alterações trazidas com o sancionamento da Lei n. 12.654 de 2012 (BRASIL, 2012), a qual prevê e regula a questão da coleta de material genético e a criação de um banco de dados para armazenar os perfis genéticos extraídos de condenados por crime doloso, mediante violência ou grave ameaça à pessoa ou, ainda, incursos em qualquer dos delitos elencados no rol de crimes hediondos (art. 1º, lei 7.210 de 1984), de forma que é imprescindível a análise de tais inovações sob à luz das garantias constitucionais e princípios atinentes ao processo penal brasileiro.

Sabe-se que nos delitos não transeuntes, o exame de corpo de delito é obrigatório, de forma que a confissão do acusado não poderá supri-lo (BRASIL, 1941). Tem-se por “corpo de delito” aquilo que, segundo Tucci (1978, p.14) “corresponde ao conjunto de elementos físicos, materiais, contidos, explicitamente, na definição do crime, isto é, no modelo legal”. Destarte, importa mencionar o artigo 158 do Código de Processo Penal brasileiro, o qual determina a realização obrigatória do exame de corpo de delito nos delitos que deixarem vestígios, não lhe podendo suprir a confissão do acusado (BRASIL, 1941).

A realização do exame de DNA traz notória praticidade no que toca à apuração de autoria e materialidade delitiva, quando comparado ao vestígio encontrado no local do crime ou integrando o contexto probatório no decorrer da ação penal, sendo de imensa valia, bem como objeto de controvérsia, no ordenamento jurídico-penal, o sancionamento da Lei n. 12.654 de 2012 (BRASIL, 2012).

A inclusão da coleta compulsória de material genético, a que se refere a Lei 12.654 e 2012 (BRASIL, 2012), como forma de identificação criminal além das já conhecidas e reguladas pela Lei n. 12.037 de 2009 (BRASIL, 2009) na seara processual penal, visa utilizar técnicas modernas e de maior fiabilidade a fim de garantir maior eficácia e certeza jurídica na tutela jurisdicional prestada pelo Estado. Suscita, entretanto, que se faça uma análise de compatibilidade com as garantias constitucionais e demais princípios que norteiam o processo penal brasileiro (LOPES JR., 2012).

Uma vez que o perfil genético do condenado seja coletado e armazenado, de acordo com previsão legal a que aduz a Lei n.12.654 de 2012 (BRASIL, 2012), estes dados poderão ser solicitados ao juiz competente, em razão de futura investigação, por autoridade policial, estadual ou federal.

Trata-se de um assunto delicado, contemplado por posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais diversos no que toca às possíveis afrontas às garantias constitucionais, em especial à cláusula *nemo tenetur se detegere* (direito de não produzir prova contra si mesmo) e ao estado presumido de inocência. Por via de Recurso Extraordinário (RE 973837), a questão passou a integrar a pauta de julgamento de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, uma vez reconhecida a repercussão geral da matéria, ainda sem julgamento.

1.4 OBJETIVOS

Neste subitem, explana-se acerca do objetivo geral e objetivos específicos.

1.4.1 Objetivo Geral

Analisar a possibilidade de realização compulsória de exame em DNA nas investigações criminais como indício de prova de autoria à luz dos princípios processuais penais e constitucionais.

1.4.2 Objetivos Específicos

Apresentar a conceituação de DNA, bem como discorrer acerca de sua utilização na persecução penal brasileira, comparado com outros países.

Discorrer acerca dos princípios processuais penais e as garantias constitucionais que correlacionadas à problemática do tema proposto ao tema proposto.

Analisar a coleta de perfil genético (Lei 12.654 de 2012) sob a ótica do garantismo constitucional e princípios processuais penais, expondo o sistema de identificação criminal atual adotado no Brasil, as inovações advindas da Lei 12.654 de 2012 e expor argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade deste dispositivo.

1.5 DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS OPERACIONAIS

Para um entendimento mais apropriado do tema em questão, indicam-se abaixo alguns conceitos doutrinários ou legais.

1.5.1 Investigação Criminal

A investigação criminal, instrumentalizada em inquérito policial, segundo Capez (2013, p. 113) “É o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para apuração de uma infração penal e sua autoria a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (CPP, art. 4º)”.

Nesse sentido, de acordo com o que ensina Lopes Jr. (2006, p. 39), não há conceituação legal para investigação criminal, sendo relevante cortejar os artigos 4º e 6º do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), de modo a constatar-se que o ato investigativo criminal é a atividade desenvolvida pela Polícia Judiciária a fim de averiguar autoria e materialidade do delito por meio de inquérito policial, cujo destinatário será o Ministério Público ou acusador privado, servindo de base para ação penal aforada para apreciação do Judiciário.

1.5.2 Crime

O Código Penal brasileiro não dispõe acerca do conceito de crime, sendo, portanto, definido, principalmente, por via doutrinária. Contudo, a Lei de Introdução ao Código Penal, em seu artigo 1º, dispõe: “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa [...]”. (BRASIL, 1940).

Ademais, ensina Nucci (2009, p. 120) que “a concepção do direito acerca do delito. É a conduta proibida por lei, sob ameaça de aplicação de pena, numa visão legislativa do fenômeno”.

1.5.3 DNA

Segundo Callegari, Wermuth e Engelmann (2012, p.44), DNA (**ácido desoxirribonucléico**) ou genoma humano “é um conjunto de material genético no qual se

encontram informações hereditárias e genéticas contidas nos cromossomos e esses, por sua vez, estão presentes em todas as células do corpo humano”.

Ainda nesse sentido, os autores supramencionados ensinam que: “Trata-se, portanto, o genoma, de uma informação genética que pode ser considerada ‘tridimensional’, uma vez que abarca ao mesmo tempo um aspecto individual, famílias e universal.” (2012, p.44)

1.5.4 Indício

Define-se indício, de acordo com Plácido e Silva (1997, p. 456):

[...] em sentido equivalente à presunção, quer significar o fato ou a série de fatos pelos quais se pode chegar ao conhecimento de outros, em que se funda o esclarecimento da verdade ou do que se deseja saber [...] Nesta razão, os indícios são circunstâncias que se mostram e se acumulam para a comprovação do fato, assim tido como verdadeiro.

1.5.5 Autoria

No Código Penal atual não existe conceituação de autoria, restando conceituada em doutrinas, dispondo, apenas, o Código Penal, em seu artigo 29 que “Quem de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. (BRASIL, 1940)

Para Capez (2013, p. 367) autor do crime é “aquele que realiza a conduta principal descrita no tipo incriminador”.

1.6 DELINEAMENTO DA PESQUISA

Delineamento da pesquisa “refere-se ao planejamento da mesma em sua dimensão mais ampla envolvendo tanto a sua diagramação quanto a previsão de análise e interpretação de dados.” (GIL, 2002, p. 70). Assim, esta seção consiste na especificação dos tipos de método e pesquisa cabíveis ao objeto em estudo, no caso, “Análise da coleta de perfil genético (Lei 12.654 de 2012) sob a ótica do garantismo constitucional e princípios processuais penais.”

1.6.1 Método

Trata-se do meio utilizado pelo pesquisador para buscar respostas e obter resultados confiáveis. É, senão, a exposição das técnicas empregadas por etapa na pesquisa, de forma sistematizada para que se chegue à uma solução. (MOTTA, 2012, p. 83).

Os métodos de procedimento a serem utilizados na pesquisa consistem no monográfico e no comparativo. O primeiro deve-se à preocupação com o aprofundamento do tema em estudo e o segundo, à necessidade de comparações entre leis, normas e doutrinas relacionadas ao tema.

Para Motta (2012, p. 98), “o método monográfico é aquele que analisa, de maneira ampla, profunda e exaustiva, determinado o tema e a questão-problema.” O método comparativo consiste “[...] na verificação de semelhanças e diferenças entre duas ou mais pessoas, empresas, tratamentos, técnicas, etc., levando-se em conta a relação presente entre os aspectos comparados” (MOTTA, 2012, p. 96).

O método de abordagem que se adotará na pesquisa é o do tipo dedutivo, uma vez que serão analisados documentos, assim sendo os inerentes às normas e leis, e doutrinas vinculadas ao tema proposto no presente trabalho, da esfera geral para a específica. Assim, trata-se de um método “[...] que parte sempre de enunciados gerais (premissas) para chegar a uma conclusão particular”. (HENRIQUES; MEDEIROS apud MOTTA, 2012, p. 86).

1.6.2 Tipo de pesquisa

No que toca ao presente trabalho monográfico, quanto ao seu objetivo, a pesquisa será a do tipo **exploratória**, visto que proporcionará “[...] maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses”. (GIL, 2002, p. 41). Envolve levantamento bibliográfico, no entanto, sem desenvolver análises mais detidas. (MOTTA, 2012).

Referente aos procedimentos de coleta de dados, serão utilizadas as pesquisas dos tipos **bibliográfica e documental**.

Bibliográfica vez que é decorrente de leituras, análises e interpretações de fontes secundárias (livros, revistas, monografias, teses, dissertações, relatórios de pesquisa, doutrinas, etc.), com a principal finalidade de proporcionar um contato direto e maior familiaridade com tudo o que já foi escrito acerca do tema em análise. (MOTTA, 2012). Visando, a presente pesquisa, expor as teorias atinentes ao tema proposto.

A pesquisa do tipo documental baseia-se em fontes primárias ou documentais, uma vez que serve de base material ao entendimento da tese desenvolvida no presente trabalho monográfico. (MOTTA, 2012).

Já com base no objeto de estudo, a pesquisa será a do tipo **instrumental**, pois diz respeito à busca em estabelecer uma correlação entre o embasamento teórico levantado, durante a pesquisa, à resolução “de problemas técnicos” (SILVA, 2004 apud MOTTA, 2012, p. 48). As pesquisas bibliográficas e documentais definem-se como instrumentais, podendo ser divididas em doutrinárias, legais ou jurisprudenciais. (MOTTA, 2012)

1.7 DESENVOLVIMENTO CAPITULAR

O presente trabalho está estruturalmente desenvolvido em quatro capítulos, além desta introdução.

No segundo capítulo, denominado Perfil genético como prova no Processo Penal, passa-se a tratar do histórico da descoberta do DNA, o DNA como prova no âmbito processual penal brasileiro e as provas na legislação processual penal e discorre-se acerca do uso do DNA e seu armazenamento em Banco de Dados na persecução criminal em outros países.

No terceiro capítulo, de título Garantias constitucionais e principiologia aplicadas ao DNA como prova, aborda-se os princípios e garantias constitucionais correlacionados com o tema central, quais sejam o devido processo legal, princípio do contraditório e ampla defesa, garantia constitucional à não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), princípio da presunção da inocência, princípio da proporcionalidade e princípios da livre apreciação das provas, do livre convencimento motivado e busca da verdade real.

O quarto capítulo é intitulado Análise da coleta de perfil genético (lei 12.654 de 2012) sob a ótica do garantismo constitucional e principiologia processual penal e adentra no tema em questão, expondo-se as problemáticas resultantes do tema proposto, as inovações trazidas com o advento da Lei 12.654 de 2012 e suas alterações, a previsão de exclusão do perfil genético armazenado em banco de dados e os argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade da referida Lei.

No próximo capítulo serão abordados o histórico e descoberta do DNA, sua utilização como prova e discorrer-se-á acerca das provas no processo penal brasileiro.

2 PERFIL GENÉTICO COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

Neste capítulo apresenta-se a conceituação de DNA, expor-se-á acerca da utilização deste na persecução penal em outros países e discorre-se acerca das modalidades probatórias no âmbito processual penal brasileiro, tal como a utilização do exame em DNA como prova no âmbito Processual Penal no Brasil.

2.1 CONCEITUAÇÃO DE DNA E BREVE HISTÓRICO DA DESCOBERTA

DNA ou ADN é a sigla para o termo “ácido desoxirribonucléico”, componente do genoma humano, onde se encontram as informações genéticas e hereditárias de caráter único, que integram o perfil genético do indivíduo. Classifica-se em DNA nuclear, encontrado no núcleo celular e DNA mitocondrial, por sua vez, presente fora da estrutura nuclear da célula (BONACCORSO, 2005).

No que se refere ao DNA, ensinam Croce e Croce Júnior (2011, p. 737):

O DNA é o elemento que contém todas as informações genéticas de cada indivíduo, com características únicas, como ocorre com as impressões digitais . [...] o DNA de cada indivíduo forma um padrão específico (“impressão digital”). A “impressão digital” genética também se obtém usando as chamadas enzimas de restrições que , como verdadeiras “tesourinhas químicas”, cortam o gene em sítios específicos, seccionando o DNA em segmentos que se dispõem em padrões. (Grifo do autor).

A descoberta dos ácidos nucleicos deu-se em 1869, pelo médico suíço Friedrich Miescher, sendo aprimorada, posteriormente, pelo bioquímico Kossel, que veio a demonstrar a existência de dois tipos de ácido nucleicos: o ácido desoxirribonucléico (DNA ou ADN) e ácido ribonucléico (RNA) concomitantemente à elaboração das primeiras questões relativas à hereditariedade genética, no período compreendido entre os anos de 1856 e 1863, por Gregor Mendel, monge austríaco que ficou conhecido também como “pai da genética”(apud GRIFFITHS et al apud BONACCORSO, 2005).

No decorrer do século XX, com a crescente modernização de aparatos de análise, biólogos reconheceram que os genes se encontram nos cromossomos, e mais tarde, com o advento da análise bioquímica, notou-se que a constituição destes cromossomos eram basicamente DNA (ácido desoxirribonucléico) e proteínas (BONACCORSO, 2005).

Os dados genéticos carregam informações únicas, que distinguem um indivíduo dos demais, permitindo sua identificação, com exceção dos gêmeos monozigóticos, pois, neste caso, a segmentação provém de um mesmo óvulo, de modo a compartilharem do mesmo genótipo (FRANÇA, 2015).

O DNA pode revelar, inclusive, dados referentes aos seus consanguíneos biológicos, incluindo gerações anteriores e posteriores. A análise de dados genéticos - em tese permanente inalteráveis, salvo por mutações genéticas espontâneas ou provocadas, é capaz de identificar grupos étnicos e possuem caráter informativo tão extenso a ponto de identificar pré-disposição para enfermidades (CROCE; CROCE JR., 2011).

A quantidade de material genético é variável nos diferentes órgãos e tecidos humanos (BONACCORSO, 2005). Importa mencionar que, além de DNA nuclear, o DNA (DNAm) mitocondrial, este encontrado em maior quantidade nas células, mesmo que em material de amostra descartado, preserva seu bom estado. Ademais, quanto ao material genético é possível distingui-los em DNA codificante e não-codificante, sendo este último de maior relevância na esfera jurídica processual penal, uma vez que possui maior poder de distinção, salvo no caso de gêmeos univitelinos (NICOLITT; WEHRS, 2015).

A questão da análise do DNA foi revolucionada por Alec Jefferys, no Reino Unido, com a descoberta dos chamados microssatélites (*loci*), que são estruturas de unidades de repetição de pares hipervariáveis, que produzem uma espécie de “impressão digital” de DNA (*DNA fingerprinting*) (BONACCORSO, 2005).

Criado o método *DNA fingerprinting* ou sonda *Multi-Locus Probe* tem-se, então, elementos de alto caráter de individualização, assim como impressões digitais, uma vez que contém todas as informações genéticas do indivíduo (CROCE; CROCE JR., 2011).

Foi introduzido a sonda SLP (*Single- Locus Probe*), por analisar apenas um determinado trecho do cromossomo, que não se mostrou tão eficaz na análise de pequenas amostras (sangue, pêlos, esperma) e amostras degradadas por ação externa (tempo, umidade, calor). No entanto, o método *fingerprinting*, em comparação à sonda SLP (*Single- Locus Probe*), mostrou-se mais eficaz, uma vez que analisa mais de um seguimento de vários cromossomos (estrutura formada por ácido desoxirribonucléicos), diminuindo a possibilidade de mais de um indivíduo apresentar o mesmo posicionamento segmentar, ressalvado, entretanto, o caso de gêmeos univitelinos (FRANÇA, 2015).

Enfim, foi inserido o método PCR (*Polymerase Chain Reaction*), descrita pela primeira vez no ano de 1985, por Kary Mullis, reconhecida desde então como método de grande potencial para análise forense, no que toca a quantidade de vestígio biológico comumente encontrado nos locais do cometimento do delito. (JEFFREYS et al, apud BONACCORSO, 2005).

Discorre Nicollit (2015, p.68) acerca do método PCR (*Polymerase Chain Reaction*):

Trata-se de um método *in vitro* que sintetiza sequências específicas de DNA. Essa reação usa um DNA como “molde” e pequenas sequências o complementam, produzindo uma cópia. Ao final de aproximadamente 20 ciclos, chega-se a uma concentração gigantesca de DNA, na casa dos milhões, o que facilita a análise e dispensa o uso de sonda, resolvendo os problemas apresentados pelos métodos anteriormente referidos, destacadamente por permitir a análise a partir de pequenos vestígios biológicos. (Grifo no original).

Uma vez que a molécula de DNA carrega informações genéticas estruturais, com capacidade alta de individualização, a análise da tipagem molecular e segmentar de cromossomos para obtenção de perfil genético adquiriu um expressivo caráter de conveniência na Criminalística e Medicina Forense, atuando como um recurso conveniente no esclarecimento de delitos, estendendo-se a utilidade à identificação humana e, na esfera cível, nas investigações de paternidade (vínculo genético de filiação por DNA) (BARROS; PISCINO, 2008).

2.2 DIREITO COMPARADO: A UTILIZAÇÃO DE DNA NA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL E PERSECUÇÃO CRIMINAL EM OUTROS PAÍSES

De alto valor elucidativo, a coleta de material genético em sede de investigação criminal aprimorou-se com a criação e mantimento de banco de dados de perfis genéticos, a fim de tornar mais ágil a comparação entre vestígios encontrados no local do crime e DNA colhido do indivíduo sob o qual recaia possibilidade de envolvimento no cometimento do delito, ou, mesmo em situações do desaparecimento de pessoas e reconhecimento de corpos, situações onde a comparação de perfis genéticos se dá para que se proceda com a identificação cadavérica.

A criação do primeiro banco de dados de perfis genéticos é datada no ano de 1994, mas este já fora projetado no ano de 1990 com um *software*, pelos Estados Unidos, com a introdução do sistema CODIS (*Combined DNA Index System*), seguido do Reino Unido, que criou também o banco de dados de perfis genéticos no ano de 1995. O CODIS é a base de dados criada pelo **FBI** (*Federal Bureau Investigation*), em laboratórios criminais, com o intuito de armazenar os perfis genéticos, como um índice de DNA informático, a fim de identificar suspeitos do cometimento de crimes violentos. (GOMES; ALVES, p.5, 2013).

Sua utilização estende-se às buscas familiares (*familial searching*) e busca por pessoas desaparecidas (*missing person comparisson request*). Atualmente, é o maior sistema de banco de dados aplicado a nível nacional, sendo aprovado e utilizado por 50 estados americanos, contando laboratórios forenses estaduais e locais (UNITED STATES, 2017).

Estatisticamente, o implemento do Sistema CODIS (UNITED STATES, 2013) vem demonstrando eficiência dentro do seu propósito de criação:

O Índice Nacional de DNA (NDIS) contém mais de 10.252.900 offender perfis, 1.429.000 perfis detido e 482.200 perfis forenses a partir de março de 2013. Em última análise, o sucesso do programa CODIS será medido pelos crimes que ajuda a resolver. CODIS da métrica primária, a "Investigação Ajudada", controla o número de investigações criminais, onde CODIS tem um valor acrescentado para o processo investigativo. Em março de 2013, CODIS já produziu mais de 205.700 acessos assistência em mais de 197.400 investigações. (Grifo no original).

No **Reino Unido**, em 1995, foi criado o NDNAD, ou United Kingdom National DNA Database (Base Nacional de Dados de DNA), contando com cerca de 3 (três) milhões de perfis armazenados, com atualização mensal do banco de dados estimada em 30 mil perfis genéticos, englobando aqui os coletados de suspeitos e encontrados em local do crime. (BBC, 2007).

Acerca da criação e manuseio de banco de dados de perfil genético, elenca Bonaccorso (2005, p. 109):

Como exemplos desses grupos, temos, na Europa, o ENFSI – European Networking of Forensic Science Institute, o EDNAP – European DNA Profiling Group, pertencente à ISFH – International Society for Forensic Haemogenetics. Subgrupos desses, como o GEP-ISFG – Grupo Español y Portugués de La ISFG e outros grupos europeus como o GITAD – Grupo Iberoamericano de Trabajo em Análisis de DNA, pertencente à AICEF – Academia Iberoamericana de Criminalística y Estudios Forenses, bem como o DNA MEG – Grupo de Trabalho de DNA da Interpol e alguns projetos como o da STADNAP (Standardization of DNA Profiling in Europe, têm contribuído para a melhoria de padrões no campo de Genética Forense.

A **Espanha** possui o “Programa Fênix”, voltado para coleta de informações genéticas de parentes de indivíduos desaparecidos, para que possam ser utilizados como referência em possíveis evidências que venham a aludir ao desaparecimento daqueles. (FIGUEREDO; PARADELA, 2006).

Em vista da crescente implementação de bancos de dados de perfis genéticos para fins elucidativos, em caráter mundial e com a apresentação de resultados positivos, o **Brasil** incorporou a proposta, instituindo a Rede Integrada de Banco de Dados Nacional de Perfil Genético (RIBPG), por iniciativa do Ministério da Justiça em conjunto com as Secretarias de Segurança dos Estados, em 2009, com intuito de confrontar o vestígio material, coletado pela perícia no local do delito, e a amostra de referência, coletados em sede de execução penal ou investigação preliminar, como modalidade de identificação criminal. Ainda, conta com o armazenamento de dados genéticos para identificação de pessoas desaparecidas ou de identidade desconhecida, restos mortais e cadáveres, bem como amostras biológicas de familiares para a realização de identificação cruzada (BRASIL, 2015).

