

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

ANDRÉA FLORES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Andréa Flores; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-488-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Em uma tarde de sexta-feira do outono brasileiro, o Grupo de Trabalho no âmbito do qual foram apresentados os textos reuniu-se, virtualmente, a fim de debater temas contemporâneos e que desafiam a dogmática penal e processual penal.

Presentes juristas e acadêmicos de todo o país, foram apresentados, abordados e discutidos assuntos ecléticos, de repercussão nacional e internacional, e que versam, sob a ótica do direito material, desde a aplicação de medidas de segurança para fatos alheios à matéria penal até a criminalidade empresarial. No âmbito do direito processual penal, desde o rito do júri até o instituto do Acordo de não Persecução Penal.

Cada um dos temas será apresentado doravante, a fim de que, como sói ocorrer com os Anais de Encontros e Congressos do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, possam servir de importante fonte de consulta para acadêmicos e profissionais do Direito. Afinal, as publicações do CONPEDI e, em especial, as do GT de Direito Penal, Processual Penal e Constituição I transformaram-se em manancial indispensável de informações críticas e atuais do atual cenário jurídico do país no tocante às ciências penais.

Os leitores perceberão, com a leitura dos textos, o engajamento e comprometimento dos autores com a transformação social e com a aproximação cada vez mais desejada do direito e do processo penal com a Constituição Federal de 1988.

São os seguintes os temas que compõem o presente livro:

O primeiro bloco reuniu trabalhos sobre: “A Composição dos Conselhos de Justiça Militar e a Democracia” que trouxe como conclusão o caráter democrático dos Conselhos da Justiça Militar tendo em vista a sua composição mista, formada por juízes militares e civis, garantindo-lhe maior legitimidade às decisões; “A hiperexposição pessoal e o direito ao esquecimento e à intimidade” trazendo como conclusão que a sociedade da informação atual trouxe mudanças quanto ao direito à privacidade, incluindo o direito ao esquecimento e o direito à intimidade; “A identificação genética como prova no processo penal: os limites decorrentes da garantia contra a autoincriminação” concluindo que a lei deve ser alterada a fim de que se crie um banco de dados com a identificação genética de todas as pessoas e não somente daqueles que já praticaram crimes; “A omissão penalmente

relevante e a função de garante do compliance officer ambiental” onde se concluiu que o compliance officer embora exerça a função de garante quanto à responsabilização pela omissão imprópria deve ter tal responsabilização restringida pelo conceito de ação e pela teoria da imputação objetiva; “A prática da pedofilia: Estatuto da Criança e do Adolescente, crimes virtuais e à dignidade humana” que mostrou a relevância e necessidade de se combater a pedofilia virtual; “Apontamentos sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra a ordem tributária” defendendo a responsabilização dos entes jurídicos e a previsão de novas formas de sanção; “Pichação e crime: uma interpretação crítico-sociológica” sugerindo uma nova abordagem às ações dos pichadores, em especial, quando não envolvam dano a particulares.

Após as ponderações feitas nesse primeiro bloco, seguiu-se para a apresentação de outros, distintos e interessantes trabalhos. As variadas temáticas demonstram, com afinco, a grande das produções científicas no campo do Direito pelo Brasil. Destaque para os artigos sobre a aplicação da insignificância nos tribunais superiores; sobre os programas de integridade nas corporações e os fundamentos do direito penal econômico; sobre a maternidade no cárcere; sobre o Tribunal do Júri, a decisão de pronúncia e a garantia da motivação das decisões judiciais; e sobre a tutela dos interesses difusos à luz do Direito Penal, Direito Administrativo Sancionador e Direito de Intervenção.

Decerto, aqui estão as publicações que imprimirão vida a tantas pesquisas vocacionadas a pensar, instigar e redimensionar conceitos, práticas e mentalidades! Que esses anais sejam lidos, refletidos e iluminem o campo do Direito!

Avante!