De acordo com relatório da Rede Integrada em conjunto com o Ministério da Justiça (BRASIL, 2016), integra os perfis genéticos que compõem os vestígios encontrados no local do crime ou no corpo da vítima, de forma que possam ser confrontados entre si – possibilitando identificar crimes cometidos em série – e atuando na comparação com o material genético já armazenado nos termos da Lei 12.654, de 2012 (BRASIL, 2012).

2.3 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS PROVAS NO PROCESSO PENAL

A origem etimológica do termo “prova” advém do latim *probatio*, que é, senão, substantivo que se fere ao ato de verificar, inspecionar e confirmar algo (NUCCI, 2015). Neste diapasão, ensina Capez (2013, p. 372):

[...] é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação. Por outro lado, no que toca à finalidade da prova, destina-se à formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa.

Trata-se de demonstração da ocorrência fática, no exercício dos meios legais de produção probatória e a própria influência destas, uma vez trazidas à relação processual, na formação de convicção do magistrado, respeitados os limites impostos pelo devido processo legal (GIACOMOLLI, 2008).

O referido instituto legal possui previsão no artigo 156, incisos I e II do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), com redação determinada pela Lei 11.690 de 2008, no que dispõe:

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

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

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Importa à prova que sua obtenção seja dada sob o manto do devido processo legal (SABOIA, 2014), uma vez que atua diretamente no convencimento do magistrado, podendo ou não ensejar em condenação. Assim, a prova produzida no processo penal deverá ser desprovida de qualquer vício que inquie na ilicitude desta, sendo, de acordo com o artigo 5º da Constituição Federal, inciso LVI, “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. (BRASIL, 1988).

São, portanto, consideradas ilícitas as provas que violem as normas constitucionais ou legais, ou que daquelas decorrem, chamadas provas ilícitas por derivação, quando presente o nexo de causalidade entre uma e outra, e se, ainda que obtidas por modo diverso, seguindo os trâmites legais e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal capazes de conduzir ao fato objeto da prova, não puderem ser obtidas sem que restem prejudicadas pelo caráter ilícito (BRASIL, 1941).

Em relação à prova ilícita, leciona Bulos (2001, p. 244):

[...] provas obtidas por meios ilícitos são as contrárias aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico. Esses requisitos possuem a natureza formal e a material. A ilicitude formal ocorrerá quando a prova, no seu momento introdutório, for produzida à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo se for lícita a sua origem. Já a ilicitude material delinea-se através da emissão de um ato antagônico ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório, como nas hipóteses de invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, constrangimento físico, psíquico ou moral a fim de obter confissão ou depoimento de testemunha etc.

Quanto à prova derivada da ilícita, discorre Grinover (1996, p.29):

Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite -se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo.

A razão da rejeição da prova derivada da ilícita se dá em razão da teoria adotada pelo Direito Processual Penal brasileiro, com o advento da lei 11.690-2008 - que acresceu os parágrafos 1º e 2º - inspirada na teoria norte-americana “*fruits of the poisonous tree*” (em tradução literal, “frutos da árvore envenenada”).

Lopes Júnior (2015, p. 414) discorre acerca da teoria adotada pelo ordenamento jurídico processual penal:

A lógica é muito clara, ainda que a aplicação seja extremamente complexa, de que se a árvore está envenenada, os frutos que ela gera estarão igualmente contaminados (por derivação). [...] entendemos que o vício se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado, literalmente contaminando-os com a mesma intensidade. Dessa forma, devem ser desentranhados o ato originariamente viciado e todos os que dele derivem ou decorram, pois igualmente ilícita é a prova que deles se obteve.

Ainda de acordo com autor supramencionado, é necessária a distinção entre **prova ilícita e ilegítima**, no que ensina (2017, p. 394):

[...] prova ilegítima: quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo. Exemplo: juntada fora do prazo, prova unilateralmente produzida (como o são as declarações escritas e sem contraditório) etc.; prova ilícita: é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no

momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo). [...] Em geral, ocorre uma violação da intimidade, privacidade ou dignidade (exemplos: interceptação telefônica ilegal, quebra ilegal do sigilo bancário, fiscal etc.).

Destaca-se, ainda, o efeito ou valor conferido à prova que poderá ser **plena ou indiciária**; a primeira configura-se quando é convincente ou necessária para a formação do convencimento do juízo, a exemplo da exigida para a condenação. A segunda é um juízo de probabilidade, ou seja, não alcança a plenitude probatória, visto que se dá em momento no qual não se exige certeza, a exemplo das produzidas em fase investigativa preliminar. Assim, não só no decurso da ação penal que serão produzidas as provas, de forma que os elementos colhidos durante o inquérito policial para apuração de materialidade e autoria são denominados provas indiciárias (CAPEZ, 2013). Ainda, o caderno investigativo policial acompanhará a denúncia ou a queixa, quando lhes servir de base à formação da *opinio delicti*, por força do artigo 12, do *Codex Processual Penal* (BRASIL, 1941)

Como meio de prova pode-se compreender como as modalidades que servirão à apuração da verdade material fática e embasarão o livre convencimento motivado do magistrado, observados o contraditório e a ampla defesa, sendo vedada a condenação consubstanciada tão somente em elementos informativos colhidos no decurso da investigação criminal. O Código de Processo Penal, em rol exemplificativo, traz como meios probatórios a perícia, o interrogatório do acusado, a confissão, as declarações do ofendido, a prova testemunhal, o reconhecimento de pessoas ou coisas, acareações, a prova documental, os indícios e a busca e apreensão (BRASIL, 1941).

O caráter exemplificativo do rol de provas na seara processual criminal justifica-se, sobretudo, pela busca da verdade material (art. 156, I e II), que autoriza o juiz a determinar a realização de diligências necessárias para esclarecer ponto relevante no qual recaia dúvida, não se restringindo à verdade formal, diferentemente do que ocorre na lei civil – herdando dessa a observação das restrições impostas no que se refere ao estado das pessoas. Ademais, não se exige exaustiva taxatividade legal, desde que a obtenção das provas esteja alinhada aos princípios e normas constitucionais e demais determinações legais e principiológicas inseridas no processo penal (CAPEZ, 2013).

Atualmente, com os novos mecanismos tecnológicos, o exame pericial de DNA traz à persecução criminal um grande avanço em matéria probatória. Tendo em vista a segurança da informação obtida e o refinamento técnico empregado, torna-se imprescindível sua realização em determinadas circunstâncias, como ressalta Mendroni (2015, p. 143):

Diferentemente das análises químicas, que em geral são úteis para a realização de confrontações de qualquer tipo de material inorgânico, estas se prestam, com a mesma sistemática e objetivo, a estudar e comparar vestígios orgânicos deixados como rastros da prática criminosa, incluindo-se aí, entre muitos outros, os mais comuns, como sangue, sêmen e saliva, e todos, ao mesmo tempo e se - paradamente, para viabilizar o utilíssimo e na atualidade já corriqueiro, porque com alto grau de precisão, exame de DNA.

Logo, o emprego do exame pericial por via de análise de material genético configura-se, presentemente, como um dos meios de prova elucidativa mais profícuas à serviço do processo penal, garantindo maior aproximação com a verdade fática material, ao passo que propicia ao magistrado, como ensina Martins (1996, p. 40-41), “todo o aparato técnico e tecnológico apto a dirimir dúvidas importantes em um processo”.

2.4 DNA COMO PROVA NO CAMPO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Sabe-se que, no contexto probatório do processo penal, busca-se provas a fim de aproximar o julgador do fato ocorrido. Primeiramente, o artigo 158 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), introduzindo o capítulo “Das Provas”, dispõe que, sempre que o delito deixar vestígios é indispensável o exame de corpo de delito, não podendo o suprir a confissão do acusado. Assim, a análise técnica deverá ser procedida por perito oficial, que elaborará laudo pericial com descrições e pareceres detalhados, respondendo, também, aos quesitos elaborados pelas partes (BRASIL, 1941).

O material encontrado no local do delito deverá ser recolhido e armazenado, observados os cuidados necessários para garantir a lisura pericial, para que seja garantido o propósito pleno e eficaz da análise técnica. Neste sentido, traz o artigo 6º do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) a seguinte determinação:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

O dispositivo supramencionado visa garantir a integridade, tanto quanto possível, dos vestígios detectados que serão postos sob análise pericial. Como exemplo de vestígio material que possa ser encontrado na cena do crime, de onde se possa obter informação genética, é possível citar elementos como fios de cabelo, sangue, saliva, urina, fragmentos teciduais, ossos, dentes e sêmen, que serão indispensáveis ao reconhecimento de cadáver, à constatação da materialidade delitiva, bem como à possível autoria (BONACCORSO, 2005).

Ainda, faz-se necessário mencionar que o exame de corpo de delito poderá ser direto e indireto (BRASIL, 1941). A fim de distinguir as modalidades referidas, ensina Lopes Júnior (2015, p.444):

Diz-se que o exame de corpo de delito é direto quando a análise recai diretamente sobre o objeto, ou seja, quando se estabelece uma relação imediata entre o perito e aquilo que está sendo periciado. O conhecimento é dado sem intermediações entre o perito e o conjunto de vestígios deixado pelo crime. [...] Mas, em situações excepcionais, em que o exame de corpo de delito direto é impossível de ser feito porque desapareceram os vestígios do crime, o art. 167 do CPP admite o chamado exame indireto. O exame de corpo de delito indireto é uma exceção excepcionalíssima, admitido quando os vestígios desapareceram e a prova testemunhal vai suprir a falta do exame direto. Mas não só ela; também pode haver a comprovação indireta através de filmagens, fotografias, gravações de áudio etc.

Visto que o exame de corpo de delito indireto trata-se de uma exceção, reforça-se o sentido essencial da preservação do estado das coisas a que se refere o artigo 6º do Diploma Processual Penal (BRASIL, 1941) a fim de garantir a aproximação da verdade fática em sede processual. Uma vez tomados os cuidados necessários e seguidas as determinações processuais penais, a questão do DNA como elemento probatório mostra-se como um dos meios mais eficazes de prova, principalmente no que tange a correlacionar o material encontrado no local do crime com o perfil genético dos investigados ou réus, atingindo o campo da elucidação de autoria delitiva (BONACCORSO, 2005).

Neste sentido, exarou decisão o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina (SANTA CATARINA, 2014b):

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO QUE PRONUNCIOU O AGENTE POR HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, §2º, INC. III E V DO CÓDIGO PENAL), ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, §1º, DO CÓDIGO PENAL), ASSIM COMO CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 244-B, §2º, DA LEI N. 8.069/90). PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA POR AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. INOCORRÊNCIA. **DEPOIMENTO DAS TESTEMUNHAS QUE INDICAM QUE O RECORRENTE ESTAVA PRÓXIMO AO LOCAL DOS FATOS E SEGUIU A VÍTIMA NA SAÍDA DE FESTA. EXAME DE DNA QUE CONSTATOU A PRESENÇA DE MATERIAL GENÉTICO NO CORPO DA VÍTIMA COMPATÍVEL COM O DO RECORRENTE. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA.** DECISÃO DE PRONÚNCIA QUE CONSTITUI MERO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO. MATÉRIA QUE DEVE SER REMETIDA AO TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO MANTIDA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO ART. 121, §2º, INC. IV, DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO FOI OBJETO DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. DE OFÍCIO, CORRIGE-SE ERRO MATERIAL NA PARTE DISPOSITIVA DA SENTENÇA, PARA QUE SEJA PRONUNCIADO PELO ART. 121, §2º, III E V E ART. 217-A, §1º (E NÃO 217, §1º), AMBOS DO CP. (TJSC, Recurso Criminal n. 2014.041665-3, de São Bento do Sul, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 11-11-2014). (Grifou-se).

A coleta de material genético, procedimento já utilizado em larga escala em diversos países, com intuito de tornar a persecução criminal mais célere e assertiva, garantindo maior eficácia ao poder-dever de punir do Estado, constitui uma técnica de grau elevado em relação às outras existentes na medicina forense, visto que além de poder ser encontrado em todos os fluidos e tecidos biológicos humanos, mesmo em quantidades pequenas é possível proceder à análise a fim de traçar o perfil genético do indivíduo (PENA, 2005).

Logo, com os avanços tecnológicos e evolução científica-biológica, a análise do material genético sobreveio como uma solução eficaz em matéria probatória elucidativa no processo criminal. Assim exposto em decisão exarada pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina (BRASIL, 2014c):

APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. LATROCÍNIO (ART. 157, § 3º, SEGUNDA PARTE, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. NULIDADE PROCESSUAL POR CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS REQUERIDAS. NÃO OCORRÊNCIA. ATO QUE SE INCLUI NA ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO MAGISTRADO PROCESSANTE. DECISUM DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. PRELIMINAR REJEITADA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGENTE QUE, OBJETIVANDO SE APROPRIAR DO PATRIMÔNIO ALHEIO, DESFERE GOLPE, COM UMA FACA, NO PESCOÇO DA VÍTIMA, CAUSANDO-LHE A MORTE. MATERIALIDADE INCONTESTE. AUTORIA EVIDENCIADA. **EXAME DE DNA CONFIRMANDO A EXISTÊNCIA DE SANGUE DA VÍTIMA NO TÊNIS USADO PELO APELANTE. PROVA TÉCNICA ALIADA AOS RELATOS FIRMES E COERENTES DAS TESTEMUNHAS. CONTEXTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA O COMETIMENTO DO CRIME PATRIMONIAL. ÁLIBI, ADEMAIS, NÃO COMPROVADO. ÔNUS QUE COMPETIA À DEFESA. INTELIGÊNCIA DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO. DESCABIMENTO. EXISTÊNCIA DE ANIMUS FURANDI, QUE SOMADO À VIOLÊNCIA EMPREGADA PELO APELANTE E AO RESULTADO MORTE AUTORIZAM A CONDENAÇÃO PELO LATROCÍNIO. PREQUESTIONAMENTO. DISPOSITIVOS LEGAIS DEVIDAMENTE APRECIADOS QUANDO DA CONFECÇÃO DO JULGADO. ADEMAIS, DESNECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO DE TODOS OS ARTIGOS INVOCADOS. REQUERIMENTO PREJUDICADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.063683-6, de Abelardo Luz, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. 20-05-2014). (Grifou-se).**

No que tange às amostras biológicas encontradas no local do crime ou, ainda, em objetos comumente são encontrados sangue, unhas, sêmen, saliva (que embora não contenha DNA, nela encontram-se células orgânicas decorrentes da descamação do epitélio bucal ou da língua), pêlos, cabelo, urina e outros fluidos corporais - também desprovidos de DNA, entretanto, passível de encontrarem-se células orgânicas (NICOLITT; WEHRS, 2015).

No âmbito criminal, apesar da eficiência probatória apresentada pela análise de material genético, é necessário que sejam tomadas as devidas precauções, tanto na coleta de vestígios no local do crime e documentação, quanto no manuseamento e preservação laboratorial. Do contrário, as evidências de DNA podem ser invalidadas na persecução criminal. (LEE apud IAWAMURA; MUÑOZ, p.13, 2005).

Assevera Bonaccorso (2005, p.54):

Cadeia de custódia é um conceito oriundo da jurisprudência estrangeira que se aplica à manipulação de amostras e vestígios e à integridade destes. A cadeia de custódia também se refere à documentação que serve para o rastreamento da amostra, através da demonstração de todos os passos por ela percorridos. [...] devem ser assegurados, de forma escrupulosa, os cuidados para se evitar as alegações tardias que possam alterar ou comprometer a argumentação da acusação ou da defesa. Para a manutenção desta cadeia, uma pessoa identificável deve sempre ter custódia física de todo o vestígio ou da parte dele que segue para a perícia[...] A parte restante deste vestígio deve ser depositada em um órgão próprio para armazenamento em lugar seguro e isento, podendo assim servir para eventual realização de contraprova.

O intuito do registro da cadeia de custódia é de garantir que as amostras não tenham sido, de qualquer modo, falsificadas, adulteradas ou contaminadas. (FERRARI JR., 2012). Desta feita, é imprescindível o mantimento de registro desde a coleta do material genético até a destinação final, de maneira a assegurar que todas as medidas de resguardo foram tomadas.

Em consonância à imprescindibilidade do registro da cadeia de custódia, foi editada pela Secretaria Nacional de Segurança Pública, do Ministério da Justiça, em decorrência do advento da Lei 12.654 de 2012 (BRASIL, 2012), a padronização nacional operacional de Perícia Criminal, trazendo todas as precauções no que toca à coleta, preservação, encaminhamento, preservação de material genético a ser submetido à análise biológica (BRASIL, 2013).

O DNA como prova no âmbito processual penal, mesmo com as especificações de cuidado e servindo como possível contraprova, com fulcro no artigo 170 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), enfrenta diversos embates, tendo como principal o possível sobrepujamento das garantias consolidadas na Constituição Federal, como o direito à intimidade, dignidade da pessoa humana, presunção da inocência e, especialmente, a cláusula *nemo tenetur se detegere* (direito a não-autoincriminação), principalmente no que toca à inclusão do perfil genético como modalidade de identificação criminal. (LOPES JR., 2015).

No que se refere ao DNA e sua utilização na persecução penal, ante a criação e utilização de técnicas eficazes em foro mundial, foi sancionada a Lei 12.654, de 2012 (BRASIL, 2012), que incluiu, dentre as formas de identificação criminal, a coleta indolor, por

técnica não invasiva, de material genético, que permanecerá armazenado em banco de dados de perfil de genético, ministrado por unidade de Perícia Oficial. O advento da nova legislação incluiu no art. 5º da Lei 12.037-09, parágrafo único, a previsão da coleta de DNA na hipótese do inciso IV do art. 3º desta lei, que passou a vigorar com a seguinte redação: “Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético”. Observa-se que, ainda que se proceda com a coleta do material genético do suspeito para identificação criminal, este poderá adquirir caráter probatório durante a persecução criminal, pois não se impescindível para a investigação criminal, trata-se de uma busca pela designação de autoria, de forma que se difere da mera identificação criminal fotográfica ou por datiloscopia (MACHADO, 2012).

Ressalta-se que em determinados delitos, a depender das circunstâncias em que foram cometidos, a identificação fotográfica e datiloscópica torna-se um tanto inócua para apuração de autoria, tomando como exemplo os delitos não-transeuntes, como estupro, estupro de vulnerável, homicídio em qualquer das modalidades, latrocínio, lesões corporais de natureza grave, entre outros, onde há grande probabilidade de haver material passível de análise genética no local do crime (BONACCORSO, 2005).

Com o advento do novo dispositivo legal, a saber, a Lei 12.654 de 2012 (BRASIL, 2012), foram acrescentados os artigos 5º-A, e os parágrafos 1º, 2º, 3º, e 7º-A e 7º-B na Lei 12.037 de 2009 (BRASIL, 2009a). Logo, o material genético utilizado em caráter de identificação criminal, poderá ser utilizado como referência em investigações criminais, podendo ou não ser colhidos nesta fase, ou após a condenação, em **caráter compulsório**, em razão de o agente encontrar-se incurso nas sanções previstas por crimes cometidos com violência e grave ameaça ou quando incurso nas sanções dos crimes previstos no art. 1º da Lei 8.072 de 1990, a Lei de Crimes Hediondos (BRASIL, 1990), acrescentando o artigo 9º-A, e parágrafos, na Lei 7.210, de 1984, a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984).

No próximo capítulo serão apresentados os princípios e garantias constitucionais e processuais penais que possuem correlação com a problemática da extração de DNA e seu mantimento em banco de perfis genéticos como prova âmbito penal persecutório, regulada pela Lei 12.654 de 2012 (BRASIL, 2012).

3 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E PRINCIPIOLOGIA APLICADAS AO DNA COMO PROVA

Neste capítulo, discorrer-se-á acerca dos princípios norteadores do âmbito do Direito Processual Penal e Garantias Constitucionais correlacionadas à utilização de perfil genético como prova na persecução penal.

3.1 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCESSO PENAL

O processo é um instrumento no qual o Estado exerce a tutela jurisdicional. Observados o direito à ampla defesa e o direito ao contraditório, na existência plena do devido processo legal, o Estado passa a exercer a pretensão punitiva em consonância com o dever de punir (*jus puniendi*), de forma que seja aplicada a sanção prevista dentro dos limites legalmente consolidados no Estatuto Penal e bem como de acordo com as demais ressalvas e procedimentos regulados pelo Código de Processo Penal (ROCHA, 2013).

Acerca do conceito de processo, ainda Rocha (2013, p. 186):

Precisando melhor o conceito, diremos que o processo é a sequência de atos praticados pelos órgãos judiciários e pelas partes, necessários à produção de um resultado final, que é a concretização do direito, ou seja, sua realização no caso concreto e em última instância. O fenômeno processo apresenta algumas características básicas: a complexidade, a dimensão temporal, a interdependência entre seus atos e a progressividade. A complexidade significa que o processo se compõe, necessariamente, de mais de um ato. O cumprimento da função jurisdicional é impossível de ser feito em um só ato. A dimensão temporal é inseparável do processo e significa que se desenvolve, necessariamente, no tempo. A interdependência entre seus atos quer dizer que cada ato tem como pressuposto o ato antecedente e, por sua vez, é pressuposto do consequente. Em outras palavras, a interdependência significa que todos os atos do processo estão relacionados entre si, tendo em vista a produção do resultado final. Finalmente, a progressividade quer dizer que os atos do processo avancem busca da produção do resultado final.

O intuito do exercício da tutela jurisdicional, a que faz jus o Estado Democrático de Direito, é a proteção dos bens jurídicos que importam à sociedade. Assim sendo, consideram-se bens jurídicos, mormente os tutelados pela esfera penal, conforme ensina Zaffaroni (2002, p. 462) “bem Jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegido pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”. Destarte, o processo, sob o fulcro da tutela dos bens jurídicos, torna-se meio pelo qual se aufere a paz social.

Como norteador primordial da existência processual como instrumento de exercício da tutela dos bens jurídicos e, no âmbito penal, do exercício do *jus puniendi* a que o

Estado faz jus, o princípio do devido processo legal foi consagrado pela Constituição Federal de 1988, no que dispõe o artigo 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

As garantias decorrem do devido processo legal (*due process of law*), são pertencentes às garantias constitucionais de primeira dimensão, que, conforme ensina Bonavides (2006, p. 563-564):

[...] são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. [...] Os direitos de primeira geração ou os direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa que ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Sob o prisma do devido processo legal e suas vertentes, consolidadas com o advento da Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988), ressalta-se que o sistema processual penal adotado pelo direito brasileiro, é o acusatório (CAPEZ, 2017).

Parte da doutrina imputa ao sistema adotado pelo ordenamento jurídico processual penal pátrio uma natureza mista, na qual, em âmbito de investigação criminal, teria caráter inquisitivo, uma vez que, em regra, não admite contraditório; e no decurso do processo penal, adquire caráter acusatório, no qual a função de acusar e julgar são apartadas e incumbidas a diferentes figuras processuais (LOPES JR., 2012).

De acordo com Capez (2017, p. 72):

O processo acusatório é o que assegura todas as garantias do devido processo legal . Pressupõe a existência de garantias constitucionais decorrentes do respeito à dignidade humana e ajustadas ao perfil de um processo penal democrático , caracterizado pela constante mediação do juiz , principalmente quando houver restrição a algum direito ou garantia fundamental. Foi o modelo adotado no Brasil. A Constituição Federal de 1988 vedou ao juiz a prática de atos típicos de parte , procurando preservar a sua imparcialidade e necessária equidistância, prevenindo distintamente as figuras do investigador, acusador e julgador (CF, arts. 129, caput, 144, §§ 1o, IV, e § 4º).[...] Devido processo legal é aquele em que estão presentes as garantias constitucionais do processo , tais como o contraditório , a ampla defesa , a publicidade, o juiz natural , a imparcialidade do juiz e a inércia jurisdicional (ne procedat iudex officio).

Ensina Siqueira Jr. (2012, p.79):

Os tipos de processo podem ser classificados em três categorias : inquisitório, acusatório e misto . O sistema inquisitório é sigiloso , escrito, não é contraditório e reúne na mesma pessoa as funções de acusar , defender e julgar. O investigado é vislumbrado como mero objeto da persecução , motivo pelo qual práticas como a tortura são admitidas como meio para se obter a prova-mãe: a confissão. O si tema acusatório é contraditório, público, imparcial; assegura ampla defesa; há distribuição das funções de acusar , defender e julgar a órgãos distintos . No sistema misto verifica-se a fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação

preliminar e a uma instrução preparatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório.

Para que haja constrição da liberdade ou de bens do indivíduo, faz-se necessária a instauração de processo, de pleno acordo com os ditames legais, mormente sob o alicerce do devido processo legal, no qual, no exercício dos direitos dele decorrentes, será suscitada toda a matéria de defesa e será conferida ao acusado a produção de todos os meios lícitos de prova (CAPEZ, 2017).

Neste sentido, ensina Giacomolli (2016, p. 91):

[...] O constituinte, expressamente, determinou a observância do devido processo legal, com todos os seus derivativos explícitos tais como: o contraditório, a ampla e plena defesa, a publicidade, o estado de inocência, o silêncio não auto-incriminatório, o juízo predeterminado legalmente, a prisão como extrema ratio, a exclusividade da ação penal pública ao Ministério Público.

Acerca dos demais direitos tutelados constitucionalmente, que se desdobram do devido processo legal, discorre Manzano (2013, p.17):

[...] os direitos processuais mais relevantes, constitucionalmente tutelados, têm no processo o instrumento de seu exercício, o que leva alguns a afirmar que tais direitos decorrem do devido processo legal, vale dizer, o processo é o instrumento de tutela do direito ao contraditório, à ampla defesa, ao duplo grau, à publicidade, à motivação das decisões judiciais e à prova. Nesse sentido, distingue-se o processo formal, como simples instrumento, carcaça ou arcabouço que possibilita o exercício daqueles direitos e, por outro lado, o processo substantivo, assim entendido sobre ótica assecuratória da efetividade desses mesmos direitos. Quando se indaga: houve processo? O que se busca saber é se os direitos de ação, defesa, contraditório, ampla defesa, prova e recurso foram efetivamente assegurados. Tem-se, então, o processo do ponto de vista substantivo, não apenas formal.

Percebe-se que a garantia constitucional do devido processo legal abarca outras garantias positivadas na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) que, se suprimidas, inquinam em vícios que passam a deturpar o sentido da existência do processo para a resolução dos conflitos penais.

O caráter de imprescindibilidade do devido processo legal consiste na busca por um julgamento justo (CANOTILHO, 2000) de forma que a constrição da liberdade seja consubstanciada em um juízo de certeza, vez que, no que tange ao processo penal, em regra, trata-se de um dos bens jurídicos mais importantes posto sob a tutela do ordenamento jurídico brasileiro, a liberdade.

3.2 DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Os direitos ao contraditório e à ampla defesa, ao passo que, à primeira vista, se assemelham na prática se diferem, ainda que sejam complementares.

Entende-se por contraditório (art. 5º, inciso LV, Constituição Federal de 1988), o exercício do direito de contraditar, ou seja, uma vez observada a citação regular do indivíduo, que lhe seja oportunizado o oferecimento de defesa. Consiste no direito do acusado de refutar os fatos que lhe são ora imputados, uma vez que lhe é conferida a ciência dos atos processuais (CUNHA JR.; NOVELLINO, 2011).

Importa mencionar que o contraditório pode ser diferido (mediato) ou imediato. A existência do primeiro consiste no exercício do contraditório em sede cautelar, ou seja, quando produzidas provas cautelares de caráter urgente em sede investigativa pré-processual, situação na qual o contraditório versa sobre prova já produzida. A segunda modalidade dá-se de forma regular durante o processo judicial, uma vez feita a citação do réu, oportunizado o direito de defesa (LIMA, 2011).

No tocante a prova produzida cautelarmente, no decurso da investigação criminal preliminar, dispõe a Súmula 14, do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2009b):

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Importa frisar que este entendimento alcança os “elementos de prova já documentados”. Entretanto, excluem-se as diligências em curso, para que não reste comprometida a investigação criminal (NOVELLINO, 2014).

O estabelecido pela Lei Federal 8.906 de 1994, Estatuto da Advocacia (BRASIL, 1994), que dispõe como direito do defensor, ainda que sem o instrumento do mandato, ter acesso aos atos investigatórios e autos de prisão em flagrante, podendo tirar cópias e tomar apontamentos (artigo 7º, inciso XIV). (CAPEZ, 2017).

No Direito Processual Penal brasileiro, o processo jamais correrá à revelia do réu. Assim, de acordo com o artigo 366 do Código de Processo Penal não citado o acusado, o prosseguimento da instrução e julgamento correrá apenas em relação ao correu (se houver) ou, o processo e o prazo prescricional restarão suspensos, ainda que ressalvada a possibilidade de determinar, o magistrado, a produção as provas cautelares de caráter urgente - alicerçada na proporcionalidade e adequação da medida – de acordo com o artigo 156, inciso I do

Código de Processo Penal ou, ainda, a decretação de prisão preventiva, nos moldes do artigo 312 do mesmo Estatuto. (BRASIL, 1941).

Decorrente desta lógica dispõe a Súmula vinculante número 523 (BRASIL, 1969), do Supremo Tribunal Federal, no que aduz: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”.

No que toca ao contraditório, discorrem Grinover et al (2006, p.116):

É exigência fundamental ao exercício do contraditório o conhecimento, pelos interessados, de todos os dados do processo, pois sem a completa e adequada informação a respeito dos diversos atos praticados, das provas produzidas, dos argumentos apresentados pelo adversário, a participação seria ilusória e desprovida de aptidão para influenciar o convencimento do juiz. A efetividade dos diversos atos de comunicação processual representa condição indispensável ao pleno exercício dos direitos e faculdades conferidos às partes; sua falta ou imperfeição implica sempre prejuízo ao contraditório, comprometendo toda a atividade subsequente.

Uma vez estabelecida a relação processual pela a citação do acusado e constituição de defensor, é trazido ao conhecimento do réu todas as alegações construídas em seu desfavor, firma-se plena ciência das provas produzidas durante a instrução probatória, bem como lhe é conferido o direito a apresentar provas de caráter lícito de modo a corroborar as teses defensivas, conglobados na garantia constitucional processual da **ampla defesa**.

Nesta lógica, assevera Moraes (2017, p. 137):

A ampla defesa impõe que os atos instrutórios devam ser praticados na presença e com a participação do defensor e defendido. A ampla defesa, no que tange aos sujeitos processuais, compreende os direitos à defesa técnica e autodefesa, de maneira que a defesa técnica decorre da condição de representante em juízo, sendo qualificada como indisponível, ao passo que a autodefesa deflui da condição de parte do processo, sendo qualificada como disponível. A ampla defesa, no que toca aos atos processuais, contém os direitos de audiência e presença, de sorte que a audiência é exteriorizada pela possibilidade de o demandado influir sobre a formação do convencimento da autoridade judiciária competente, enquanto a presença é externada pela oportunidade de o demandado tomar posição perante as razões e as provas, pela intermediação com a autoridade judiciária competente. O contraditório, pois, é a expressão da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo.

Percebe-se que o direito a contraditar as imputações que lhe são feitas engloba-se no direito a defender-se de forma ampla, podendo utilizar, o réu, de todos os meios lícitos de defesa em direito admitidos, por ser considerada parte naturalmente hipossuficiente na relação processual, de forma que haja uma “compensação” no que toca à força Estatal (NUCCI, 2017).

Importa mencionar que o exercício da ampla defesa configura-se não tão somente pela presença de defesa técnica, exercida por defensor com qualificação profissional para tal, mas também pelo direito à autodefesa, direito personalíssimo do réu, que poderá dar-se de

forma positiva ou negativa, sendo exemplo da primeira modalidade o interrogatório do acusado, participação ativa em acareações e da segunda, o direito constitucional de permanecer em silêncio, incluindo o direito de não produzir prova contra si (LOPES JR., 2015).

Nesta lógica, ensinam SCARLET et al (2015, p.768):

O direito à ampla defesa , no processo penal , impõe o reconhecimento do direito à defesa pessoal e à defesa técnica . A defesa técnica decorre da necessidade de simetria de conhecimento especializado entre acusação e defesa é absolutamente indisponível no processo . [...] Para que a simetria de conhecimento especializado entre acusador e acusado possa surtir seus efeitos de forma adequada , é imprescindível que a defesa tenha acesso a todos os elementos probatórios de que dispõe a acusação .

Sob a ótica das inovações trazidas pela Lei 12.654 de 2012 (BRASIL, 2012), a qual incluiu como modalidade de identificação criminal, entre as já elencadas na Lei 12.037 de 2009, quando essencial à investigação criminal (BRASIL, 2009) e alterou a Lei 7.210 de 1984, Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), de forma a prever a extração compulsória de material genético do condenado por crimes cometidos com violência e grave ameaça, bem como qualquer das modalidades delitivas elencadas no rol do artigo 1º da Lei 8.072 de 1990, Lei de Crimes Hediondos (BRASIL, 1990), uma vez que tal elemento poderá ser suscitado em sede investigativa, na qual, em regra, não se admite contraditório, questiona-se o possível caráter prejudicial das referidas disposições legais ao pleno exercício da ampla defesa, principalmente nos casos de extração compulsória do material genético do apenado e possibilidade de acesso a tal informação de foro íntimo em futuras investigações.

3.3 PRINCÍPIO *NEMOTENETUR SE DETEGERE* (GARANTIA CONSTITUCIONAL À NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO)

Trata-se da garantia constitucional com previsão no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o qual aduz que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. (BRASIL, 1988).

Possui, ainda, previsão no artigo 14, 3, alínea “g” do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (BRASIL, 1992a), artigo 8º, 2, alínea “g” da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), no que versam a respeito do direito do indivíduo não depor contra si mesmo, tampouco confessar-se culpado; bem como, encontra-se firmado no Código

de Processo Penal (BRASIL, 1941), no que dispõe o artigo 186, *in verbis*: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”.

Neste viés, leciona Queijo (2012, p. 480):

O *nemo tenetur se detegere* foi acolhido, expressamente, no direito brasileiro, com a incorporação ao direito interno do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Por força de tal incorporação, em consonância com o disposto no art. 5.º, § 2.º, da Constituição Federal, como direito fundamental, o *nemo tenetur se detegere* possui hierarquia constitucional, portanto, não poderá ser suprimido nem mesmo por emenda constitucional. Tal entendimento não foi modificado pelo art. 5.º, § 3.º, do texto constitucional, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, mas por ele corroborado

De expressão oriunda do latim, *nemo tenetur se detegere*, a qual, traduzida, possui o significado de que “ninguém é obrigado a se descobrir”, é a garantia conferida ao acusado do pleno exercício do direito de não se auto-incriminar, sendo-lhe facultado valer-se do direito consagrado constitucionalmente de permanecer em silêncio, bem como de não produzir prova contra si mesmo (QUEIJO, 2003).

A origem histórica desta garantia constitucional provém do período de transição do sistema inquisitório anglo-saxão para o sistema acusatório (DIAS; RAMOS, 2009). Em vista disso, a partir do Iluminismo a antiga concepção de que o acusado nada mais era que um meio de prova passou a ser afastada, de forma a cessar as práticas de tortura, comuns à época, e a tendência de exigir-se do acusado que, à custa do alcance da verdade, este se auto-incriminasse. (SOUZA; SILVA, 2008)

O direito ao silêncio a que se refere a Carta Magna (BRASIL, 1988) é, senão, uma das manifestações do direito de não produzir prova contra si mesmo sem que isto venha acarretar em prejuízo à defesa. Logo, faz-se mister a menção de que o advento da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), com expressa previsão do referido direito a que faz jus o acusado, tornou ineficaz, de modo implícito, a antiga redação do artigo 186 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que, anteriormente, dispunha que o silêncio do réu poderia ser interpretado em seu prejuízo; porém, passou a dispor, com o advento da Lei nº 10.792/2003, que o silêncio não seria interpretado em prejuízo da defesa, tampouco importaria em confissão, revogando expressamente a disposição legal anterior (OLIVEIRA, 2016).

Assim reconhece o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2014a):

“HABEAS CORPUS” – RÉU MILITAR – DEVER DO ESTADO DE ASSEGURAR AO RÉU MILITAR TRANSPORTE PARA COMPARECER À AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS, AINDA QUE O JUÍZO PROCESSANTE TENHA SEDE EM LOCAL DIVERSO DAQUELE EM QUE SITUADA A ORGANIZAÇÃO MILITAR A QUE O ACUSADO ESTEJA VINCULADO (DECRETO Nº 4.307/2002, ART. 28, N. I)– PEDIDO DEFERIDO – INTERROGATÓRIO JUDICIAL – NATUREZA JURÍDICA – MEIO DE DEFESA DO ACUSADO – POSSIBILIDADE DE QUALQUER DOS LITISCONSORTES PENAIS PASSIVOS ACOMPANHAR O INTERROGATÓRIO DOS DEMAIS CORRÉUS, NOTADAMENTE SE AS DEFESAS DE TAIS ACUSADOS MOSTRAREM-SE COLIDENTES – PRERROGATIVA JURÍDICA CUJA LEGITIMAÇÃO DECORRE DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA – DIREITO DE PRESENÇA E DE COMPARECIMENTO DO RÉU AOS ATOS DE PERSECUÇÃO PENAL EM JUÍZO – NECESSIDADE DE RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA – A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW” COMO EXPRESSIVA LIMITAÇÃO À ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO ESTADO (INVESTIGAÇÃO PENAL E PROCESSO PENAL) – O CONTEÚDO MATERIAL DA CLÁUSULA DE GARANTIA DO “DUE PROCESS” – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MAGISTÉRIO DA DOUTRINA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A essencialidade do postulado do devido processo legal, que se qualifica como requisito legitimador da própria “persecutio criminis”. – O exame da cláusula referente ao “due process of law” permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, entre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) **direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica)**; (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “ex post facto”; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) **direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação)**; (k) direito à prova; e (l) direito de presença e de “participação ativa” nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes. – O direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao “due process of law”, além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal. O INTERROGATÓRIO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DO RÉU. – Em sede de persecução penal, o interrogatório judicial – notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003, aplicável ao processo penal militar (CPPM, art. 3º, “a”)– qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa. Doutrina. Precedentes. Possibilidade jurídico constitucional de um dos litisconsortes penais passivos, invocando a garantia do “due process of law”, ver assegurado o seu direito de formular perguntas aos corréus no respectivo interrogatório judicial. - Assiste a cada um dos litisconsortes penais passivos o direito – fundado em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, incisos LIV e LV)– de formular perguntas aos demais corréus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face da prerrogativa contra a autoincriminação, de que também são titulares. O desrespeito a essa franquia individual do réu, resultante da arbitrária recusa em lhe permitir a formulação de perguntas, qualifica-se como causa geradora de nulidade processual absoluta, por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional do direito de

defesa. Doutrina. Precedentes do STF. O DIREITO DE COMPARECIMENTO E DE PRESENÇA DO RÉU NOS ATOS INERENTES À “PERSECUTIO CRIMINIS IN JUDICIO” COMO EXPRESSÃO CONCRETIZADORA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW”. – O acusado tem o direito de comparecer, de presenciar e de assistir, sob pena de nulidade absoluta, aos atos processuais, notadamente àqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório. São irrelevantes, para esse efeito, as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder ao custeio de deslocamento do réu militar, no interesse da Justiça, para fora da sede de sua Organização Militar, eis que razões de mera conveniência administrativa não têm – nem podem ter – precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e de respeito ao que determina a Constituição. Doutrina. Jurisprudência. – O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu (civil ou militar), de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do “due process of law” e que asseguram, por isso mesmo, ao acusado o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, ainda que situado este em local diverso daquele da sede da Organização Militar a que o réu esteja vinculado. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos/ONU (Artigo 14, n. 3, “d”); Convenção Americana de Direitos Humanos/OEA (Artigo 8º, § 2º, “d” e “f”); e Decreto nº 4.307/2002 (art. 28, inciso I). – Essa prerrogativa processual reveste-se de caráter fundamental, pois compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, seja perante a Justiça Comum, seja perante a Justiça Militar. Precedentes. (STF - HC: 111567 AM, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 05/08/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014). (Grifou-se).

Nas palavras de Nucci (2017, p.34):

A imunidade à autoacusação significa que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). Trata-se de decorrência natural da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5.º, LVII) e da ampla defesa (art. 5.º, LV) com o direito humano fundamental de poder o réu manter-se calado diante de qualquer acusação (art. 5.º, LXIII). Se o indivíduo é inocente, até que seja provada sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo

De acordo com Fraga (2010, p. 7): “o acusado possui o direito de permanecer calado no inquérito policial, da mesma forma que pode, posteriormente, silenciar em juízo, sendo que tal atitude não pode lhe causar qualquer prejuízo”.

Neste viés, no que se refere à sua interpretação no processo penal, o silêncio do acusado não importará como “prova definitiva de culpabilidade”, contudo, parte da doutrina entende que possa integrar o convencimento do magistrado quando apreciado diante de todo o contexto probatório que incline em seu desfavor (NOVELLINO, 2014).

Em respeito à cláusula *nemo tenetur se detegere* é de caráter imprescindível o caráter de voluntariedade e o estado de consciência plena do réu quando na produção de qualquer prova que dependa deste de forma ativa (GOMES, 2010).

Logo, a produção de prova, de que dependa de participação do réu, é extensível a cláusula *nemo tenetur se detegere*, sem que a negativa por parte do acusado acarrete em interpretação desfavorável a este. Deste modo, pode-se exemplificar, como uma das modalidades de participação ativa do réu em matéria probatória, as intervenções corporais (LOPES JR., 2015).

Intervenções corporais, de acordo com Amigo (2003, p. 26, apud NICOLITT E WEHRS, 2015, p. 27) são “diligências preliminares de investigação e de obtenção e acautelamento de fontes de prova que recaem e são praticadas sobre a matéria física da pessoa, com o objetivo de comprovar a existência do fato punível e a participação do imputado”. Assim sendo, evidencia-se a necessidade de postura ativa do acusado, investigado ou réu ao participar de forma direta na produção de prova que poderá acarretar em prejuízo a si, que poderá somente ser levada em consideração quando tal postura tem natureza voluntária. (GOMES, 2010).

Neste sentido, discorre Fraga (2010, p. 7):

Na lição de Fauzi, o direito positivo encontra uma dificuldade em conciliar o conceito de segurança – necessidade de repreensão – com o respeito às liberdades individuais. O princípio *nemo tenetur se detegere* é nítido entrave à essa possível submissão do acusado ao poder arbitrário do Estado. Muito embora a manifestação mais difundida do princípio, no processo penal, seja no direito ao silêncio do acusado, o qual tem sua decorrência principal no interrogatório, também há estreita ligação com as provas que dependem da cooperação do acusado para a sua produção. A questão referente à violação dos direitos do acusado deve ser analisada com cuidado nos ordenamentos jurídicos. É a partir do reconhecimento do princípio *nemo tenetur se detegere* que limites são impostos aos poderes instrutórios do juiz durante a persecução penal. Não raras vezes, a fim de que contribua nas investigações, o acusado sofre abusos físicos e morais. Tais práticas de “persuasão forçada”, no momento da produção de prova, são vedadas diante do direito que o acusado tem de não produzir prova contra si mesmo. (apud CHOUKR, 2006, p. 8) (Grifo no original).

Importa mencionar a correlação da garantia em questão com os demais direitos fundamentais, discorrendo ainda Fraga (2010, p. 19):

O *nemo tenetur se detegere* também enquadra-se na garantia do devido processo legal, e, conseqüentemente, reflete na própria legitimação da jurisdição. Isto porque, o interesse público está inerente ao exercício correto e adequado da função jurisdicional, o qual depende – além de outras garantias constitucionais – do respeito ao direito à não auto-incriminação.[...] observa-se que, de fato, o princípio *nemotenetur se detegere* não se restringe tão somente ao inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal[...] configura-se na reunião de diversos dispositivos constitucionais, merecendo destaque os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

Portanto, de acordo com Oliveira (2016, p. 41) o direito constitucional *nemo tenetur se detegere* não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio

durante toda a investigação e mesmo em juízo, como impede que ele seja compelido – compulsoriamente, portanto – a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse”.