**A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA COMO PROVA NO PROCESSO PENAL: OS
LIMITES DECORRENTES DA GARANTIA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO**
**GENETIC IDENTIFICATION AS EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURE: THE
LIMITS ARISING FROM THE GUARANTEE AGAINST SELF-INCRIMINATION**

Leandro Reis de Souza

Resumo

O artigo trata da possibilidade da identificação criminal genética do acusado, diante dos limites decorrentes da garantia contra a autoincriminação, ser utilizada como prova lícita. Verificou-se as seguintes hipóteses para obtenção do perfil genético: coleta não autorizada, coleta nos objetos dispensados ou utilizados nos atos de polícia judiciária e utilização dos perfis armazenados no banco de dados genético. Examinou-se a prova, a verdade processual e a identificação criminal. Os limites probatórios foram contextualizados através da garantia contra a autoincriminação e do princípio da proporcionalidade. Ao fim, utilizando método lógico-dedutivo, foi demonstrado que as hipóteses configuram uma prova lícita.

Palavras-chave: Banco de dados genético, Identificação criminal genética, Garantia contra a autoincriminação, Prova no processo penal, Princípio da proporcionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The article deals with the possibility of the genetic criminal identification of the accused, given the limits arising from the guarantee against self-incrimination, to be used as lawful evidence. The following hypotheses were verified to obtain the genetic profile: unauthorized collection, collection of objects dispensed or used in judicial police acts and use of profiles stored in the database. The evidence, procedural truth and criminal identification were examined. The evidentiary limits were contextualized through the guarantee against self-incrimination and the principle of proportionality. In the end, using the logical-deductive method, it was demonstrated that the hypotheses constitute a licit proof.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Genetic database, Genetic criminal identification, Guarantee against self-incrimination, Evidence in criminal proceedings, Principle of proportionality

1 INTRODUÇÃO

A reconstrução dos fatos investigados ocorre, de acordo com as regras legais que disciplinam a investigação e o devido processo legal, através da materialização da prova. O direito dispõe de diversos meios de prova para chegar à verdade processual, dentre eles, a prova documental, a prova testemunhal, o reconhecimento de pessoas ou coisas e, em especial, a prova pericial.

O convencimento do juiz é baseado na verdade do processo, que, por sua vez, devido o processo ser um instrumento falível, pode não corresponder à verdade dos fatos. Por esta razão, a produção de provas não está restrita a acusação. A defesa tem grande interesse em comprovar suas teses defensivas, não devendo ficar inerte baseada unicamente no princípio da presunção da inocência.

O avanço da ciência e as alterações ocorridas na lei de identificação criminal aprimoraram as técnicas de investigação. Com o advento da Lei 12.654/12, o perfil genético passou a ser considerado uma das formas possíveis de identificação criminal. A individualização da conduta certa e determinada da infração penal evita o erro judiciário. Em outras palavras, impede que o inocente reste processado, condenado e punido no lugar do culpado.

A admissão e a produção dos meios de provas possuem limites legais impostos pelo ordenamento jurídico que vedam a busca ilimitada da verdade, entre eles, a proibição da utilização de provas produzidas com violação a garantia contra a autoincriminação. Tal garantia, que abrange todos os atos processuais, atua na tutela da integridade física do réu, servindo de obstáculo ao arbítrio estatal na busca incondicional à verdade processual.

A persecução penal, por outro lado, não pode ser inviabilizada pelo reconhecimento ilimitado da garantia contra a autoincriminação. Isso não resulta na colaboração inarredável do acusado em busca de uma verdade baseada no combate a criminalidade, mas a possibilidade desta garantia *prima facie*, através do princípio da proporcionalidade, ser afetada no caso concreto.

Nesse contexto, será abordada a possibilidade da identificação criminal genética do acusado, diante dos limites decorrentes da garantia contra a autoincriminação, ser utilizada como prova lícita no processo penal. Para tanto, através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, utilizando o método lógico-dedutivo, serão verificadas as seguintes hipóteses: a coleta não autorizada do perfil genético do acusado, a coleta dos materiais genéticos encontrados nos objetos dispensados ou utilizados pelo acusado nos atos de polícia judiciária e a utilização dos perfis genéticos armazenados no banco de dados genético – CODIS.

2 A PROVA NO PROCESSO PENAL

A verdade processual sempre será uma verdade reconstruída, independente dos métodos utilizados para a comprovação dos fatos alegados em juízo, estando relacionado ao grau de contribuição das partes e da determinação da certeza do juiz. (PACELLI, 2014, p. 334). A busca da verdade não é o fim último do processo penal, sua busca não pode se dar a partir de uma premissa de que os fins justificam os meios, mas sim para a correta aplicação da lei penal. (BADARÓ, 2017, p. 389).