Diferente do que ocorre em âmbito processual civil, no que toca às ações de investigação de paternidade, onde a negativa da realização do exame de DNA gera presunção *juris tantum* e aplica-se o instituto da confissão ficta (BARROS; PISCINO, 2008), no processo penal brasileiro, a negativa de fornecer material genético configura o exercício pleno do direito a não produzir prova em seu desfavor.

Faz-se mister a menção de que a ofensa à garantia constitucional em tela pode restar configurada quando no caráter compulsório da intervenção corporal. No entanto, no procedimento de coleta de material genético em objetos tais como roupas ou quaisquer outros de sua propriedade, não estará configurada a supressão do direito a não auto-incriminação. Do mesmo modo, quando por ato voluntário, uma vez que o referido direito pode ser renunciado por aquele que o possui, não restará caracterizado o sobrepujamento da cláusula constitucional *nemo tenetur se detegere* (LOPES JR., 2015).

3.4 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Consubstanciado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), no que dispõe, *in verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o princípio da presunção da inocência (ou não-culpabilidade) é, senão, um desdobramento do princípio do devido processo legal (GIACOMOLLI, 2015).

Busca-se, assim, investigar a configuração da tipicidade na conduta do acusado a fim de apurar a culpabilidade deste, observado todo o contexto probatório, para a “imposição da *sanctio poenalis*” (MOSSIN, 2010).

Discorre Giacomolli (2016, p. 110):

Na Idade Média, em uma estrutura de processo penal inquisitorial, não se partia da inocência do acusado, mas de sua culpabilidade. Nesse sistema, a inocência era declarada quando o acusado a demonstrasse (purgatio da acusação), bastando um simples indício à formação de um juízo condenatório.[...] da Europa continental, o estado de inocência passou a ganhar corpo a partir das críticas dos pensadores iluministas acerca dos sistemas penais e, principalmente, em razão da discussão da relação do poder punitivo do Estado e da liberdade individual com o direito natural e inviolável da inocência dos cidadãos, culminando com sua inserção na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.[...] O art. 11 da DUDH, proclamada em 10.12.1948, pela Assembleia das Nações Unidas, em face das experiências da Segunda Guerra Mundial, das fortes violações aos direitos humanos, bem como da

esperança de que as transgressões poderiam ser prevenidas por meio de um efetivo sistema de proteção internacional, acolheu o “princípio da presunção de inocência” como uma garantia do devido processo (“toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” [...]).[...] As Constituições brasileiras anteriores à de 1988, embora destinassem um capítulo específico aos Direitos e às Garantias Individuais, através de um rol meramente exemplificativo, não previam, expressamente, o princípio do estado de inocência.

O Estado de Inocência (ou não-culpabilidade) encontra-se também previsto na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948 e adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU, 1948), artigo 11, que dispõe, *in verbis*: “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”, na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em seu artigo 8º, n. 2, no que dispõe, *ipsis litteris* (BRASIL, 1992b): “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente a sua culpa.”, e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, artigo 14, n.º 2, o qual aduz “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. (BRASIL, 1992a).

Ensina Lopes Jr. (2017, p. 172):

Reportamo-nos à análise do princípio da presunção de inocência, quando se chegou à conclusão de que não existe qualquer espécie de relativização juridicamente autorizada a fazer incidir decisão diversa do mandamento constitucional. Por isso, falsa a assertiva de que no momento da decisão sobre o recebimento da denúncia, deve o juiz, em caso de dúvida, receber a peça incoativa. A única presunção existente no processo penal, nas lições de Maria Lúcia Karam, é a de inocência. Razão essa que autoriza a conclusão de que, apesar de a doutrina, corroborada pela praxis forense, afirmar que na dúvida deve ser instaurado o processo, o recebimento da denúncia, fazendo jus à orientação normativa constitucional que deve (ria) impregnar a interpretação do processo penal brasileiro, somente deve ser tomado quando superado o juízo de probabilidade.

Destarte, é imprescindível que ao acusado ou investigado não seja antecipada a confirmação de culpabilidade como se condenado fosse, tanto em fase investigativa, quanto na fase processual. Trata-se, então, de uma norma de tratamento, garantida constitucionalmente e intimamente interligada com o princípio do *in dubio pro reo*, de forma, também, a manter-se incólume a imparcialidade do julgador (ARANTES FILHO, 2010).

O estado presumido de inocência deve ser levado em consideração, inclusive, na apreciação e valoração da prova apresentada em juízo, no caso de dúvida. (CAPEZ, 2017). Quando houver insuficiência probatória, dispõe o artigo 386, inciso VII do Código de

Processo Penal (BRASIL 1941), deverá, o magistrado, absolver o réu, fazendo jus tanto ao princípio do *in dubio pro reo* quanto à garantia constitucional do estado de presunção de inocência.

Ainda Capez (2017, p.79) aduz:

O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da **instrução processual**, como **presunção legal relativa de não culpabilidade**, **invertendo-se o ônus da prova**; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual. (Grifou-se).

Em relação à prisão processual, importa citar seu caráter de excepcionalidade e cabimento por descumprimento de medidas cautelares impostas ao acusado, ou, a fim de manter garantida a ordem pública, financeira, por força de conveniência à instrução criminal e aplicação da lei penal, tão somente quando, uma vez comprovada a materialidade, ainda, haverem indícios suficientes de autoria, dando-se em caráter excepcional (BRASIL, 1941).

Logo, importa a menção de que a observância da presunção da não-culpabilidade do acusado ou investigado trata-se de medida imposta a fim de que se evite o “arbítrio estatal” quando no exercício do *jus puniendi* (ARANTES FILHO, 2010).

Neste viés, ensina Stefani et al (1990, p.34 apud Mossin, 2010, p.299):

O princípio da presunção da inocência é antes de mais nada um princípio natural, lógico, de prova. Com efeito, enquanto não for demonstrada, provada, a culpabilidade do arguido não é admissível a sua condenação. Por isso que o princípio da presunção da inocência seja identificado por muitos autores com o princípio do *in dubio pro reo*, e que efetivamente o abranja, no sentido de que um *non liquet* na questão da prova deva ser sempre valorado em favor do arguido.

Em relação às dimensões nas quais atua o princípio da presunção da inocência, ensina Lopes Jr. (2015, p. 96):

A presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que **atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele**. Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma **proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu**. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. (Grifou-se).

Assim, no que toca à matéria probatória, com fulcro na primeira parte do artigo 156, do Código de Processo Penal, uma vez incumbido à acusação o dever de consubstanciar em aporte probatório as imputações fáticas feitas ao acusado (BRASIL, 1941), no que se refere à utilização de intervenções corporais de caráter compulsório, nas quais exige-se a participação ativa do acusado, há certo entendimento pelo caráter prejudicial desta modalidade à aplicação do princípio em questão, tanto quanto ao direito de exercer a auto-defesa e de não produzir prova contra si mesmo de modo a incriminar-se. Desse modo, entende parte da doutrina que pode, o indivíduo, valer-se de recusa, sem esta seja considerada em seu desfavor (LOPES JR, 2015).

3.5 PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE

Trata-se de princípio consagrado no inciso X, do artigo 5º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Acerca do que consiste o direito à intimidade há controvérsia entre doutrinadores quanto ao conceito absoluto de tal garantia constitucional. No entanto, pode-se afirmar que o direito à intimidade está correlacionado à tutela da liberdade. Também de natureza controversa, há discussão quanto a existência ou não de distinção entre o direito à intimidade e o direito à privacidade. É possível afirmar, contudo, que, muito embora à primeira vista se assemelhem, aquele inclui-se neste, por ser o direito à privacidade um tanto mais amplo. (STUDART, 2011).

Ainda, de acordo com Studart (2011, p. 7)

O direito à intimidade pressupõe uma esfera da vida humana que abrange fatos de estreita relação consigo mesma, são aspectos muito pessoais sobre os quais só cabe a própria pessoa decidir acerca de sua divulgação ou não, abrangendo, portanto, o direito de manter em segredo algum fato ou situação. Já a privacidade abrange fatos que envolvem um determinado indivíduo nas relações com outras pessoas, geralmente pressupondo uma fidúcia entre os sujeitos, como nas relações familiares ou nas amizades. Percebe-se, portanto, uma clara diferença entre a intimidade e a privacidade. A vida privada tem conteúdo mais amplo, chegando a ser partilhado com outras pessoas, como familiares e amigos, havendo um mínimo de ingerência e interferência exterior. [...] A intimidade trata-se de uma esfera mais restrita e mais intensa.

Frisa-se a extensão do **direito à privacidade**, no que toca ao direito de resguardo do indivíduo, inclusive, à não exposição das características particulares a terceiros (MENDES; BRANCO, 2016). Uma vez que se discorra acerca do direito à privacidade, deve-

se mencionar o sigilo inerente a determinação de certos atos processuais ou pré-processuais e conflito com o princípio da publicidade dos atos processuais. Haverá, assim, conflito entre um direito de ordem individual e outro de ordem social (BARROS, 2009 apud STUDART, 2011). E, neste caso, de conflito entre as referidas garantias, entende-se pela possibilidade de resolução em razão flexibilização e harmonização destas (DANTAS, 2015).

Acerca da harmonização das garantias constitucionais conflitantes, ainda Dantas (2015, p. 177):

[...] da mesma forma que **os demais direitos e garantias fundamentais, os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem não são absolutos**. Por esse motivo, com fundamento nos princípios da razoabilidade/proporcionalidade, será possível, por exemplo, a utilização, como prova em um processo criminal, de imagens gravadas por uma câmera de segurança, para comprovar que alguém foi autor de um crime. Neste caso, o criminoso não poderá invocar o direito constitucional à imagem para tentar fugir à aplicação da lei penal. (Grifou-se)

Quanto às manifestações do direito à intimidade, nas lições de Carvalho (apud SILVA, 2004, p.52):

[...] o direito à intimidade ou à vida privada se desdobra em diversos outros direitos, tais como, direito ao sigilo bancário, sigilo fiscal, sigilo de dados, proibição de intervenções corporais, como a extração de sangue para exame de DNA, etc. [...] A privacidade, hoje em dia, é colocada em risco através de várias maneiras: [...] pela circulação de dados individuais fornecidos para um determinado fim e utilizados para outro, por meio das intervenções corporais realizadas pela polícia em suspeitos de prática de infração penal, dentre outros.

Ao que se refere à intervenção corporal e mantimento de perfil genético em banco de dados, inserida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 12.654, de 2012 e ao acesso à codificação genética do indivíduo de maneira compulsória (BRASIL, 2012), questiona-se se, uma vez observada a possível supressão ao direito à intimidade, se torna-se possível a flexibilização deste direito tutelado constitucionalmente à vista da ponderação de interesses na aplicação das disposições respaldadas na Lei 12.654 de 2012 (BRASIL, 2012).

3.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade não possui previsão expressa em dispositivo legal alocado na Constituição Federal (BRASIL, 1988), entretanto, com respaldo em seu artigo 5º, parágrafo 2º, no que aduz, *ipsis litteris*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. No entanto, há

certa divergência da norma constitucional que consubstancia o referido princípio. Discorre Buechele (1999, p.144):

Ao contrário dos Estados que, como Portugal e Alemanha, prevêm expressamente em suas respectivas Constituições o princípio ora enfocado no ordenamento jurídico brasileiro essa **previsão é implícita**, havendo divergência doutrinária acerca da norma constitucional supedaneadora da proporcionalidade.

Fala-se na positivação implícita do princípio da proporcionalidade na Constituição Federal (BRASIL, 1988) uma vez que, ainda que não haja expressão reduzida em norma expressa, tal princípio decorre de “toda extensão e profundidade” existente na interpretação do parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal. (BONAVIDES, 2002).

Resta necessário diferenciar o princípio da proporcionalidade do princípio da razoabilidade, como ensina Guerra Filho (1997, p.11-29):

[...] são absolutamente diversos em sua destinação, como são verdadeiramente incomensuráveis. A desobediência ao princípio da razoabilidade significa ultrapassar os limites do que as pessoas em geral, de plano, consideram aceitáveis, em termos jurídicos. É um princípio com função negativa. Já o princípio da proporcionalidade tem função positiva a exercer, na medida em que pretende demarcar aqueles limites, indicando como nos mantermos dentro deles – mesmo que não pareça, a primeira vista, ‘irrazoável’ ir além”. (Grifo no original).

A proporcionalidade a que se aduz faz menção à “justa medida” para que haja, na intervenção estatal, a correta aplicação e flexibilização de garantias constitucionais, que em determinados casos, podem se opor (STUMM, 1995). Visa, destarte, a proporção quanto ao alcance da finalidade almejada, correlacionando-se com a adequação da mesma (utilização de meio hábil) e necessidade, quando observada a existência ou a inexistência de meio menos gravoso, entretanto igualmente eficaz de atingir esses fins (MENDES; BRANCO, 2016).

Em sentido semelhante, nas lições de Grinover (1990, p. 1-16) discorre Moraes (2017, p.125):

A proporcionalidade, subdividida em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, de sorte que cada medida restritiva de direitos fundamentais deve revelar-se adequada, necessária e proporcional stricto sensu, ou seja, deve corresponder ao meio adequado para a persecução dos fins visados pela lei (adequação), não havendo outro meio menos oneroso para que os fins visados pela lei pudessem ser obtidos (necessidade), sendo imprescindível a ponderação entre a medida restritiva de direitos fundamentais e os fins visados pela lei (proporcionalidade em sentido estrito).

Importa a menção à limitação ao poder de punir estatal advinda da aplicação de tal princípio em âmbito penal. Uma vez que a sanção imposta e suas conseqüências, provém, senão, do dano decorrente da pratica delitativa, faz-se essencial a relação proporcional entre “os crimes e os castigos”, para que assim, a pena atinja sua finalidade (BECCARIA,1983).

No mesmo sentido, ensina Brandão (2010, p. 15):

Porque a pena retira direitos constitucionais da pessoa humana, somente haverá proporcionalidade se o bem jurídico tutelado tiver guarida constitucional , isto é, se se situar entre aqueles bens protegidos pela Carta Magna, quer sejam de natureza individual (vida, patrimônio etc .) ou supraindividual (meio ambiente, ordem econômica etc.)

O Direito Penal como *ultima ratio*, atua pelo critério da intervenção mínima, o qual também abarca a observância da adequação e proporcionalidade da medida aplicada como sanção. Manifesta-se, da mesma forma, a proporcionalidade, como um dos desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal (BRASIL, 1988). O referido princípio atua em consonância com outros princípios norteadores do Direito Penal e Processual Penal brasileiro, tais como o direito à individualização da pena, consolidado pelo artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) (CAPEZ, 2017), ofensividade, podendo-se citar como pilar do referido princípio penal, o artigo 13, do Estatuto Repressivo (BRASIL, 1940), princípio da isonomia, aludido no “caput” do artigo 5º e princípio da legalidade, externado no artigo 5º , inciso II , ambos da Carta Magna (BRASIL, 1988).

Ainda de acordo com Capez (2017, p.37), há, também, manifestação do princípio da proporcionalidade:

[...]quando abole certos tipos de sanções (art. 5º, XLVII), exige individualização da pena (art. 5º, XLVI), maior rigor para casos de maior gravidade (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV) e moderação para infrações menos graves (art. 98, I). Baseia-se na relação custo-benefício. Toda vez que o legislador cria um novo delito, impõe um ônus à sociedade, corrente da ameaça de punição que passa a pairar sobre todos os cidadãos. Uma sociedade incriminadora é uma sociedade invasiva , que limita em demasia a liberdade das pessoas . Por outro lado , esse ônus é compensado pela vantagem de proteção do interesse tutelado pelo tipo incriminador.

No que se refere ao conteúdo alocado na Lei 12.654 de 2012 (BRASIL, 2012) e sua correlação com o princípio em tela, questiona-se se há, de acordo com o princípio da proporcionalidade, possibilidade de flexibilização das demais garantias constitucionais, quando na coleta de perfil genético para fins de identificação criminal e ante o caráter compulsório da extração de material genético do apenado, elemento íntimo do agente, para fins de uma possível utilização em inquérito policial futuro instaurado, ponderando-se os interesses conflitantes.

3.7 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Do latim “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*” (CAPEZ, 2017), o princípio da legalidade encontra-se disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), no que aduz o referido inciso: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Tal como se insere no inciso XXXIX, também da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e, ainda, no artigo 1º do Estatuto Penal (BRASIL, 1940), no que determina que não há crime sem que haja a anterioridade da previsão legal e da cominação da pena imposta ao tipo incriminador.

Em âmbito internacional, encontra-se externado tal princípio na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) de 1969, validado pelo Brasil no ano de 1992, em seu artigo 9º (COSTA RICA, 1969), que prevê que “ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito de acordo com o direito aplicável”. Também, encontra-se respaldado na Declaração Universal de Direitos Humanos, adotada pela Organização Mundial das Nações Unidas em 1948 (NOVA YORK, 1948), que aduz não poder ser o indivíduo culpado por ações ou omissões que, no momento, não se caracterizavam como delito, seja em âmbito nacional ou internacional.

Por vezes, o princípio da legalidade resta confundido com o princípio da reserva legal. Acerca da temática, ensina Silva (2004, p.421):

A doutrina não raro confunde ou não distingue suficientemente o *princípio da legalidade* e o da *reserva de lei*. O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal. Embora as vezes se diga que o princípio da legalidade se revela como um caso de *reserva relativa*, ainda sim é de reconhecer-se diferença entre ambos, pois que o legislador, no caso de reserva de lei, deve ditar uma disciplina mais específica do que é necessário para satisfazer o princípio da legalidade. (Grifos do autor).

O artigo 1º, do Código Penal, dispõe, *in verbis*: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”(BRASIL, 1941). Trata-se de uma manifestação do princípio da legalidade, no que se pode denominar de “princípio da legalidade dos delitos e das penas”, que possui caráter equivalente ao princípio da reserva legal, no que se refere à esfera penal. (FRAGOSO, 1995 apud CAPEZ, 2017).

Ainda CAPEZ (2017, p. 54):

A doutrina, portanto, orienta-se maciçamente no sentido de não haver diferença conceitual entre legalidade e reserva legal. Dissentindo desse entendimento,

pensamos que princípio da legalidade é gênero que com preende duas espécies : reserva legal e anterioridade da lei penal [...] O princípio contém uma regra — segundo a qual ninguém poderá ser punido pelo poder estatal , nem sofrer qualquer violação em seu direito de liberdade — e uma exceção , pela qual os indivíduos somente serão punidos se , e quando, vierem a praticar condutas previamente definidas em lei como indesejáveis.

Decorrem do princípio em epígrafe, o princípio da **anterioridade da lei** (*laex preavia*), com fulcro no artigo 5º, inciso XL, da Carta Magna (BRASIL, 1988), princípio da exigibilidade da Lei escrita e **princípio da proibição da analogia in malam partem**. Sendo o primeiro refere-se que a lei que tipificar ou agravar a pena deve ser anterior ao fato ao qual objetiva. Já o segundo princípio supracitado trata da aplicabilidade da lei escrita para tipificar e cominar penas relativas ao tipo legal incriminador, vedando-se a aplicação de costumes e tradições para agravá-las. Por fim, o terceiro princípio, o qual veda a analogia prejudicial ao acusado quando houver lacuna na lei, tanto no que se refere à criação de delitos, bem como no que toca à sanção penal. Entretanto, admite-se a analogia feita em benefício do acusado. (VERDAN, 2009).

É necessária ainda a menção que, de acordo com o princípio da legalidade, as penas admitidas pelo Direito brasileiro, encontram-se previstas no artigo 5º, inciso XLVI, que dispõe, *in verbis*: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.”(BRASIL, 1988). Ainda, alude o inciso XLIX que: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (BRASIL, 1988).

Conforme Lopes Jr. (2017, p. 447):

Não é somente a legalidade estrita que deve no rtrear o processo penal e, principalmente, não é só ela que deve orientar a atuação dos órgãos públicos que nele intervêm , desde a fase pré -processual (com a atuação policial, ministerial e jurisdicional) até o trânsito em julgado e a própria execução da pena. Ao lado dela, é fundamental uma abertura para a dimensão substancial de validade das normas (e do próprio proceder), e a assunção de uma postura ética . O Estado (e seus agentes) não só é uma reserva de legalidade , mas, principalmente, é uma reserva ética . Daí por que existem imperativos éticos não consagr ados formalmente, mas igualmente exigíveis, que conduzem a uma necessária abertura conceitual do direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo.

Logo, uma vez que a Lei 12.654 de 2012 (BRASIL, 2012) trata-se de lei infraconstitucional e, ao determinar a coleta compulsória do material genético do apenado, incluindo-a como uma dentre as formas já previstas de identificação criminal pela Lei 12.037 de 2009, prevendo ainda a utilização em investigações criminais futuras, a questão e correlação entre o princípio da legalidade e a vigência da Lei supramencionada, versa, então,

sobre o possível ferimento à hierarquização da normativa, vez que as penas aplicáveis em direito admitidas encontram-se respaldadas na Constituição Federal (BRASIL, 1988).

3.8 PRINCÍPIOS DA LIVRE APRECIÇÃO DAS PROVAS, DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E BUSCA PELA VERDADE REAL

A **livre apreciação das provas**, englobada no livre convencimento motivado, possui previsão legal no artigo 155, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), “caput” que determina:

Art. 155 O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

De acordo com Lopes Jr. (2017, p. 418), no que toca à valoração da prova:

Os três principais sistemas de valoração da prova são: A) **Sistema legal de provas**: em que o legislador fixa uma tabela de valoração das provas, o peso de cada prova vem previsto em lei. Com menor rigor, é o art. 158 do CPP que representa um resquício deste sistema. O inconveniente do modelo é que retira a capacidade de valoração e avaliação do julgador, caindo no erro de pretender uma objetividade matemática para a prova. B) **Íntima convicção**: é a superação do modelo anterior, mas caindo no outro extremo, em que o julgador está completamente livre para valorar a prova e decidir. É o erro do decisionismo, permitindo uma decisão autoritária. Ainda é adotado no Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e sem fundamentar. C) **Livre convencimento motivado ou persuasão racional**: é o modelo adotado, art. 155 do CPP. Não há regras objetivas e critérios matemáticos de julgamento, cabendo ao juiz formar sua convicção pela livre apreciação da prova, sendo que nenhuma prova tem maior valor ou prestígio que as demais. (Grifou-se).

Desta feita, também com fulcro **no princípio do livre convencimento motivado** (ou livre persuasão racional), consubstanciado no artigo 93, inciso IX, da Magna Carta (BRASIL, 1988), o juiz poderá atribuir às provas produzidas no curso da persecução penal o valor que entender cabível, haja vista a inexistência de regras à valoração da prova, mas devendo fundamentar a decisão, com “íntima convicção” (LOPES JR., 2017).

Ademais, cabe apreciar a correlação do livre convencimento motivado à prova pericial, a exemplo da perícia em material genético, com o artigo 182 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que dispõe *ipsis literis*: “O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.”. Cabe ao juiz a apreciação e valoração de todo o contexto probatório, ainda que diante de laudo pericial. (NUCCI, 2015). No entanto, é necessário correlacionar os princípios em questão, com a busca da verdade real, em matéria probatória.

De acordo com o artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

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

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

Com base no dispositivo legal acima citado, percebe-se que, no âmbito processual penal, o juiz possui a faculdade de conduzir a produção de provas, de forma a buscar a verdade real. Ensina Grinover (2005, p. 18- 19)

Nessa visão, que é eminentemente política, é inaceitável que o juiz aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados. O resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão última do processo. Por isso, deve o juiz assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário. Ninguém melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação de seu convencimento. Isto não significa que a busca da verdade seja o fim do processo e que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado. Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele. Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior sua iniciativa na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará. O juiz deve tentar descobrir a verdade e, por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória oficial. Diante da omissão da parte, o juiz em regra se vale dos demais elementos dos autos para formar seu convencimento.

O princípio em epígrafe é considerado por alguns doutrinadores como algo inauferível e de caráter mitológico e passível de comprometer o sistema acusatório penal. Nesse viés, fala-se no caráter inalcançável da verdade tida como real e que, a fusão do magistrado julgador com a figura de juiz investigador, configura natureza inquisitória. (LOPES JR., 2017)

Em semelhante entendimento, discorre Oliveira (2016, p. 335):

A atual configuração do processo penal brasileiro não deve guardar mais qualquer identidade com semelhante postura inquisitorial, impondo-se o redimensionamento de vários institutos ligados à produção da prova, sobretudo no que respeita à iniciativa probatória do juiz. Essa, e aqui já o afirmamos, não deve constituir-se em atividade supletiva dos deveres ou ônus processuais atribuídos ao órgão da acusação.

Observa Fraga (2010, p. 6), no que se refere à produção de provas no processo penal sob a ótica da busca da verdade real que: “a busca pela verdade real dentro do processo penal está diretamente ligada ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Isto porque ao almejar encontrar a verdade, tanto na investigação criminal, como durante o processo, por vezes utiliza-se do acusado como objeto de prova”.

Como “verdade real” entende-se por aquela que mais se aproxima dos fatos ocorridos, de forma que autoriza que o juiz atue de forma menos passiva a fim de obter maior credibilidade quando o momento do julgamento final da causa. (NUCCI, 2015). Ainda, deve-se a menção de que para que haja tal credibilidade a aproximação com a realidade dos fatos, deve o juiz “esgotar todas as possibilidades, como fundamento de sentença”. Afirma-se, entretanto, que mesmo no exercício da livre investigação das provas, a verdade obtida será de caráter formal, ou seja, aquela trazida aos autos do processo (CAPEZ, 2017).

Tem-se como finalidade da prova a reconstituição factual a fim de aproximar o julgador do ocorrido. No entanto, tal verdade terá sempre um caráter formal e relativo tendo em vista que resta impossível uma reconstrução fidedigna de fato passado, que adquire, senão, certo caráter histórico (LOPES JR, 2014).

Constata-se no processo penal brasileiro a busca pela “melhor prova possível”. Em que pese tanto quanto o livre convencimento motivado, quanto a busca da verdade “real”, a utilização de perfil genético do investigado ou apenado, ainda que constitua prova material de grande valia, reitera-se, entretanto, que constitui prova de probabilidade, restando necessário a análise de todo o contexto probatório e a consideração de outros elementos constituintes do fato (LOPES JR., 2017).

De acordo com Gomes, o caráter vinculativo da prova de DNA carece de previsão legal, de forma que, pelo exercício pleno do princípio do livre convencimento do julgador, é possível rejeitar o laudo pericial no todo ou em parte, uma vez que o faça de forma motivada (2015, p. 179):

O perfil individual obtido pelo exame forense de DNA pode vincular em caráter definitivo ou não uma determinada pessoa a um delito ou uma pena de crime. Dada a sua absoluta precisão metodológica e científica, vale discutir se o juiz pode rejeitar o laudo pericial deste meio de prova para a formação de sua convicção [...] Em adequação à verdade real, o livre convencimento do julgador é um princípio basilar do sistema processual penal pátrio, ressalvadas as hipóteses excepcionais expressamente previstas em lei em relação a meios de prova legalmente investidos de natureza vinculante quanto à valoração do magistrado (como exemplo, exames toxicológicos definitivos quanto à natureza da substância entorpecente). Infelizmente, diante da falta de regulamentação e ausência de norma legal quanto à excepcionalidade de sua previsão como meio de prova vinculada, nada impede que um magistrado, desde que motivadamente, desconsidere um laudo pericial baseado em exame de DNA quanto à sua vinculação da amostra examinada ao indivíduo identificado como autor.

Recai, desse modo, a dúvida quanto à adequação da Lei 12.654, de 2012 (BRASIL, 2012), frente às garantias e direitos constitucionais e princípios que norteiam o Direito Penal e Processual Penal brasileiro, incluindo, no caso de supremacia da cláusula

nemo tenetur se detegere, a questão validade desta na busca pela verdade real. Ainda, a reflexão da coleta compulsória ou voluntária do material genético para obtenção de perfil genético, a fim de comparar com o corpo de delito e valoração desse elemento produzido em sede de investigação preliminar no livre convencimento motivado do magistrado.

No próximo capítulo discorrer-se-á acerca das formas de intervenção corporal, do direito de recusa do acusado, dos fundamentos e inovações da Lei 12.654 de 2012 (BRASIL, 2012), da previsão de exclusão dos dados genéticos do indivíduo, trar-se-á os argumentos favoráveis e contrários à referida lei, expondo-se julgados pertinentes ao tema.

4 ANÁLISE DA COLETA DE PERFIL GENÉTICO (LEI 12.654 DE 2012) SOB A ÓTICA DO GARANTISMO CONSTITUCIONAL E PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIIS

Neste capítulo discorrer-se-á acerca das formas de intervenção corporal, o direito de recusa do acusado, o histórico da identificação criminal no Brasil e da Lei 12.654 de 2012, expor-se-á argumentos a favor e contra a aplicação da referida Lei e julgados correlacionados com o tema em questão.

4.1 A INTERVENÇÃO CORPORAL NO PROCESSO PENAL

A conceituação de intervenção corporal é herdada da doutrina Espanhola, onde se encontra maior debate sobre o assunto. Assim, por intervenção corporal entende-se a utilização do corpo humano, diante de atos interventivos, com intuito de investigar e comprovar delitos (ASENSIO, 1989 apud NICOLLIT; WEHRS, 2015).

Trata-se, a intervenção corporal, de procedimento de natureza investigativa, atuando tanto na apuração de materialidade e autoria, não sendo mecanismo que recaia única e exclusivamente sob o organismo do acusado, podendo, também, ser efetuada no corpo da vítima ou de testemunhas (SABOIA, 2014).

Classificam-se as intervenções corporais em invasivas e não-invasivas (ou evasivas). É denominada invasiva, a prova que dependa de interferência no organismo humano, de forma que se torna necessária a participação do indivíduo para sua perfectibilização. Em contrapartida, provas não-invasivas são aquelas que não exigem participação ativa do acusado, uma vez que são realizadas a partir de vestígios corporais, sem que haja penetração no organismo do indivíduo (FERREIRA, 2009).

Importa mencionar que, no tocante a tal modalidade probatória, há requisitos de legitimação, tais como: a existência de lei, ante a limitação a determinados direitos fundamentais, consagrando o princípio da legalidade; decisão judicial que a autorize, com a especificação da medida; proporcionalidade, assim admitida por unanimidade pela parte da doutrina que admite a referida modalidade probatória; e existência de processo, finalidade e audiência prévia, requisito sustentado por parte da doutrina, com exceção de investigação que verse sobre delitos de maior gravidade, em conjunto com indícios sólidos que apontem um sujeito passivo, sob o qual recairá a intervenção (NICOLLIT; WEHRS, 2015).

Ressalta-se que, por não possuírem, as intervenções corporais, fulcro na legislação penal pátria, a recusa do acusado não implica na aplicação de qualquer sanção (SABOIA, 2014).

Na doutrina **Espanhola**, há a distinção entre intervenções corporais de natureza leve e de natureza grave. Leves, são reputadas as intervenções que, entre o interesse individual e os interesses sociais, passam a ser admitidas sob a ótica da proporcionalidade entre a intervenção e a gravidade do delito investigado. Não submetem a saúde do indivíduo à risco ou causam qualquer sofrimento, podendo ser realizadas em caráter de urgência pela autoridade policial. Em contrapartida, intervenções corporais de natureza grave, são aquelas nas quais não há interesse ou meio de ponderação que as justifiquem, exigindo autorização judicial, em razão de exporem à risco à saúde do indivíduo ou causarem sofrimento, à exemplo das ordens para desnudar e registros anais e vaginais (NICOLITT;WEHRS, 2015).

Ademais, como exemplo de provas invasivas é possível citar os exames ginecológicos, exames endoscópicos, identificação pela arcada dentária, exames de sangue realizados em perícia criminal, revistas – a depender do método empregado – em buscas pessoais. Já no tocante às provas não invasivas, é possível citar os exames periciais realizados em materiais descartados, quais sejam: urina, sêmen, fios de cabelo, saliva, radiografia ou revistas realizadas em buscas pessoais, identificação datiloscópica, impressões palmares. Alguns métodos de exames periciais podem ser, haja vista do local de onde será coletado o material posto sob análise, invasivo ou não invasivo. Como já mencionado, inclusive em buscas pessoais poderá ser empregado método invasivo ou não invasivo. A exemplo do primeiro tem-se as revistas realizadas no reto e canal vaginal. Ainda, destaca-se que nessa modalidade, é visada a busca a possível objeto ocultado no organismo do indivíduo, não objetivando inspecionar o corpo humano em si (QUEIJO, 2012).

Ainda Queijo (2012, p. 286-291):

[...] os exames de urina, esperma e saliva podem ser realizados por meio de técnicas invasivas ou não. [...] Os exames de sangue em geral constituem provas invasivas. Normalmente são realizados, no processo penal, com a finalidade de **identificar a autoria do delito ou excluir pessoas suspeitas da prática do crime**. [...] A medicina legal assinala a importância do estudo das manchas de sangue encontradas no local do crime, destacando-se os casos referentes a homicídios, infanticídios, lesões corporais, crimes contra a liberdade sexual e aborto [...] no exame ginecológico, realizado especialmente em casos de crimes sexuais e aborto, utiliza-se técnica invasiva. Referido exame é utilizado também em buscas pessoais. A endoscopia, outro exame invasivo, é empregada no âmbito do processo penal para localização de droga no organismo humano (pílulas e saquinhos de entorpecentes). Os exames de esperma e de urina podem ser realizados por meio de técnicas invasivas. O exame de esperma tem sido utilizado para identificação de autoria, com as **técnicas de DNA**, principalmente em crimes sexuais. O exame de urina é

utilizado, fundamental mente, para identificação de entorpecentes no organismo (exames químico-toxicológicos). O exame do reto é realizado, via de regra, para localização de objetos e substâncias entorpecentes em buscas pessoais. (Grifou-se).

O refinamento da técnica de tipagem de DNA vem ampliando os recursos da esfera da Medicina Legal e Criminalística, tanto pelo alto grau discriminatório, pela fiabilidade mais elevada quando comparada a outros métodos de identificação, versatilidade (uma vez podendo ser empregada a identificação do DNA a partir de diversos tipos de fluídos corporais) e resistência a determinados fatores ambientais (BONACCORSO, 2005).

O exame de DNA e a constituição de um perfil genético podem ser realizados a partir de materiais descartados, tais como chicletes, pontas de cigarro, bem como matéria orgânica desprendida do corpo do indivíduo (QUEIJO, 2012).

Como exemplo de exame de DNA efetuado sob materiais descartados e sua efetividade na persecução penal, cita-se decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (BRASIL, 2014d):

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO SIMPLES (ART. 121, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA DE PRONÚNCIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. ALMEJADA A IMPRONÚNCIA DO RECORRENTE PELA AUSÊNCIA DE FORTES INDÍCIOS DE AUTORIA. DECISÃO DE PRONÚNCIA QUE CONSTITUI MERO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO. REQUISITOS DO ART. 413 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DEVIDAMENTE PREENCHIDOS. MATERIALIDADE COMPROVADA POR MEIO DO LAUDO CADAVÉRICO. FORTES INDÍCIOS DE AUTORIA PRESENTES. TESTEMUNHA PROTEGIDA QUE VIU O ACUSADO PEGAR UMA FACA, CHAMAR A VÍTIMA DE "TALARICO" E INICIAR A BRIGA COM ELA. **LAUDO DE EXAME DE DNA QUE ATESTA QUE O MATERIAL GENÉTICO RETIRADO DA BITUCA DE CIGARRO RECENTE NO LOCAL DOS FATOS PERTENCE AO MESMO RAMO PATRILÍNEO DA AMOSTRA REFERÊNCIA DO IRMÃO DO ACUSADO.** DUAS VERSÕES NOS AUTOS. DÚVIDA A SER DIRIMIDA PELO CONSELHO DE SENTENÇA. DECISÃO DE PRONÚNCIA MANTIDA. PLEITO PELA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA IMPOSSÍVEL. AUSÊNCIA DE PROVA MANIFESTA NESSE SENTIDO. FATO DEFINIDO COMO CRIME. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE CAUSA DE ISENÇÃO DA PENA OU DE EXCLUSÃO DO DELITO. NÃO CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Recurso Criminal n. 2014.011046-9, de Itapema, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 22-04-2014). (Grifou-se).

A análise pericial de DNA encontrado no local do crime é, senão, procedimento obrigatório, sempre que o delito deixar vestígios (BRASIL, 1941).

É possível a realização do exame em DNA sem que reste invadido o corpo humano, uma vez que se proceda em material orgânico já destacado do organismo do indivíduo, como fios de cabelo, pelos e fluídos corporais não retirados de qualquer cavidade corpórea. Sendo assim, para parte do entendimento doutrinário formado acerca desta questão,

o exame em DNA por via não-invasiva atende as particularidades da persecução criminal, não afrontando as garantias fundamentais (QUEIJO, 2012).

Entretanto, por tratar-se, o material genético, ou seja, de matéria orgânica que possui caráter discriminatório e alto grau de individualização, parte dos doutrinadores entendem que mesmo realizado em material já desprendido do corpo humano, por referir-se à informações íntimas do indivíduo, remanesce o caráter invasivo do exame em DNA (NICOLITT; WEHRS, 2015).

Acerca do exame em DNA encontrado em material descartado, decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (BRASIL, 2013):

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO. ABSOLVIÇÃO. DESCABIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTO DA VÍTIMA EM HARMONIA COM AS PROVAS DOS AUTOS. EXAME DE DNA. PROVA NÃO-INVASIVA. CABIMENTO. MANTÉM-SE A CONDENAÇÃO QUANDO O ACERVO PROBATÓRIO, CONSTITUÍDO DA PALAVRA DA VÍTIMA E DA PROVA PERICIAL, DEMONSTRA SEM QUALQUER DÚVIDA, A PRÁTICA DO CRIME DE ESTUPRO. QUANDO O OBJETO DESCARTADO PELO AGENTE DEIXA DE FAZER PARTE DE SEU CORPO E PASSA A SE TORNAR OBJETO PÚBLICO POR OPÇÃO DA PESSOA, NÃO EXISTE MAIS DIREITO OU GARANTIA QUE POSSA SER ATINGIDO PELA PRODUÇÃO DE PROVA UTILIZANDO-SE A COISA DISPENSADA. TÍPICA HIPÓTESE DE PROVA NÃO-INVASIVA. NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL, NORMALMENTE PRATICADOS ÀS OCULTAS, A PALAVRA DA VÍTIMA, QUANDO HARMÔNICA E COESA COM AS DEMAIS PROVAS REUNIDAS NOS AUTOS, POSSUI ESPECIAL RELEVO E É SUFICIENTE PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.(TJ-DF - APR: 20120910049717 DF 0004867-23.2012.8.07.0009, Relator: SOUZA E AVILA, Data de Julgamento: 01/08/2013, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 09/08/2013 . Pág.: 232). (Grifou-se).

O exame de DNA realizado a partir de coleta de material genético diretamente do organismo humano, seja por cavidade oral, extração sanguínea, em vista do caráter invasivo em confronto direto com a proteção a intimidade, e, ainda, nos casos de o acusado não concordar de forma expressa com a concessão deste material, em razão do confronto aos postulados garantistas, gera divergência na doutrina processual penal (LOPES JR., 2012).

O limite da intimidade também gera certo furor doutrinário e jurisprudencial. Destarte, mesmo que as provas de natureza interventiva apresentem certa eficácia, principalmente as que objetivam extração e análise de perfil genético devem ser procedidas sob o fulcro do respeito à esfera íntima do sujeito (NICOLITT; WEHRS, 2015).

4.2 O ATUAL SISTEMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

Em um breve apanhado histórico, a identificação criminal, em âmbito mundial, consistia em uma listagem de características físicas individuais. Posteriormente, introduziu-se o método antropométrico, a fotografia “sinalética” (na qual o indivíduo era fotografado em determinados posicionamentos, de forma a capturar imagens da face em mais de uma angulação para facilitar seu reconhecimento), e a identificação por datiloscopia (NICOLITT; WEHRS, 2015).

A modalidade supramencionada, desenvolvida por Alphonse Bertillon, demonstrou-se insatisfatória pela dificuldade de distinção absoluta do indivíduo, a impraticabilidade no tocante aos indivíduos menores de 21 (vinte e um) anos e maiores 65 (sessenta e cinco) anos, pois nestes períodos há a probabilidade alteração da estrutura corporal. Concluiu-se, então, que o procedimento mais eficaz de identificação criminal seria por via datiloscópica (NICOLITT; WEHRS, 2015).

A identificação criminal, de acordo com o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) prevista no artigo 6º, inciso VIII do mesmo Estatuto é procedimento obrigatório de responsabilidade da autoridade policial, no caso de indiciamento do investigado. Posteriormente, no mesmo sentido, foi editada pelo Supremo Tribunal Federal, datada do ano de 1976, a súmula 568 (BRASIL, 1976), posteriormente revogada, que afastava a configuração de constrangimento ilegal quando o civilmente identificado fosse, ainda sim, submetido à identificação criminal.

Na legislação brasileira, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 a identificação criminal, *a priori*, passou a ser prevista em caráter excepcional, conforme o disposto no artigo 5º, inciso LVIII, no que aduz, *in verbis*: “o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal salvo nas hipóteses previstas em lei” (BRASIL, 1988).

Tal regulamentação se dá, atualmente, pela Lei 12.037, de 1º de outubro de 2009 (BRASIL, 2009), Lei de Identificação Criminal, que revogou expressamente a Lei 10.054 de 2000, a qual tratava nas hipóteses de submissão à identificação criminal do preso em flagrante delito, do indiciado em inquérito policial, daquele que tenha cometido infração penal de menor gravidade ou ainda, a quem tenha sido expedido mandado de prisão judicial em seu desfavor, desde que não identificado civilmente (BRASIL, 2000).

A revogada Lei 10.054 de 2000 em seu artigo 3º também dispunha hipóteses de identificação criminal do civilmente identificado, que geraram, à época, discussão quanto à inconstitucionalidade por discriminar determinados delitos - em sede de indiciamento ou

acusação, como o homicídio doloso, crimes contra o patrimônio cometidos mediante violência e grave ameaça, receptação na modalidade qualificada, falsificação de documento público ou crimes contra a liberdade sexual - dentre outras hipóteses, as quais se referiam à probabilidade de documento falsificado, qualificações divergentes encontradas em outros registros policiais, registro de extravio do documento de identidade, não comprovação, pelo acusado ou indiciado, no prazo de 48 horas, de sua identificação civil e, ainda, por impossibilidade da devida identificação dos caracteres essenciais inscritos na documentação apresentada (BRASIL, 2000).

O argumento que identificava o vício de constitucionalidade anteriormente mencionado suscitava o caráter aleatório da discriminação de determinados crimes, de forma a ferir o princípio da isonomia. Em contrapartida, argumentou-se estarem tais disposições legais de pleno acordo com os ditames constitucionais, utilizando-se de analogia com a discriminação legal presente na vedação de liberdade provisória sem fiança ou impossibilidade de substituição da pena de reclusão por restritiva de direitos uma vez cometido crime com emprego de violência ou grave ameaça (MARCOLINI, 2001; BARDARÓ, 2001 apud NICOLITT; WEHRS, 2015).

No que toca à identificação civil a que se refere o artigo 5º, inciso LVIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988), aduz o artigo 2º da Lei 12.037, de 2009, que esta é atestada por documentos como carteira de identidade, carteira profissional, passaporte, carteira de trabalho, carteira funcional, equiparando-se aos documentos civis, para tal fim, os documentos de identificação militar (BRASIL, 2009a).

Identificar, para fins civis, consiste na individualização de “algo ou alguém”. Já para fins criminais, significa individualizar de forma indubitável o autor da prática delitiva (NUCCI, 2010). Ressalta-se que identificação se difere, no entanto, de qualificação do sujeito, uma vez que nessa aponta-se qualidade pessoal ou o papel desempenhado por este em âmbito social, ao passo que naquela faz-se prova da identidade da pessoa (PITOMBO, 1988).