A construção da verdade processual, após transitar em julgado a decisão final, produz a certeza jurídica, que poderá, ou não, corresponder à verdade dos fatos, mas irá estabilizar a controvérsia objeto da jurisdição penal, incidindo, assim, todas as consequências legais e constitucionais. (PACELLI, 2014, p. 328). A decisão judicial não é, necessariamente, a revelação da verdade, mas a escolha dos significados que parecem válidos ao juiz; tendo como resultado final seu convencimento, construído nos limites do contraditório e do devido processo legal. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

Com efeito, a prova se coloca como um mecanismo que permite a escolha racional entre as diversas hipóteses sobre os fatos debatidos no processo. Partindo-se da premissa de que é possível a reconstrução dos fatos, ainda que esta não reflita uma verdade absoluta, a prova assume a função de um instrumento para fundamentar a escolha pela versão dos fatos que possa se definir como verdadeira. (BADARÓ, 2003, p. 161-162).

A produção de provas não está restrita a acusação, a defesa também tem interesse em comprovar suas teses defensivas, apontando falhas do órgão acusatório, desfazendo provas contrárias ao interesse defensivo, levantando contradições em depoimentos, perícias e acareações, apresentando documentos e valendo-se de todos os meios lícitos para a demonstração cabal da sua inocência. A carência de provas para sustentar a tese acusatória, por outro lado, pode resultar numa decisão favorável ao réu, baseado no princípio da presunção de inocência. (NUCCI, 2015, n.p.).

3 A IMPORTÂNCIA DA PERÍCIA GENÉTICA NA CONSTITUIÇÃO DA PROVA

A perícia não configura a materialidade do delito, constitui, na verdade, uma porção do tipo penal, esclarecendo aspectos relacionados à sua autoria. As provas periciais, inclusive as provas genéticas, serão sempre provas relativas, não existindo valor decisivo ou necessariamente de maior prestígio que as outras. Caso contrário, o juiz poderia ser substituído

pelo perito, transformando o julgador num mero homologador de laudos e perícias. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

Nos últimos anos ocorreu grande avanço nas técnicas para mapear e sequenciar o genoma humano, possibilitando, assim, a tipagem do DNA e a consequente identificação de pessoas. (MEDEIROS, 2009, p. 7). O desenvolvimento das tecnologias sobre o genoma humano, no âmbito do processo penal, apresentam resultados positivos quanto à identificação de vítimas e de autorias delitivas. A integração dos conhecimentos disponibiliza formas de produção probatória essenciais para que o grau de certeza da decisão criminal resulte na redução do erro judicial. (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, n.p.).

3.1 A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL POR PERFIL GENÉTICO

A Constituição Federal, no inciso LVIII do artigo 5º,¹ inseriu, como direito individual, a inviabilidade de se proceder à identificação criminal da pessoa civilmente identificada, salvo nas hipóteses previstas em lei. (BRASIL, 1988). A Lei 12.037/09, que dispõe sobre a identificação criminal, trouxe no seu artigo 3º² as hipóteses de identificação criminal da pessoa civilmente identificada, que ocorrerá através de processo datiloscópico e fotográfico, conforme dispõe o artigo 5º do referido diploma legal.³ (BRASIL, 2009).

A Lei 12.654/12, por sua vez, incluiu a coleta de material genético como uma das formas possíveis de identificação criminal. (BRASIL, 2012). Na hipótese da identificação criminal ser essencial às investigações policiais, poderá, mediante autorização do juízo competente, ocorrer, também, a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético, conforme previsto no parágrafo único do artigo 5º da Lei 12.037/09.⁴ (BRASIL, 2009).

¹ Art. 5º. LVIII. o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei. (BRASIL, 1988).

² 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 (grifo nosso)**; 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. (BRASIL, 2009, grifo nosso).

³ 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. (BRASIL, 2009).

⁴ 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. (Incluído pela Lei n.º 12.654, de 2012). (BRASIL, 2009).

O requisito legal de ser essencial às investigações somente restará atendido quando o pedido estiver devidamente fundamentado, além de demonstrado, no caso concreto, a impossibilidade de obter a prova da autoria de outro modo, constituindo a coleta de material genético a *ultima ratio* do sistema. A coleta de material genético para fins probatórios, diferentemente dos condenados, pode ocorrer em virtude da investigação da prática de qualquer delito, não existindo um rol de crimes estabelecido para este fim. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

A Lei 7.210/84, que dispõe sobre a Lei de Execução Penal, traz no seu artigo 9º-A⁵ à extração de DNA de forma obrigatória para identificação do perfil genético dos condenados por crimes dolosos, com violência grave contra a pessoa, contra a vida, contra a liberdade sexual ou crime sexual contra vulnerável, quando do ingresso no estabelecimento prisional. (BRASIL, 1984). Nestas hipóteses, não se faz necessário autorização judicial, tendo como único requisito legal a natureza do crime objeto da condenação. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

Desse modo, a coleta de perfil genético possui duas finalidades: uma probatória, destinada a servir de prova num caso concreto; e outra de obrigação para os condenados nos crimes previstos no artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, destinada a alimentar o banco de dados de perfis genéticos. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

3.2 O DNA NO PROCESSO PENAL

O código genético de uma pessoa permite extrair com precisão sua identificação, uma vez que, com exceção dos gêmeos idênticos e univitelinos, cada indivíduo é geneticamente diferente do outro. A identificação genética do ser humano é estável, ou seja, sua individualidade biológica é permanente. Tal premissa permite afirmar que cada pessoa é representada de forma exclusiva através de seu DNA e na igualdade e invariabilidade deste em todas as células do organismo ao longo de sua vida. (RUIZ, 2016, n.p.).

O DNA, apesar de ser um vestígio biológico, é considerado pelos peritos forenses um dos exames periciais mais seguros e completos. Dentre algumas características importantes de serem destacadas está o fato do DNA manter-se em perfeitas condições mesmo sob efeito do calor de até 100º C. (MEDEIROS, 2009, p. 74). O DNA não é tão deteriorável como as marcas deixadas pelas digitais, que podem ser parciais ou não identificáveis, sendo objeto de análise até mesmo o corpo carbonizado ou mumificado. (RUIZ, 2016, n.p.).

⁵ Art. 9º-A O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional. (Redação dada pela Lei n.º 13.964, de 2019). (BRASIL, 1984).

O DNA mitocondrial, que também pode ser utilizado para a identificação de uma pessoa, é útil somente para comparações em linha de ascendência materna. (RUIZ, 2016, n.p.). É certo, também, que o DNA mitocondrial, apesar de estar sujeito, assim como os demais, a ação das enzimas, bactérias e fungos, é mais seguro e completo em caso de identificação por amostras degradadas. (MEDEIROS, 2009, p. 75).

A grande dificuldade encontrada na análise de vestígios biológicos trata-se da contaminação por mistura biológica de outras pessoas. A coleta de DNA deve ser realizada pelo menor número de pessoas, sendo necessário, dentre outros procedimentos, a utilização de um par de luvas para cada vestígio, o acondicionamento individual e em recipientes adequados, a redução do contato direto com as evidências e a não utilização de formol, fixador, reagente químico ou reveladores nocivos àquela substância armazenada. (MEDEIROS, 2009, p. 76).

Outro aspecto refere-se à forma de coleta do DNA, que pode ser realizada de maneira invasiva, como por exemplo, os exames de sangue e ginecológico, ou não invasiva, através dos fios de cabelo. A obtenção do DNA através da saliva pode ser considerada invasiva, como a coleta de células bucais por *swabs* orais, ou não invasiva, por materiais dispensados pelo acusado, como por exemplo, chicletes, pontas de cigarro, latas de cerveja e refrigerante, que ao serem utilizados deixem resquícios de material genético. (QUEIJO, 2012, p. 294-296).

A extração de material genético deverá ocorrer sempre de maneira adequada e indolor. O legislador, contudo, não estabeleceu a forma e o procedimento para extração de material biológico diante da possibilidade do acusado não consentir com a coleta obrigatória; tão pouco definiu a espécie de material a ser coletado: saliva, sangue, cabelo ou outro material genético. (GUEDES; FELIX, 2014, p. 165-166).

3.3 O BANCO DE DADOS GENÉTICO – CODIS

O banco nacional de perfis genéticos, instituído pelo Decreto n.º 7.950/13, tem por objetivo armazenar os dados de perfis genéticos coletados para subsidiar às investigações criminais. O decreto prevê a possibilidade de utilização do banco de dados para identificação de pessoas desaparecidas, conforme estabelece o parágrafo único do artigo 8º,⁶ sendo vedado o uso dos perfis genéticos doados pelos parentes consanguíneos das pessoas desaparecidas para outra finalidade. (BRASIL, 2013).