Já no que toca à identificação criminal, discorre Corazza e Carvalho (2014, p. 418):

Identificação criminal é o termo utilizado para a reunião de informações visando individualizar uma determinada pessoa sujeita a um processo criminal ou ao inquérito policial, com objetivo de auxiliar o sistema penal (órgãos policiais, poder judiciário etc.) propiciando aos seus órgãos informações válidas e confiáveis. Essa reunião se dá por meio da coleta e arquivamento de um conjunto de informações como impressões dactiloscópicas, dados referentes à identificação física, do modus operandi, fotografia, sinais peculiares (tatuagens, cicatrizes, marcas etc.), entre outros. Em alguns Estados, inclusive, a inserção de tais informações no sistema pode

gerar um registro de identificação criminal, usualmente denominado de “R.G. criminal”. (Grifo no original).

Com o advento da Lei 12.037 de 2009, criou-se, no artigo 3º, rol exemplificativo das situações em que poderá ocorrer a identificação criminal do civilmente identificado, quais sejam: a insuficiência do documento apresentado para a identificação civil; registros policiais que possuam qualificações divergentes do mesmo indivíduo; apresentação de documentos com informações conflitantes entre si; documentos rasurados ou nos quais recaia indício de falsificação; cujo estado de conservação, lapso temporal, localidade de expedição do documento apresentado tornem inviável a identificação completa dos caracteres essenciais, ou; quando imprescindível às investigações, por representação da autoridade policial, Ministério Público, ou da defesa, por despacho da autoridade judicial, ou de ofício, pela mesma (BRASIL, 2009a).

Observa-se ante o exposto no artigo 3º, inciso IV, da Lei 12.037, de 2009, (BRASIL, 2009), deixa-se em aberto a possibilidade, quando na essencialidade à investigação criminal, da realização de identificação criminal, mesmo que o indivíduo esteja civilmente identificado perante a autoridade policial e, ainda, poderá adquirir caráter compulsório, como discorre Lopes Jr. (2014, p. 215):

[...]a abertura feita pelo inciso IV, que permite a identificação criminal do civilmente identificado quando “a identificação criminal for essencial às investigações policiais”. Portanto, a identificação criminal ficará a livre critério do juiz. Isso poderá servir como forma de negar eficácia ao direito de não produzir prova contra si mesmo, quando – por exemplo – o imputado se recusa a fornecer suas digitais para confrontação com aquelas encontradas no local do delito. Diante da recusa, determina o juiz a identificação criminal e o material necessário para a perícia datiloscópica é extraído compulsoriamente. (Grifo no original).

No que tange à representação aduzida no inciso IV, da Lei de Identificação Criminal (BRASIL, 2009), discorre Lima (2016, p. 159):

Apesar de o legislador referir-se apenas à representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa, pensamos que não se pode excluir a possibilidade de o ofendido representar pela identificação criminal nas hipóteses de crimes de ação penal privada. Isso porque, caso não seja determinada a identificação criminal, estar-se-á a inviabilizar o exercício do direito de queixa, já que o ofendido não terá elementos precisos acerca da pessoa em relação à qual o processo criminal deva ser deflagrado.

De acordo com o mesmo autor, em face da decisão judicial a que se refere o inciso IV, da lei em questão (BRASIL, 2009), que versar sobre a identificação criminal será admitida a “possibilidade de impetração de habeas corpus, em prol do investigado, e de mandado de segurança, no caso da acusação” (2016, p. 160).

Previstas como formas de identificação criminal, com fulcro no artigo 5º da Lei 12.037 de 2009, o procedimento datiloscópico e fotográfico, que serão juntados nos autos do inquérito policial, qualquer outra forma de investigação ou, ainda, nos autos da prisão em flagrante. De acordo com o artigo 4º desta Lei, é de responsabilidade da autoridade encarregada da investigação, tomar as medidas cabíveis a fim de evitar o constrangimento do identificado (BRASIL, 2009a).

Outrossim, também previu o legislador infraconstitucional no artigo 7º, da Lei 12.037, de 2009, a exclusão da identificação fotográfica dos autos de investigação criminal, quando arquivados os autos do processo definitivamente, no caso de sentença transitada em julgado, nas hipóteses de não oferecimento da denúncia, rejeição desta ou de absolvição do acusado, se civilmente identificado o interessado. Permanecendo, entretanto, no caderno investigativo, a identificação datiloscópica deste (BRASIL, 2009a).

Cabe salientar que pelo termo empregado “não oferecer a denúncia” entende-se pelo pedido de arquivamento, já que, não o havendo, não é facultado ao Ministério Público o simples não oferecimento da denúncia (LOPES JR., 2017), restando, entretanto, com base no artigo 16 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), a possibilidade de postulação do *Parquet* por novas diligências de caráter imprescindível ao oferecimento daquela.

Caso haja negativa por parte da autoridade responsável pelo procedimento investigativo, em retirar a identificação aludida no artigo 7º, da Lei de Identificação Criminal (BRASIL, 2009), ensina Lopes Jr. (2017, p. 145):

Havendo recusa por parte da autoridade policial ou judiciária, pensamos que o melhor caminho será a impetração do mandado de segurança, pois desenhado o direito líquido e certo do interessado em ver retirada sua identificação fotográfica. Não se desconhece a eventual possibilidade de utilização do *habeas corpus*, mas pensamos não ser o melhor caminho, na medida em que não existe uma efetiva restrição à liberdade de locomoção. Contudo, em sendo eleita a via do *habeas corpus*, o fundamento será o do art. 648, IV, do CPP (quando houver cessado o motivo que autorizou a coação). (Grifo no original).

Em razão do advento legal posterior (a saber, a Lei 12.654 de 2012, a qual regula a coleta de perfis genéticos), foi inclusa como modalidade de identificação criminal, em caso desta ser essencial às investigações (art. 3º, inciso IV) a coleta de material biológico para que seja possível traçar-se perfil genético do investigado (BRASIL, 2012).

Traz, ainda, ressalvas no tocante ao perfil genético traçado, no que dispõe o artigo 5º-A, parágrafo 1º, da Lei de Identificação Criminal, incluso pela Lei 12.654 de 2012 (BRASIL, 2012), de modo que “não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais

das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos” (BRASIL, 2009).

4.3 INOVAÇÕES E FUNDAMENTOS DA LEI 12.654 DE 2012, QUE PREVÊ A COLETA DE PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS

Decorrente do Projeto de Lei 93 de 2011, de autoria do senador Ciro Nogueira (SENADO FEDERAL, 2011), a Lei 12.654 (BRASIL, 2012), que regulamenta as questões referentes à coleta de perfil genético, foi sancionada pela ex-presidente Dilma Rousseff, no dia 29 de maio de 2012, com publicação no Diário Oficial da União, entrando em vigor 180 dias da data de sua publicação (BRASIL, 2012).

No texto inicial, no qual foi apresentado o Projeto de Lei 93 de 2011, deu-se como justificativa o caráter urgente da medida, dentre as quais a demonstração de culpabilidade de criminosos, identificação humana em situações de desastres e guerras, investigação de paternidade, possíveis trocas de recém-nascidos em berçários e averiguação de erros e substituições de rotulação em laboratórios de patologia clínica (BRASIL, 2011).

Na referida justificativa, expôs o Senador Ciro Nogueira (BRASIL, 2011, p. 2):

A determinação de identidade genética pelo DNA constitui um dos produtos mais revolucionários da moderna genética molecular humana. Ela é hoje uma ferramenta indispensável para a investigação criminal. Evidências biológicas (manchas de sangue, sêmen, cabelos etc.) são frequentemente encontradas em cenas de crimes, principalmente aqueles cometidos com violência. O DNA pode ser extraído dessas evidências e estudado por técnicas moleculares no laboratório, permitindo a identificação do indivíduo de quem tais evidências se originaram. **Obviamente que o DNA não pode por si só provar a culpabilidade criminal de uma pessoa ou inocentá-la, mas pode estabelecer uma conexão irrefutável entre a pessoa e a cena do crime.** Atualmente os resultados da determinação de identificação genética pelo DNA já são rotineiramente aceitos em processos judiciais em todo o mundo. (Grifou-se)

Posteriormente, o Decreto n. 7.950, de 12 de março de 2013 (BRASIL, 2013), veio a instituir e regulamentar o Banco de Dados e a Rede Integrada de Perfis Genéticos, no que dispôs serem estes de âmbito do Ministério da Justiça, instituídos na unidade de perícia oficial do Ministério da Justiça, gerenciada por perito criminal federal habilitado e com comprovada experiência em genética a ser nomeado ao cargo de administração do Banco Nacional de Perfis Genéticos pelo Ministro de Estado da Justiça (BRASIL, 2013), dentre outras providências.

O decreto baixado pela Presidência da República, sob o número 7.950, no ano de 2013 estipulou, em relação ao material genético coletado de forma voluntária de parentes de pessoa desaparecida, que este será utilizado especialmente para o fim que determinou a coleta, vedando-se sua utilização para outras finalidades (BRASIL, 2013).

A Lei 12.654, de 2012 (BRASIL, 2012), trouxe alterações nas Leis 12.037, de 2009 (BRASIL, 2009), Lei de Identificação Criminal, e 7.210, de 1984 (BRASIL, 1984), Lei de Execução Penal, versando sobre a coleta de perfil genético e sua utilização como meio de identificação criminal e da coleta compulsória do perfil genético do condenado por crime doloso cometido com violência ou grave ameaça ou qualquer dos crimes previstos no rol do artigo 1º da Lei 8.072 de 1990 (BRASIL, 1990) - Lei de Crimes Hediondos - no que dispõe:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII);

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;

II - latrocínio (art. 157, § 3º, **in fine**);

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, **caput**, e §§ 1º, 2º e 3º);

V - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).

VII-A – (VETADO)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, **caput** e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, **caput**, e §§ 1º e 2º).

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. (Grifo no original).

Com o sancionamento da Lei 12.654, de 2012, foi incluso na Lei de Identificação Criminal (BRASIL, 2009a) o parágrafo único em seu artigo 5º, que na hipótese já mencionada anteriormente, de essencialidade da identificação criminal do civilmente identificado às investigações, essa “poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético”. (BRASIL, 2012).

Acresceu também, o artigo 5º-A e seus parágrafos e os artigos 7º-A e 7º-B, os quais versam, respectivamente, acerca do armazenamento dos perfis genéticos coletados e gerenciamento sob responsabilidade de unidade de perícia criminal, a vedação à revelação de traços somáticos e comportamentais das pessoas, o caráter sigiloso de tais dados - de forma que a utilização diversa do que dispõe a referida Lei ou decisão judicial acarreta em responsabilização na esfera cível, criminal e administrativa - e regula a exclusão dos perfis armazenados do banco de dados (BRASIL, 2012).

No que se refere às alterações na Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), foi incluído o artigo 9º-A e parágrafos, no que aduz:

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 desoxirribonucléico, por técnica adequada e indolor. (Grifou-se).

Destarte, uma vez instaurado o inquérito, a autoridade policial, federal ou estadual poderá requerer à autoridade judicial o acesso ao banco de dados de identificação perfis genéticos, sendo esse de caráter sigiloso (BRASIL, 2012).

Frisa-se, no entanto, a inaplicabilidade da medida ao condenado pelo crime de tráfico de entorpecentes, previsto no tipo legal multinuclear do artigo 33 da Lei 11.343 de 2006 (BRASIL, 2006), ainda que considerado equiparado aos crimes hediondos elencados no rol do artigo 1º da Lei 8.072 de 1990 (BRASIL, 1990) - de acordo com o artigo 2º da Lei 8.072 de 1990 (BRASIL, 1990), conjuntamente aos crimes de tortura e terrorismo - por carecer de equiparação legal ampla aos crimes hediondos, como explanou o Tribunal Regional Federal da 4ª região, em decisão exarada em sede de Execução Penal (BRASIL, 2016b):

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. PERFIL GENÉTICO. HIPÓTESES. PENITENCIÁRIA FEDERAL. LEI Nº 12.654/12. 1. Não ser identificado criminalmente, salvo nas hipóteses legalmente previstas, constitui garantia fundamental. A identificação criminal é excepcional, nos termos do art. 5º, LVIII, da Constituição Federal. 2. A Lei n. 12.037/2009 estabelece rol taxativo dos casos em que a identificação criminal se justifica. Procede-se à identificação genética, mediante coleta e análise do DNA (ácido desoxirribonucléico), quando essencial às investigações, segundo juízo da autoridade judiciária competente, e no caso de condenação por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa ou por crime hediondo. 3. **A lei não estabelece a identificação dos condenados por crimes de tráfico de entorpecentes. Inexiste uma equiparação ampla e para quaisquer fins entre o tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos.** 4. Deve ser destruído e excluído do Banco Nacional de Perfis Genéticos o material colhido sem demonstração de que o apenado foi condenado pela prática de crime doloso com violência grave contra a pessoa ou hediondo, ou ainda, mediante decisão judicial que

repute a medida necessária para fins de investigação. 5. Hipótese em que não aportou aos autos notícia segura acerca do implemento das hipóteses legais para a coleta do material genético. (TRF-4 - EP: 50634240620154047000 PR 5063424-06.2015.404.7000, Relator: LEANDRO PAULSEN, Data de Julgamento: 29/06/2016, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 04/07/2016). (Grifou-se).

No entanto, importa a menção que, em relação ao crime de tortura, previsto no artigo 1º, incisos I e II da Lei 9.455 de 1997 (BRASIL, 1997) e ao crime de terrorismo, por sua vez tipificado na Lei 13.260 de 2016 (BRASIL, 2016), em seu artigo 2º, parágrafo 1º, incisos I, IV e V, pela violência e grave ameaça inerentes às condutas típicas, de forma a se enquadrarem na determinação dada pela redação da Lei 12.654 de 2012 (BRASIL, 2012), ou ainda ao próprio delito de tráfico de entorpecentes, quando cometido mediante violência e grave ameaça, como prevê o inciso IV, do artigo 40 da Lei 11.343 de 2006 (BRASIL, 2006), tornando-se possível a coleta de perfil genética em sede de investigação criminal preliminar ou em âmbito de execução penal (BECK; RITTER, 2015).

A nova Lei designa dois sujeitos ao pólo passivo da extração de material genético: o investigado e o apenado (BRASIL, 2012). Ainda que haja a possibilidade de extração de material genético em momentos diversos, sendo um em fase preliminar e outro já em sede de execução da pena, ressalta-se que a coleta de caráter compulsório é prevista expressamente apenas em relação ao apenado, em âmbito de execução penal (BRASIL, 2012).

Salienta Lima (2014, p.136), no que se refere à coleta em sede de investigação criminal, prevista sob o fulcro da identificação criminal:

Como o inciso IV faz menção à identificação para auxiliar as investigações, é de se concluir que, nesse caso, o código genético será confrontado com as amostras de sangue, saliva, sêmen, pelos, etc., encontradas no local do crime, no corpo da vítima, para fins de comprovação da autoria do delito. A título de exemplo, basta pensar na realização de exame de DNA feito a partir da comparação do material genético de determinado acusado com os vestígios de esperma encontrados no corpo da vítima. A partir da comparação, será elaborado laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado que analisará a coincidência (ou não) do perfil genético.

A identificação humana por DNA já vem sendo utilizada na esfera cível, nas ações de investigação de paternidade, sendo considerada prova inquestionável. No julgamento do HC 71373-4 pela Suprema Corte, datado do ano de 1994, o Ministro Francisco Resek manifestou-se em sentido favorável ao exame de DNA nas investigações de paternidade, sob o argumento de que a intangibilidade corporal **não pode ser interpretada em caráter absoluto** (BRASIL, 1994).

Neste sentido, foi editada a Súmula n. 301 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2004) que dispõe que da negativa de submissão ao exame de DNA provirá presunção *juris tantum* de paternidade. Na hipótese de negativa do suposto pai em submeter-

se ao referido exame, não se permite a coerção física, mas aquela terá efeito de confissão ficta (BARROS; PISCINO, 2008). Vale mencionar que tal instituto não é reconhecido no Direito Processual Penal brasileiro por carecer de previsão legal (CAPEZ, 2017).

Ainda que a identificação criminal por papiloscopia seja considerada eficaz, de forma que a instituição de identificação criminal por via de coleta de material genético (BRASIL, 2012), de acordo com parte da doutrina, seria considerada desnecessária (NICOLITT; WEHRS, 2015), Cunha discorre acerca da motivação do advento da nova modalidade de identificação criminal (2012, *online*):

O espírito que norteou a nova lei certamente foi o de que a identificação papiloscópica (ou mesma a fotográfica) nem sempre é certa, única e inconfundível, **podendo ser modificada ou apagada por meio de cirurgia ou ação do tempo (idade)**. Criou-se, então, a possibilidade de a autoridade se valer da genética forense, área que trata da utilização dos conhecimentos e das técnicas de genética e de biologia molecular no auxílio à justiça. (Grifou-se).

Ao passo que trazem à persecução penal os avanços científicos, as inserções trazidas pela Lei 12.654 de 2012 (BRASIL, 2012) no âmbito da investigação preliminar criminal geram discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da supressão aos direitos a não auto-incriminação, a intimidade e presunção de inocência. Uma vez autorizada judicialmente a coleta do perfil genético do investigado, prevista no artigo 3º, inciso IV da Lei 12.037 de 2009 (BRASIL, 2009a), poderá o investigado fornecer o material a ser posto sob análise de forma voluntária ou não. Na hipótese de resistência, alguns doutrinadores possuem o entendimento de que, por lacuna legislativa, a autoridade policial poderá utilizar-se de meio coercitivos para a obtenção de amostra, que, ainda que seja garantido o emprego de “técnica adequada e indolor” (BRASIL, 2012), a técnica de obtenção direta do corpo do investigado não perde a natureza invasiva (LOPES JR., 2017).

Em contrapartida, parte da doutrina possui o entendimento de que, por carecer de previsão legal que se refira ao caráter compulsório da medida em sede de investigação preliminar criminal, e não estipulada qualquer sanção àquele que negar a se submeter ao procedimento de coleta, poderá o acusado valer-se do direito de recusa ao fornecimento de material genético para fins de identificação criminal sem aplicação de qualquer gravame ou emprego de força física para proceder com a coleta (NICOLITT; WEHRS, 2015).

Datada do ano de 2014, sobreveio a Resolução 3 (três) de 2014, que padroniza a coleta de perfil genético e sua inclusão, manutenção e armazenamento nos bancos de dados de perfis genéticos na Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos (BRASIL, 2014) prevista na Lei 12.654 de 2012 (BRASIL, 2012).

Na aludida resolução, o Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo o artigo. 5º, inciso I, do Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013 (BRASIL, 2013), resolveu que a coleta do perfil genético não será por extração sanguínea, respeitando a determinação dada pela redação do artigo 3º, da Lei 12.654 de 2012 (BRASIL, 2012), que incluiu o artigo 9º- A na Lei 7.210 de 1984, Lei de Crimes Hediondos (BRASIL, 1984), no que aduz que a coleta de material genético, que essa se dará por “técnica adequada e indolor” (BRASIL, 2012).

Regulou-se, também, que a técnica padrão empregada para obtenção de perfil genético será a extração via cavidade bucal, pela coleta de células da mucosa oral (BRASIL, 2014).

No caso do indivíduo investigado, a coleta dar-se-á mediante despacho da autoridade judiciária. Já no que se refere ao apenado, a extração de material genético será realizada apenas à vista da sentença condenatória, guia de recolhimento ou manifestação expressa do Poder Judiciário determinando a realização do procedimento. Observa-se, ainda, que em ambas as situações, antes da realização do início do procedimento, a pessoa a ser submetida à coleta deve ser informada da fundamentação legal, na presença de uma testemunha além do responsável pela coleta (BRASIL, 2014).

Diante da omissão legislativa em relação à conduta a ser adotada nas situações em que o indivíduo recusar submetido a coleta de perfil genético, a referida resolução trouxe em seu artigo 8º (BRASIL, 2014, grifou-se), que “em caso de recusa, o procedimento de coleta de material biológico **não deverá ser realizado** e o fato será consignado em documento próprio, assinado pela testemunha e pelo responsável pela coleta”.

4.3.1 A exclusão do perfil genético do banco de dados de perfis genéticos

De acordo com o artigo 2º da Lei 12.654, de 2012 (BRASIL, 2012), o qual conferiu o acréscimo do artigo 7º-A da Lei 12.037 de 2009, o perfil genético armazenado no Banco de Dados de Perfis Genéticos “será excluído no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito” (BRASIL, 2009a). Trata-se da prescrição a que se refere o artigo 109 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Assevera Lopes Jr. (2014, p. 458):

[...] a existência de uma vinculação causal (Princípio da Especialidade), ou seja, **a prova genética somente poderá ser utilizada naquele caso penal e o material poderá ser utilizado até a prescrição (daquele crime)**. Tanto há essa vinculação causal que o legislador define como limite de disponibilidade do material genético a

prescrição do crime. Ou seja, o uso está relacionado a este crime e a disponibilidade temporalmente regulada pela prescrição. (Grifou-se).

Ainda, o Decreto 7.950 de 2013, que passou a regulamentar o Banco Nacional de Perfis Genéticos, trouxe em seu artigo 7º, a possibilidade de exclusão do perfil genético em prazo anterior ao da prescrição delitiva, uma vez definido em decisão judicial (BRASIL, 2013).

Trata-se de medida de extrema necessidade ante ao caráter invasivo e gravoso da manutenção de informações privada e íntimas, que tocam à estrutura do genótipo do indivíduo, configurando constrangimento e gritante violação aos direitos constitucionais do interessado. Contudo, a prescrição a que se refere a Lei 12.654 de 2012 (BRASIL, 2012) é relativa a extração feita sob o fulcro da identificação criminal, entendo, parte da doutrina, que resta configurada a omissão no que toca à exclusão do perfil genético coletado do apenado (NICOLITT; WEHRS, 2015).