No ano de 2009, através de um termo de compromisso, o FBI disponibilizou para o

⁶ Art. 8º. Parágrafo único. A comparação de amostras e perfis genéticos doados voluntariamente por parentes consanguíneos de pessoas desaparecidas serão utilizadas exclusivamente para a identificação da pessoa desaparecida, sendo vedado seu uso para outras finalidades. (BRASIL, 2013).

Brasil o software *Combined ADN Index System* – CODIS, programa de gerenciamento de perfis genéticos, desenvolvido pelo FBI em parceria com quatorze laboratórios especialistas em questões forenses. (CORAZZA; CARVALHO, 2014, p. 425). Os perfis genéticos armazenados no banco de dados, em atenção ao §1º artigo 5º-A da Lei 12.037/09,⁷ revelam somente a determinação de gênero dos periciados, sendo vedado a identificação dos traços somáticos ou comportamentais, assegurando o direito à intimidade. (RUIZ, 2016, n.p.).

Os perfis genéticos inseridos no banco nacional são aqueles coletados das pessoas civilmente identificadas, quando essenciais às investigações, e dos condenados por crimes dolosos, com violência grave contra a pessoa, contra a vida, contra a liberdade sexual ou crime sexual contra vulnerável. As autoridades policiais, mediante autorização judicial, com objetivo de instruir determinada investigação criminal, podem acessar o banco nacional de perfis genéticos para comparar os perfis ali cadastrados com os materiais genéticos encontrados no decorrer da investigação policial. (GUEDES; FELIX, 2014, p. 161).

A exclusão dos perfis genéticos do banco de dados ocorrerá, conforme dispõe o artigo 7º-A da Lei 12.037/09,⁸ quando o réu for absolvido, ou, em caso de condenação, mediante requerimento, decorridos vinte anos do cumprimento da pena. (BRASIL, 2009). O banco de dados dos perfis genéticos, controlado de forma segura e restrita, de acordo com a legislação, auxilia na constituição da prova de casos considerados complexos, evitando, assim, o erro judicial, um dos principais problemas no processo penal. (GUEDES; FELIX, 2014, p. 164).

4 A GARANTIA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO

As garantias constitucionais devem preservar e tutelar, mediante atuação judicial, os direitos fundamentais estabelecidos por nosso ordenamento jurídico. Dentre as garantias reconhecidas pelo direito processual penal, baseada no direito ao silêncio, e fortalecida pelos princípios do devido processo legal, da inocência e da ampla defesa, encontra-se a garantia contra a autoincriminação. (TUCCI, 2009, p. 50-51).

A garantia contra a autoincriminação, amparada no inciso LXIII do artigo 5º da

⁷ Art. 5º-A. §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 n.º 12.654, de 2012). (BRASIL, 2009).

⁸ Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá: I - no caso de absolvição do acusado; ou II - no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena. (Incluído pela Lei n.º 13.964, de 2019). (BRASIL, 2009).

Constituição Federal⁹ (BRASIL, 1988) e na letra g do §2º do artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,¹⁰ conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (COSTA RICA, 1969), atua como obstáculo ao arbítrio estatal na busca incondicional à verdade processual, permitindo que o acusado não participe da formação da culpa. A garantia contra autoincriminação abrange todos os atos processuais que necessitam da colaboração do acusado para a sua efetivação, a fim de resguardar sua integridade física e suas liberdades individuais de intimidade e privacidade. (PACELLI, 2014, p. 389-390).

Algumas matérias relevantes do processo penal são impactados de forma significativa pela garantia da não autoincriminação: o interrogatório, o etilômetro, o exame grafotécnico e, em especial, as intervenções corporais. A produção de prova no processo penal acarreta o conflito de pelo menos dois valores: o poder de punir do Estado e o direito de defesa do acusado. O problema ocorre quando o órgão acusador ingressa na esfera de privacidade e dignidade da pessoa, ou quando se faz necessária sua participação na constituição da prova. (MALAQUIAS, 2014, p. 164-172).