Diante da omissão, suscita-se a possibilidade de aplicação analógica, quanto ao tempo de mantimento em banco de dados do perfil genético extraído do apenado, pelo prazo da pretensão executória da pena, ou, ainda, uma vez cumprida a pena, pelo prazo de cinco anos após o término de cumprimento desta, aplicando-se, também, de forma extensiva a determinação alocada no artigo 7º-A da Lei de Identificação Criminal (BRASIL, 2009) no que determina a exclusão do perfil genético do banco de dados no término do prazo da prescrição do delito estabelecido em lei (MACHADO, 2012).

Assim, percebe-se que o mantimento dos perfis genéticos extraídos tanto dos incurso nas sanções de crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça ou dos crimes de natureza hedionda, quanto àqueles submetidos ao procedimento em sede extraprocessual, como forma de identificação criminal, se dará por período não superior à prescrição do delito (BRASIL, 2012) podendo ainda ser excluído antes do período prescricional se determinada a exclusão em decisão judicial (BRASIL, 2013).

Entende-se pela possibilidade de, uma vez interpretada de forma analógica, a previsão da Lei 12.037, de 2009, de que caso não seja oferecida a denúncia ou na hipótese de sua rejeição, arquivamento do caderno investigativo, poderá o interessado solicitar a exclusão da identificação fotográfica, a que foi submetido, dos autos do inquérito (BRASIL, 2009a), este também poderá solicitar a retirada de seus dados genéticos (LOPES JR., 2017).

4.4 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À INSTITUIÇÃO DE BANCO DE PERFIS GENÉTICOS NO BRASIL PELO ADVENTO DA LEI 12.654 DE 2012

Quando efetuado, o exame de DNA, em materiais destacados do organismo do indivíduo, encontrados no local do crime, ou na própria vítima – a exemplo dos crimes contra a liberdade sexual – por tratar-se procedimento comum de exame de corpo de delito, previsto na legislação processual penal (BRASIL, 1941), visando uma maior aproximação dos fatos, reconstituindo-os para que seja formado um juízo acerca dos fatos apurados (FRAGA, 2015), faz-se jus, senão, à busca da verdade real, princípio norteador do Processo Penal brasileiro (BRASIL, 1941).

A extração compulsória de material genético gera grandes embates doutrinários e jurisprudenciais. Trata-se de questão que concerne à intervenção corporal e a existência ou não de legitimidade Estatal de submeter o acusado a tal procedimento de maneira compulsória (SABOIA, 2014).

Pela inadmissão da coleta de perfil genético do apenado, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em decisão exarada em sede de Habeas Corpus (BRASIL, 2016a):

PROCESSUAL PENAL. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. COLETA DE MATERIAL GENÉTICO PARA INCLUSÃO EM BANCO DE DADOS ESPECÍFICO. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA.

1 - Se, como no caso concreto, não demonstrada a menor neçga de dúvida acerca da identidade do réu, ora recorrente, que inclusive teria confessado os delitos, não há razão para deferir, a pedido da autoridade policial, identificação criminal com colheita de material genético.

2 - Ilegalidade demonstrada, ainda mais porque o silogismo da decisão em xeque não condiz com as características do caso concreto, pois ainda não há condenação com trânsito em julgado e a identificação criminal, ao invés de se ater aos fatos em apuração e a possível dúvida quanto à pessoa do recorrente, faz referência a outros crimes que ainda carecem de apuração, notadamente no tocante à autoria, o que denota premissa totalmente equivocada para a conclusão consignada.

3 - Recurso ordinário provido para impedir que seja colhido material genético do recorrente e, se já tiver sido realizado, que seja destruído, fazendo-se o respectivo laudo.

(RHC 76.344/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 22/11/2016)

Hoje pautada à apreciação do Supremo Tribunal Federal, reconhecida a repercussão geral da matéria e ainda sem julgamento, a constitucionalidade da Lei 12.654, de 2012, (BRASIL, 2012) tem como principal controvérsia a possível supressão aos direitos e garantias celebrados pelos postulados constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Assim pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2016):

Repercussão geral. Recurso extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). **Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se incriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3.** Tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos. 4. Repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida. (RE 973837 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 10-10-2016 PUBLIC 11-10-2016). (Grifou-se).

Ao se tratar de prova que dependa de colaboração ativa do indivíduo, muito se diverge acerca do caráter compulsório a que se refere à Lei que versa acerca da coleta de material genético para que esse passe a integrar banco de perfis genéticos, principalmente no que se refere ao direito de não auto-incriminação, alocado na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Em sentido análogo, no que toca ao direito à negativa do acusado em participar ativamente de prova que venha a ensejar em auto-incriminação, discorre Lopes Jr. (2015, p. 423):

Situação complexa é o ranço histórico de tratar o imputado (seja ele réu ou mero suspeito, ainda na fase pré-processual) como um mero “objeto” de provas, ou melhor, o “objeto” do qual deve ser extraída a “verdade” que funda o processo inquisitório. Com a superação dessa coisificação do réu e a assunção de seu status de sujeito de direito, funda-se o mais sagrado de todos os direitos: o direito de não produzir prova contra si mesmo (nada a temer por se deter – nemo tenetur se detegere). Desse verdadeiro princípio, desdobram-se importantes vertentes, como o direito de silêncio e a autodefesa negativa. (Grifo do autor)

Outro princípio possivelmente afrontado pelas inovações trazidas pela Lei 12.654, de 2012, assim entendido pelos juristas que concluem pela inconstitucionalidade da Lei, é o princípio da presunção da inocência. Posto que, ainda que se trate de coleta a ser efetuada por “técnica adequada e indolor” (BRASIL, 2012), subsiste o caráter compulsório em relação ao apenado, no qual o indivíduo passa do estado presumido de inocência ao de suspeição, excedendo as funções da pena (OLIVEIRA, 2012).

Em sede de investigação criminal, apesar de depender de autorização judicial a ser obtida mediante representação da autoridade policial, requerimento do Ministério Público, da defesa ou partindo do próprio julgador, de ofício, e ser delimitada à hipótese de essencialidade a investigação para a auferimento da identidade do indivíduo, parte da doutrina entende ter

sido inclusa a identificação criminal por extração de perfil genético **com a intenção de produção de provas no processo penal** (NICOLITT; WERHS, 2015).

Ainda de acordo com Nicolitt e Wehrs (2015, p. 190) “o objetivo da identificação criminal não é estabelecer ligação entre a pessoa indiciada e o crime, mas saber se a pessoa indiciada é quem diz ser.”.

Na investigação preliminar, a identificação por via datiloscópica e fotográfica é, senão, parte da qualificação do indiciado, enquanto que a perícia em material genético coletado poderá ser utilizada como meio autêntico de prova, de modo que o investigado poderá valer-se do seu direito de recusa, e, ainda, em vista da natureza da medida, entende-se necessidade de ser posta sob contraditório, por aplicação analógica dos artigos 156, inciso I e 225 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que regem as disposições relativas à produção antecipada de provas (MACHADO, 2012).

Sob a ótica da cláusula *nemo tenetur se detegere*, direito à não se auto-incriminar, parte dos juristas vislumbram que “qualquer tipo de prova contra o réu que dependa (ativamente) dele só vale se o ato for levado a cabo de forma voluntária e consciente.” (CALLEGARI et al, 2012, p. 66).

Leciona Feldens (2005, p. 43):

[...] a ciência jurídico-penal (aqui entendidas, essencialmente, a política criminal e a dogmática jurídico-penal) **não desfruta de existência autônoma em face da Constituição, senão que tem por ela definidos tanto os limites quanto os fundamentos de sua estruturação**. Dito de outro modo: a dogmática jurídica e a política criminal não podem estruturar-se de forma divorciada da Constituição, a qual predispõe-se a definir os marcos no interior dos quais haverão de desenvolver-se tais atividades político-intelectivas. (Grifou-se).

No que concerne à problemática trazida pela Lei 12.654 de 2012 (BRASIL, 2012) a omissão do período de exclusão dos dados genéticos do apenado – situação na qual, ressalta-se, a utilização do perfil coletado será em investigações futuras, sendo vedada a utilização em qualquer investigação em curso à época da coleta compulsória em sede de execução penal – entende-se a criação de uma pena com efeito perpétuo, ferindo o princípio da humanidade das penas, garantia também consolidada na Carta Magna (BRASIL, 1988). De maneira que passa, o próprio Estado, a descredibilizar a natureza reabilitadora das sanções penais, pressupondo que o indivíduo retornará a delinquir, recaindo sob este a estigma de criminoso (NICOLITT; WEHRS, 2015).

Eugênio Pacelli (2012, *online*) discorre acerca da estigmatização do condenado:

Uma coisa é permitir a identificação genética para finalidades probatórias; outra, muito diferente, é referendar um cadastro genético nacional de condenados em crimes graves. Aí, parece-nos, haveria transcendência exponencial da Segurança Pública, incompatível com o Estado de Direito e as liberdades públicas. A pessoa, em semelhante cenário, passaria do estado (situação) de inocência para o estado de suspeição, ainda que se reconheça – e o fazemos expressamente!– o proveito na apuração de futuros delitos (casos de reiteração, evidentemente). A radicalização no tratamento do egresso do sistema carcerário atingiria níveis incompatíveis com as funções declaradas da pena pública.

Gera preocupação, ainda, a possível superestimação da utilização do DNA como prova na persecução penal. Em razão da precisão de identificação humana, confunde-se com a inquestionável designação de culpabilidade do indivíduo. Pode-se correlacionar o material genético encontrado no local do crime com o perfil genético armazenado no banco de dados, concluindo-se pela presença do indivíduo no local do delito, mas jamais concluir de imediato pela imputação de autoria incontestada ao indivíduo, de forma a suprimir a garantia constitucional da presunção de inocência e ampla defesa. Deste modo, para aferir-se o campo da autoria, é necessária apreciação de outros elementos probatórios (LOPES JR., 2012).

Ainda, traz certo temor a possibilidade de forjar a presença de material genético, implantando-o no local do delito, reputada de maior facilidade do que fazê-lo em relação presença de impressões papilares encontradas no local do crime (PEREIRA, 2014).

Em contrapartida, em razão do avanço trazido com a instituição de banco de dados de perfis genéticos, o advento da Lei 12.654 de 2012 (BRASIL, 2012) trouxe, também, **argumentos favoráveis** à sua constitucionalidade.

Por parte da doutrina, é contemplado o fato de que o sistema de armazenamento de dados de perfis genéticos é um mecanismo já utilizado em outros países, apresentando eficácia às investigações criminais. Torna-se de suma importância prova pericial que tenha como objeto a análise do DNA, evitando, assim, imputar-se maior credibilidade a provas de caráter frágil, como a prova testemunhal (NUCCI, 2015).

No que toca à invocação do princípio *nemo tenetur se detegere* (direito à não se auto-incriminar) e sua aplicação em âmbito penal e processual penal, discorre Queijo (2003, p. 27): “O princípio *nemo tenetur se detegere* assumiu um caráter garantístico no processo penal, resguardando a liberdade moral do acusado para decidir, conscientemente, se coopera ou não com os órgãos de investigação e com a autoridade judiciária”.

Ainda, suscita-se a impossibilidade da arguição de supressão ao direito de não se auto-incriminar, uma vez que o material coletado não será utilizado nas investigações em curso, somente em investigações futuras, de forma que não há auto-incriminação em fato ainda não ocorrido (SCRIBONI, 2012).

Os posicionamentos jurídicos favoráveis à constitucionalidade da Lei 12.654 de 2012 (BRASIL, 2012) também sustentam que o direito de não se auto-incriminar não deve ser aceito como meio de tornar a pessoa do condenado intangível à persecução penal (ALBUQUERQUE, 2008).

No mesmo sentido, discorre Queijo (2003, p. 27):

A inexistência do dever de colaborar, em todos os casos, redundaria em uma concepção do *nemo tenetur se detegere* como direito absoluto, aniquilando, em determinadas situações, por completo, a possibilidade de desencadeamento da persecução penal ou de dar seguimento a ela. Em outras palavras: **equivaleria, em diversos casos, à consagração da impunidade.** (Grifou-se).

Lopes Jr. e Gloeckner entendem que o emprego de técnica de extração que respeite a integridade física do indivíduo submetido à coleta e por razão que vise benefícios, pela qual se justifique a coleta, é elementar da proporcionalidade da medida, como ensinam (2014, p. 490):

As células corporais contêm o programa genético global, sendo suficiente, em muitos casos, a obtenção absolutamente indolor e inofensiva de células em amostras de saliva ou mucos. **Nessas situações, entendemos que a proporcionalidade entre o meio utilizado e os benefícios do resultado final para a realização da Justiça permitem a extração sem o consentimento do indivíduo. Ainda, nesse grupo de prova técnica (DNA), atendendo à imprescindibilidade para as investigações e à impossibilidade de realizar a prova por outro meio, poderia ser permitida a extração de células corporais para a identificação do material genético global da pessoa, contido na raiz do cabelo, na pele ou na saliva.** Também poderiam ser tolerados os exames médicos ou radiológicos e outros de natureza análoga que não causem nenhum dano ao indivíduo. (Grifou-se)

A favor da constitucionalidade da Lei em questão, decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no tocante à aplicação em relação ao apenado (BRASIL, 2015):

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. PRELIMINAR. REMESSA DOS AUTOS AO CONSELHO ESPECIAL. DESNECESSIDADE. CRIMES DE ROUBO E CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. IDENTIFICAÇÃO. PERFIL GENÉTICO. LEI Nº 12.654/2012. ART. 9º-A DA LEP. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NEMO TENETUR SE DETEGERE. INTIMIDADE. DIGNIDADE. LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL. DECISÃO DO CONSELHO ESPECIAL. É desnecessária a remessa dos autos ao Conselho Especial se já existe pronunciamento sobre a constitucionalidade do ato normativo ora em discussão (art. 481, parágrafo único, do CPC). A Lei nº 12.654/2012, que inseriu o art. 9º-A na LEP, a fim de determinar a identificação obrigatória dos condenados definitivamente por crimes hediondos ou cometidos com violência grave à pessoa por meio de perfil genético, não padece de inconstitucionalidade. O diploma legal referido institui limitação à garantia de não identificação criminal do civilmente identificado com fundamento na Constituição da República (art. 5º, inc. LVIII, in fine). **A identificação criminal compulsória por meio de perfil genético não viola os princípios da presunção de inocência, da vedação a auto-incriminação e da intimidade, pois somente será realizada em condenados definitivamente por crimes de natureza grave, por método não invasivo e para alimentar banco de dados sigiloso. A medida constitui mais uma restrição de direitos impostas aqueles que infringem as**

normas penais, protetoras de valores caros à sociedade, de modo que não há de se cogitar de afronta à dignidade da pessoa humana. O Conselho Especial desta Corte já se pronunciou pela constitucionalidade na Lei nº 12.654/2012, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 2015.00.2.013502-8. Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF - RAG: 20150020268833, Relator: SOUZA E AVILA, Data de Julgamento: 10/12/2015, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 15/12/2015 . Pág.: 118) (Grifou-se).

O aparente conflito entre interesses pondera-se pela aplicação do princípio da proporcionalidade (MARTIN, 2015). Sob esta ótica, conclui-se que utilização do DNA por extração de amostra biológica do indivíduo tem cabimento nos crimes de maior gravidade, em caráter excepcional como forma de evitar injustiças (BARROS; PISCINO, 2008).

Ainda, de acordo com o artigo 182. Do Código de Processo Penal, o juiz não ficará adstrito ao laudo firmado, podendo rejeitá-lo integral ou parcialmente (BRASIL, 1941), no pleno exercício do livre convencimento motivado e livre persuasão racional.

Neste sentido, Feller (2012, *online*) salienta que, isoladamente, a prova de DNA não auferirá o campo da culpabilidade:

E não se deve taxar de inconstitucional lei que prevê a identificação criminal, por qualquer meio não degradante, de indivíduos condenados. Afinal, o direito de não produzir provas contra si mesmo pode e deve ser usado em um processo ou investigação penal, mas jamais pode servir como um coringa para a prática de novos delitos.[...]Aliás, não se pode esquecer: um exame de DNA nunca será, isoladamente, prova cabal de culpa. Afinal, **provar-se que o indivíduo estava na cena de um crime, ou provar-se que teve relações sexuais com a vítima não o torna, automaticamente, culpado do crime investigado.** No entanto, prova de DNA pode, mesmo isoladamente, ser prova cabal de inocência. Se uma vítima de estupro aponta um inocente como seu algoz, com ou sem intenção de prejudicá-lo, um confronto com resultado negativo entre o DNA coletado na vítima e o do suspeito, invariavelmente, deverá resultar em absolvição. (Grifou-se).

Neste sentido, decidiu o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª região (BRASIL, 2017):

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. MANUTENÇÃO. ALTERAÇÃO DO QUADRO FÁTICO. COGNIÇÃO EXAURIENTE NA VIA DE HABEAS CORPUS. DESCABIMENTO. ADITAMENTO À DENÚNCIA. **AUSÊNCIA DE NULIDADE. PERFIL GENÉTICO. ARTIGOS 3º, IV, E 5º, PAR. ÚNICO, DA LEI 12.037/09. REDAÇÃO DADA PELA LEI 12.654/2012.** 1. Conquanto tenha havido alteração no quadro fático que dera suporte à prisão preventiva inicialmente decretada e já examinada por esta Turma e pelo Superior Tribunal de Justiça, a prova produzida durante a instrução autoriza seja mantida a prisão imposta ao ora impetrante. 2. "Não cabe, em sede habeas corpus, proceder ao exame da veracidade do suporte probatório que embasou o decreto de prisão preventiva. Isso porque, além de demandar o reexame de fatos, é suficiente para o juízo cautelar a verossimilhança das alegações, e não o juízo de certeza, próprio da sentença condenatória." (STF, RHC 123812, Relator Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 23-9-2014). 3. Uma vez observado o artigo 41 do Código de Processo Penal, não há falar em nulidade do aditamento à denúncia, a qual poderia vir a ocorrer, por exemplo, na hipótese de não ser oportunamente facultada à defesa a formulação de teses voltadas à contraposição

dos fatos novos, hipótese não configurada na espécie. 4. Nos termos do artigo 3º da Lei 12.037/09, mesmo tendo sido apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando esta 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. (inciso IV). 5. **Na polissemia do termo "identificação", contido na segunda parte do artigo 3º da Lei 12.037/2009, inclui-se o estabelecimento de identidade genética do material coletado na cena do crime e dos acusados e suspeitos sobre os quais recaiam fundadas suspeitas da participação no delito em apuração, sendo que a garantia que se atribui aos suspeitos, em casos tais, é o controle e a fundamentação judicial acerca dos elementos de convicção quanto à ligação do suspeito aos fatos, a chamada cláusula provável, a autorizar a coleta de material genético, espécie probatória do gênero "busca e apreensão", devendo ser indicadas as fundadas razões que justifiquem a medida, nos termos em que se dá a busca pessoal ou domiciliar** (Código de Processo Penal, art. 240). 6. Embora a matéria relativa ao parágrafo único do artigo 5º da Lei 12.037/09 (identificação criminal mediante a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético) esteja aguardando posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu repercussão geral no Recurso Extraordinário 973.837/MG, **não há falar em nulidade da decisão do juízo singular que, fundamentadamente, tenha determinado a coleta do material biológico do paciente em atenção a requerimento do Ministério Público Federal efetuado ainda nos autos inquérito, porque presentes os requisitos legais necessários para a autorização da tal procedimento, não havendo falar em ilegalidade na medida.** (TRF-4 - HC: 50140968720174040000 5014096-87.2017.404.0000, Relator: MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, Data de Julgamento: 23/05/2017, SÉTIMA TURMA). (Grifou-se).

Mister a menção que, atendendo o interesse social na segurança, consolidado no artigo 6º, da Carta Magna (BRASIL, 1988), aqui clamando pelo significado de segurança pública (SILVA, 2003), que, exercida pelas instituições aludidas no artigo 144 do mesmo diploma (BRASIL, 1988), dentre as quais, a Polícia Civil e Polícia Federal, nos encargos de Polícia Judiciária (SILVA, 2003), o Decreto 8.668 de 2016 consolida como competência da Secretaria Nacional de Segurança Pública “estimular e fomentar a modernização e o reaparelhamento dos órgãos de segurança pública” e ainda, “implementar, manter e modernizar redes de integração e sistemas nacionais de informações de segurança pública;”(BRASIL, 2016), de forma que, a inclusão de uma Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos, a ser utilizado em sede de investigação criminal preliminar, nada mais é que o implemento de um sistema moderno já utilizado em outros países, que poderá auxiliar na prevenção de erros judiciários (SCRIBONI, 2012).

Ainda, ressalta-se que, sob a ótica da ponderação entre interesses individuais e interesses públicos, como solução à controvérsia trazida pela Lei 12.654, de 2012 (BRASIL, 2012) foi exarada a seguinte decisão pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (BRASIL, 2015):

AGRAVO EM EXECUÇÃO - DIREITO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO - LIMITES - DECISÃO DE RETRATAÇÃO EM CONFORMIDADE COM A LEI 12.654/12 - RESPEITO AO ART. 5º, INCISO LVIII DO CF - RECURSO IMPROVIDO. 1. Não há de se falar em desrespeito ao inciso LVIII do art. 5º da

Constituição Federal quando a decisão proferida pelo Magistrado Primevo se deu com base em hipótese prevista em lei. 2. **Existem limites até mesmo para os princípios constitucionais, quando estes se encontram em colisão com outras garantias constitucionais. Neste sentido, o princípio constitucional da não auto-incriminação pode ser flexibilizado frente à garantia da segurança pública e individual, também previstas constitucionalmente.** 3. Negado provimento ao recurso. (TJ-MG - AGEPN: 10024057930505001 MG, Relator: Kárin Emmerich, Data de Julgamento: 07/07/2015, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 17/07/2015). (Grifou-se).

Lopes Jr., anteriormente à Resolução 3 (três) de 2014 (BRASIL, 2014), que dispôs que a coleta não será feita diante da recusa do indivíduo, mostrava-se contrário à aplicação da Lei 12.654 e 2012 (BRASIL, 2012), em razão da possível supressão ao direito de não de autoincriminar, no entanto, ante as novas disposições trazidas pela referida Resolução (BRASIL, 2014) passou a dispor que (2017, p. 434):

Sustentamos (a contragosto), até edições passadas, a possibilidade de extração compulsória (sem consentimento) do material genético do suspeito, não só pela redação da Lei n. 12.654, mas pelo fato de que a tradição inquisitorial brasileira, **somada à ausência de uma regulação mais aprofundada da matéria**, conduzia a tal interpretação. Contudo, **o cenário mudou com a Resolução 3, de 26 de março de 2014**, do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, que trata do “procedimento unificado” para a coleta do material genético a informar o banco nacional de perfis genéticos. Tal resolução determina que está proibida a coleta de sangue como técnica a ser empregada (art. 2o, § 2o) e, **principalmente, que, havendo recusa, será consignada em documento próprio e informada a autoridade judiciária.** (Grifou-se).

Em vista dos diversos posicionamentos acerca da constitucionalidade da Lei 12.654 de 2012 (BRASIL, 2012), também sob a ótica dos princípios processuais penais e expostos os recentes entendimentos jurisprudências acerca da questão, passa-se à conclusão do presente tema.

5 CONCLUSÃO

Evidentes são os avanços trazidos pela genética forense no que toca a investigação de delitos que deixam vestígios, na identificação humana e, inclusive, na identificação de pessoas desaparecidas.

O advento da Lei 12.654, de 2012, trazendo inovação, referente à instituição da Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos, prevendo a coleta de perfil genético em âmbito de investigação preliminar e em sede de execução penal, de forma compulsória, seguiu no mesmo viés dos mecanismos utilizados no estrangeiro, principalmente em sede de investigação criminal, com destaque à instituição do Sistema CODIS (*Cobinated DNA Index System* ou Sistema Combinado de Índices de ADN) nos Estados Unidos da América, tendo em vista a eficiência que apresenta a seus fins.

Contudo, o advento da Lei 12.654, de 2012, gerou embates doutrinários acerca de possíveis lesões aos direitos da personalidade, como o direito à inviolabilidade da intimidade, à não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*) e à presunção de inocência.

O Supremo Tribunal Federal, por seu Relator, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em sede de Recurso Extraordinário (RE 973837), reconheceu a repercussão geral da matéria por unanimidade, ante a arguição de inconstitucionalidade da Lei em estudo, ainda não proferida decisão a respeito.

Levantou-se no presente trabalho que o método de coleta do perfil genético, seja do investigado, quanto do apenado, far-se-á por método adequado e indolor, vedando-se que se revelem, a partir do perfil genético obtido, traços somáticos e comportamentais e, ainda, prevendo a responsabilidade civil, penal e administrativa àquele que permitir ou promover uso diverso do material coletado senão àquele previsto em Lei ou em decisão judicial.

O direito de recusa, mesmo que não previsto expressamente na redação da Lei em estudo, se exercido, não acarretará em qualquer sanção prevista no âmbito penal.

Importa a menção de que a Lei em estudo não fere os requisitos da legalidade ou reserva legal (abordado, neste trabalho, em conjunto ao princípio da legalidade) visto que a própria Constituição Federal de 1988 abre a normatização da identificação criminal do civilmente identificado à legislação infraconstitucional, de forma que advento da Lei 12.654, de 2012, inserindo nova modalidade de identificação criminal, esta regulada pela Lei 12.037, de 2009, e sua aplicação aos fatos a ela posteriores é compatível com a determinação constitucional.

Ainda que a coleta de perfil genético adentre a esfera íntima do indivíduo, e, *a priori*, não possua previsão expressa de exclusão deste material do Banco de Perfis Genéticos em relação ao apenado, há, porém, a possibilidade de aplicação de analogia *in bonam partem* ante à lacuna legislativa para solucionar a questão, como demonstrado no desenvolvimento deste trabalho.

No que toca ao direito à intimidade, esse pode restar relativizado diante da ponderação necessária à determinação da medida trazida com o advento da Lei 12.654, de 2012. Observa-se certa cautela do legislador em determinar o sigilo absoluto dos materiais genéticos coletados e armazenados no banco de perfis genéticos, bem como ao vedar que, na análise do perfil, de forma tão profunda, que seja aludido qualquer traço somático ou comportamental, de forma a afastar a possibilidade da discriminação do indivíduo ou eventual criação de um estereótipo físico ou psicológico-comportamental de criminoso.

Como exposto no presente trabalho monográfico, o alto grau de individualização, apesar de possuir caráter probatório de grande valia à persecução criminal, quando posto sob a ótica do princípio processual penal da busca da verdade real, não pode ser elencado, sozinho, como prova inconteste de culpabilidade, tendo em vista a instituição da finalidade pela Lei 12.654, de 2012, às investigações policiais, de forma que deve ser apreciado conjuntamente a todo o contexto probatório formado em sede de instrução criminal, em consonância com os princípios processuais penais do livre convencimento motivado e livre apreciação das provas.

Assim, a comparação de DNA, que conclua pela não correlação dos perfis genéticos comparados poderá inocentar o indivíduo, não podendo o contrário ocorrer, ou seja, considerar-se o DNA, em sede indiciária, como prova cabal que resulte, por si só, em condenação sem que reste ferido o devido processo legal e os princípios que desse se desdobram, como a ampla defesa e o contraditório, a presunção de inocência, bem como o princípio do livre convencimento motivado e livre apreciação das provas.

Haja vista que, de acordo com o previsto na Resolução emitida pelo Comitê Gestor da Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos, no uso de suas atribuições, que, no caso de recusa, não se procederá com a coleta do material genético - destarte, afastando a possibilidade de empregar-se qualquer tipo de coação física para tal - afasta-se a arguição de violação ao direito a não produzir prova contra si mesmo, que não deverá servir como retrocesso à persecução criminal, razão pela qual se conclui pela constitucionalidade da Lei 12.654 de 2012, que visa trazer eficácia à persecução penal, bem como sua adequação aos princípios norteadores do Processo Penal brasileiro, ponderando-se os possíveis conflitos dos interesses em questão, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, em razão dos

benefícios que poderão ser auferidos diante de uma investigação criminal pré-processual que conte com aparatos modernos a fim de lhe fornecer maior praticidade e eficácia.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **Garantia de Não Autoincriminação – Extensão e Limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 47.

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. **Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira**. Ibccrim: São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/52-ARTIGO_ARANTES_FILHO_2010>. Acesso em: 23 jun. 2017.

BARROS, Marco Antônio de. **DNA e sua utilização como prova no Processo Penal**. São Paulo: 2007. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos_2008/Marco_Antonio_de_Barr os_2.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2017.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. Tradução de: Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983. P. 15-16

BECK, Rafael Francis; RITTER, Ruiz. **A Coleta de Perfil Genético no âmbito da Lei n. 12.654 de 2012 e o direito à não autoincriminação: uma necessária análise**. Revista AJURIS: Porto Alegre, 2015. V. 42. N. 137. Março de 2015. Disponível em: <www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/387/321 > Acesso em: 22 de jun. 2017.

BONACCORSO, Norma Sueli. **Aplicação do exame de DNH na elucidação de crimes**. São Paulo: 2005. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiji6ya69TUAhXDf5AKHbdqD6gQFgg0MAA&url=http%3A%2F%2Fwww.teses.usp.br%2Fteses%2Fdisponiveis%2F2%2F2136%2Ftde-15092010-145947%2Fpublico%2FDISSERTACAO_MESTRADO_NORMA_BONACCORSO.pdf&usg=AFQjCNFCwGS4kWPri3eII6tCwuBxY01HA>. Acesso em: 23 jun. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563-564.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed., São Paulo. Malheiros 2002. P.395.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília: 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília: 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992a. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação**. Brasília: 1992a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 23 jun. 2017.

_____. Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Brasília: 1992b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 23 jun. 17.

_____. Decreto nº 8.668, de 11 de fevereiro de 2016. **Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Justiça, remaneja cargos em comissão, aloca funções de confiança e dispõe sobre cargos em comissão e Funções Comissionadas Técnicas mantidos temporariamente na Defensoria Pública da União**. Brasília: 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm>

_____. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. **Define o crime de tortura e dá outras providências**. Brasília: 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017

_____. Lei nº 12.037 de 1º de outubro de 2009. **Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal**. Brasília: 2009a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017

_____. Lei nº 12.654 de 28 de maio de 2012. **Altera as Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências**. Brasília: 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. Lei nº 13.260 de 16 de março de 2016. **Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatória e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Brasília: 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. Lei nº 13.343 de 26 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências**.

.Brasília: 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. Ministério da Justiça. **Banco de perfis genéticos reúne mais de 2.500 amostras**. Portal Brasil: Brasília, 2015a. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/banco-de-perfis-geneticos-reune-mais-de-2-500-amostras>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. Portaria nº 1.821, de 13 de outubro de 2006. **Regimento Interno da Secretaria Nacional de Segurança Pública – SENASP**. Brasília: 2006. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/Acesso/anexos-institucional/ri-secretaria-nacional-de-seguranca-publica-senasp.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

_____. Projeto de Lei 93 de 2011. **Estabelece a identificação genética para os condenados por crime praticado com violência contra a pessoa ou considerado hediondo**. Sen. Ciro Nogueira. Brasília: 2011. Disponível em: <legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/87674.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 111567**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília: 2014a. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24980126/habeas-corpus-hc-111567-am-stf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 71373-4. Relator: Min. Francisco Rezek. Brasília: 1994. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747033/habeas-corpus-hc-71373-rs>>

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 14**. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. DJe: Brasília, 2009b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso de Habeas Corpus nº 76.344**. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília: 2016a. https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroeor/?num_registro=201602521431&dt_publicacao=22/11/2016

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Recurso Criminal n. 2014.041665-3**. Relator: Des. Ernani Guetten de Almeida. São Bento do Sul: 2014b. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=recurso%20em%20sentido%20estrito%20homic%EDdio%20qualificado%20ind%EDcios%20suficientes%20de%20autoria%20material%20gen%20E9tico&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAI1f3AAE&categoria=acordao>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 2013.063683-6**. Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas. Abelardo Luz: 2014c. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=apela%20E7%E3o%20criminal%20sangue%](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=apela%20E7%E3o%20criminal%20sangue%20)

20v%EDtima%20tenis%20apelante%20&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAGi56 AAX&categoria=acordao>.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Recurso Criminal n. 2014.011046-9**. Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann. Itapema: 2014d. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=bituca%20de%20cigarro&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAGie1AAN&categoria=acordao>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Criminal n. APR 20120910049717 DF 0004867-23.2012.8.07.0009**. Relator: Souza e Ávila. DF: 2013. <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23901882/apelacao-criminal-apr-20120910049717-df-0004867-2320128070009-tjdf>

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Recurso de Agravo: RAG 20150020268833**. Relator: Souza e Ávila. DF: 2015b. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/268404442/recurso-de-agravo-rag-20150020268833>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo em Execução Penal: AGEPN: 10024057930505001**. Relator: Kárin Emmerich. Minas Gerais: 2015c. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/209967725/agravo-em-execucao-penal-agepn-10024057930505001-mg/inteiro-teor-209967866>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal 4ª Região. **Agravo em Execução Penal: EP 50634240620154047000 PR 5063424-06.2015.404.7000**. Relator: Leandro Paulsen. Porto Alegre: 2016b. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/359482628/agravo-de-execucao-penal-ep-50634240620154047000-pr-5063424-0620154047000>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal 4ª Região. **Habeas Corpus: HC 50140968720174040000 5014096-87.2017.404.0000**. Relator: Márcio Antônio Rocha. Porto Alegre: 2017. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/463972489/habeas-corpus-hc-50140968720174040000-5014096-8720174040000>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. Apresentação Marçal Justen Filho, Prefácio Luis Roberto Barroso, RJ. Ed. Renovar, 1999

CALLEGARI, André Luís, et al. **DNA e investigação criminal no Brasil**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

CALÇADO, Débora Helena Ferreira. **Princípio do *nemotenetur se detegere* e suas decorrências como meio de prova no Processo Penal**. 69 f. Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/24055/24055.PDF>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4ª edição editora Coimbra Almedina, ano 2000. p. 482.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. V. 1.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**, 24ª edição., 24 edição. Editora Saraiva: São Paulo, 2017. [Minha Biblioteca]. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547217273>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton.. **Manual de Medicina Legal**. 8ª edição.

Saraiva: São Paulo, 2011. [Minha Biblioteca]. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502149533/cfi/0>>. Acesso em: 21 jun. 2017. Acesso restrito.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELLINO, Marcelo. **Constituição federal para concursos**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 93.

CUNHA, Rogério Sanchez. **Lei 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade (?)**. São Paulo: 2012. Disponível

em: <<https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814909/lei-12654-12-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional: Versão Compacta**, 10ª edição. Atlas: São Paulo, 2015. [Minha Biblioteca]. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522496150>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

FELLER, Marcelo. **Banco de DNA: O Brasil está preparado?** Revista Consultor Jurídico, 9 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-09/marcelo-feller-banco-dna-condenados-brasil-preparado>>. Acesso em: 21 jun. 17.

FERREIRA, Érica. **Provas invasivas e não invasivas no processo penal brasileiro**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 2009. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/EricaFerreira.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2017.

FIGUEREDO, André Luiz dos Santos; PARADELA, Eduardo Ribeiro. **Tipagens por DNA: Os testes são 99,99% confiáveis?** Rio de Janeiro, 2006. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1234>. Acesso em: 21 jun. 2017.

FRAGA, Renata Jardim. **A necessidade do consentimento na produção de provas que implicam intervenção corporal no acusado**. 28 f. Trabalho de Conclusão de Curso

(Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. Disponível em:

<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/renata_fraga.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2017.

FRANÇA, de, G. V. **Medicina Legal**. 10ª edição. Rio de Janeiro: 2015. [Minha Biblioteca].

Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-277-2739-6/>>.

Acesso em: 21 jun. 2017. Acesso restrito.

GIACOMOLLI, Nereu José. O Devido Processo Penal, 3ª edição. Atlas: São Paulo, 2016. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/cfi/6/44!/4/66/2@0:100>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José, P.8-9 , Reformas do Processo Penal – Considerações Críticas, 2008, editora Lumen Juris, Rio de Janeiro.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Amintas Vidal. **Manual do Delegado**. 9ª ed. São Paulo: Método, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. São Paulo: 2010. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100126104817603>. Acesso em: 23 jun. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **As nulidades no processo penal**. 7. Ed. São Paulo: RT, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. Brasília: Revista do Conselho Nacional de Polícia Criminal e Penitenciária, 2005.

LIMA, Alberto Jorge C. Barros. **Direito Penal Constitucional**: A imposição dos princípios constitucionais penais, 1ª edição. Saraiva, 01/2012. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502146426/cfi/17>>. Acesso em: 21 jun. 2017. Acesso restrito.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. V. único. 4ª ed. rev. ampl. atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. Disponível em: <http://sta.pro.br/livros/19%20-%20LIMA_Renato_Brasileiro_Manual_Direito_Processual_Penal_2016.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2017

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13ª edição. Saraiva, 12/2015. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547201241/cfi/0>>. Acesso em: 21 jun. 2017. Acesso restrito.

_____. **Direito processual penal**. 14ª edição., 14th edição. Editora Saraiva: São Paulo, 2017. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216849>>. Acesso em: 23 jun. 2017. Acesso restrito.

_____. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ª Edição. Saraiva: São Paulo: 05/2014. [Minha Biblioteca]. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502225992>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

_____. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. V.1.

_____. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4.ed. rev.e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação Criminal pelo DNA**. Unesp.Franca/SP: 2012. Disponível em:

<http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf>. Acesso em 22 jun. 2017.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **O princípio do *nemo tenetur se detegere* e a prova no Processo Penal**. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 62-83. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.2_2007_62-83/66>. Acesso em 21 jun. 2017.

MARTIN, Miguel Ângelo. Análise da Lei 12.654/12 (identificação genética): Uma abordagem a favor da identificação genética do réu. Vitória: 2015. Disponível em: <<https://miguelmartin.jusbrasil.com.br/artigos/173947664/analise-da-lei-12654-12-uma-abordagem-a-favor-da-identificacao-genetica-do-reu>> Acesso em: 22 jun. 2017

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prova criminal: retrospectiva histórica, modalidades, valoração, incluindo comentários sobre a lei 9.296/96**. Curitiba: Juruá, 1996. p. 40-41.

MANZANO, Luís Fernando Moraes. **Curso de processo penal**, 3ª edição. Atlas, São Paulo, 03/2013. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522476923/cfi/3!/4/4@0.00:63.4>>. Acesso em: 21 jun. 2017. Acesso restrito.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 11ª edição. Editora Saraiva: São Paulo, 2016. [Minha Biblioteca].

MENDRONI, Marcelo Batlouni . **Provas no Processo Penal: Estudo sobre a Valoração das Provas Penais**, 2ª edição. Atlas, São Paulo 07/2015. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000542/cfi/3!/4/4@0.00:63.4>>. Acesso em: 21 jun. 2017. Acesso restrito.

MORAES, Guilherme de. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª edição. Atlas, São Paulo, 03/2017. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011678/cfi/6/10!/4/2/4/2@0:0>>. Acesso em: 21 jun. 2017. Acesso restrito.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de Processo Penal: Curso Completo**. Manole Ltda: São Paulo, 2010. Disponível em: <http://unisul.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788520428399/pages/_7>. Acesso em: 23 jun. 2017.

MOTTA, Alexandre de M. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: o que é importante saber para elaborar a monografia jurídica e o artigo científico. Tubarão: Copiart, 2012.

NICOLITT, André. WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções Corporais no Processo penal e a nova identificação criminal**. 2ª edição revista ampliada e atualizada, Revista dos Tribunais, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. Volume Único, 9ª edição. Método, São Paulo, 02/2014. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5496-3/cfi/6/34!/4/2/4/2/2@0:0>>. Acesso em: 21 jun. 2017. Acesso restrito. Não encontrei na monografia.

NUCCI, Guilherme Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas** - 5ª edição - São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, pg. 691.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14ª edição. Forense, Rio de Janeiro 01/2017. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530974848/recent>>. Acesso em: 21 jun. 2017. Acesso restrito.

_____. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4ª edição. Forense, Rio de Janeiro, 03/2015. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6296-8/cfi/6/2!/4/2/2@0:0>>. Acesso em: 21 jun. 2017. Acesso restrito.

UNITED STATES. FBI. **Combined DNA Index System (CODIS)**. 2017. Disponível em: <<https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis>>. Acesso em: 21 jun. 2017. Traduziu-se.

UNITED STATES. FBI. **CODIS – NDIS Statistics**. 2013. Disponível em: <<https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/ndis-statistics>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

OLIVEIRA, Talles Henrique Gonçalves de; SANTOS, Neusa Fernandes dos; BELTRAMINI, Leila Maria. **O DNA: uma sinopse histórica**. Revista brasileira de ensino de bioquímica e biologia molecular. São Paulo: 2014. Disponível em: <<http://bioquimica.org.br/revista/ojs/index.php/REB/article/view/13/11>>

OLIVEIRA, Eugênio de. **Curso de Processo Penal**, 20ª edição. Atlas, São Paulo, 04/2016. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006377/cfi/6/10!/4@0:0>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

PENA, Sérgio D. J. **Segurança pública: determinação de identidade genética pelo DNA**. Minas Gerais: 2005. Disponível em:

<http://www.laboratoriogene.info/Cientificos/Seguranca_Publica.pdf p.2>. Acesso em: 23 jun. 2017.

PITOMBO, S. M. M. **Identificação processual penal e a constituição de 1988**. Revista dos Tribunais [S.l.], v. 77, n. 635, p. 173-83, 1988.

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

_____. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10ª edição. Atlas, São Paulo, 05/2013. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522490219/cfi/202>>. Acesso em: 21 jun. 2017. Acesso restrito.

SCARLET, Ingo et al. Curso de direito constitucional, 4ª edição. Saraiva, São Paulo 7/2015. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502634930/recent>>. Acesso em: 21 jun. 2017. Acesso restrito.

SCRIBONI, Marília. **Constitucionalidade de banco de DNA gera discussão**. 6 de maior de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-06/criminalistas-divergem-constitucionalidade-banco-dna>>. Acesso em: 21 de jun. 2017.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 23ª edição, 2004, Malheiros Editores, São Paulo.

SILVA, Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. V. 3.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 6ª Edição. Saraiva, São Paulo 05/2012. [Minha Biblioteca]. P.79. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502177062/cfi/0>>. Acesso em: 21 jun. 2017. Acesso restrito.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional – pós reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. SILVA, Willian. Manual de processo penal constitucional – pós reforma de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 30

STUDART, Ana Paula Didier. **A natureza jurídica do direito à intimidade**. Salvador: 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1911/1449>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

STUMM, Raquel Denise. **Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p.85.

TUCCI, Rogério Lauria. **Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1978.

ANEXOS

ANEXO A – LEI Nº 12.037/2009**LEI Nº 12.037, DE 1º DE OUTUBRO DE 2009.**

Constituição Federal, art. 5º, inciso LVIII

Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal.

O VICE – PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício do cargo de **PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nos casos previstos nesta Lei.

Art. 2º A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos:

I – carteira de identidade;

II – carteira de trabalho;

III – carteira profissional;

IV – passaporte;

V – carteira de identificação funcional;

VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado.

Parágrafo único. Para as finalidades desta Lei, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares.

Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

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.

Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.

Art. 4º Quando houver necessidade de identificação criminal, a autoridade encarregada tomará as providências necessárias para evitar o constrangimento do identificado.

Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

Art. 6º É vedado mencionar a identificação criminal do indiciado em atestados de antecedentes ou em informações não destinadas ao juízo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Art. 7º No caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, ou absolvição, é facultado ao indiciado ou ao réu, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil.

Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

Art. 7º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 9º Revoga-se a Lei nº 10.054, de 7 de dezembro de 2000.

Brasília, 1º de outubro de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

ANEXO B – LEI Nº 12.654/2012

LEI Nº 12.654, DE 28 DE MAIO DE 2012.

Vigência

Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 5º da Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 5º

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.” (NR)

Art. 2º A Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

“Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.”

“Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.”

“Art. 7º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.”

Art. 3º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 9º-A:

“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.

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.”

Art. 4º Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias da data de sua publicação.

Brasília, 28 de maio de 2012; 191º da Independência e 124º da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Luiz Inácio Lucena Adams