Isso porque a garantia contra a autoincriminação objetiva proteger a pessoa contra os possíveis excessos cometidos pelo Estado na persecução penal, impedindo violências físicas e morais que visam a colaboração do acusado na investigação criminal. (QUEIJO, 2012, p. 77). A participação do acusado na produção da prova é possível somente em casos excepcionais, com expressa previsão legal e quando inexistir risco de afetação dos direitos fundamentais da pessoa. (MALAQUIAS, 2014, p. 164-172).

A garantia contra a autoincriminação, assim como os demais princípios e garantias constitucionais, não são absolutos, devendo qualquer restrição estar prevista em lei, sem eliminar ou afetar o conteúdo essencial do direito restringido. A Lei 12.654/12, que alterou as leis de identificação criminal e de execução penal, resultou numa restrição a garantia contra a autoincriminação. Agora, havendo necessidade para a investigação e autorização judicial, pode ser feita a extração compulsória de material genético do acusado para comprovação da autoria do crime. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

A persecução penal não pode ser inviabilizada pelo reconhecimento ilimitado de direitos fundamentais, inclusive da garantia contra a autoincriminação. Isso não significa na

⁹ Art. 5º. LXIII. 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).

¹⁰ Artigo 8º. Garantias judiciais: 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada. (COSTA RICA, 1969).

colaboração inarredável do acusado em busca de uma verdade baseada no combate a criminalidade. (QUEIJO, 2012, p. 26). O que se objetiva com a coleta do perfil genético é identificar a pessoa que está sob investigação ou respondendo a processo. Não se trata de uma aceitação de culpa, mas de um procedimento para tornar exclusiva determinada pessoa. (NUCCI, 2013, p. 412-416).

5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O modelo jurídico do Estado Democrático de Direito é composto por regras e princípios. As regras são mandamentos definitivos que devem ser cumpridos exatamente conforme determinado, aplicadas através da subsunção; enquanto os princípios são mandamentos de otimização, que devem ser realizados numa medida tão alta quanto possível, admitindo cumprimento em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 29-31).

Os princípios e garantias previstos na Constituição Federal não se apresentam de forma intangível, uma vez que podem sofrer limitações em decorrência um dos outros quando não for possível a realização conjunta de todos. Cada um dos princípios constitucionais deve ser submetido, no caso concreto, à análise da proporcionalidade em relação aos demais valores constitucionais colidentes. (BADARÓ, 2017, p. 91).

A solução da colisão de princípios se dá através da ponderação, que se encontra dentro do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.¹¹ Este subprincípio ou princípio parcial é responsável por formular a lei da ponderação material: quanto maior o grau de intensidade da intervenção de um princípio P_i , maior deve ser o grau de importância da realização de outro princípio fundamental P_j . A aplicação da ponderação na solução de um caso de colisão de direitos fundamentais resulta na relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos, conforme as circunstâncias concretas da situação particularmente tomada. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 249).

A aplicação da ponderação na solução de um caso de colisão de direitos fundamentais resulta na relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais ou bens jurídicos

¹¹ A doutrina majoritária entende que o princípio da proporcionalidade é composto pelos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Entende-se por juízo de adequação a verificação da relação do meio empregado na realização do interesse que merece maior proteção, sendo suficiente que a medida seja apta a fomentar sua realização. No juízo de necessidade, comparam-se as diversas medidas que tenham se mostrado adequadas ao atingimento da finalidade de proteção ou realização do direito fundamental, tendo o cidadão o direito à menor desvantagem possível. A proporcionalidade em sentido estrito depende das possibilidades jurídicas, podendo ser otimizada em graus variados. Exige-se a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, ou seja, se as vantagens produzidas superam as desvantagens decorrentes de sua utilização. (BADARÓ, 2017, p. 90-96).

coletivos constitucionalmente protegidos, conforme as circunstâncias concretas da situação particularmente tomada. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 249). Na hipótese da colisão de uma regra de natureza constitucional com um princípio constitucional, a regra terá uma força maior do que o direito *prima facie* assegurado pelo princípio colidente. Isso porque o próprio legislador constituinte já fez o sopesamento e decidiu privilegiar um dos princípios e o direito fundamental correspondente, preestabelecendo a solução de eventual ponderação pela predefinição de uma regra que assegura um direito definitivo em relação a um dos princípios colidentes. (BADARÓ, 2017, p. 93).

A utilização do princípio da proporcionalidade deve ser percebida como um mecanismo de maior proteção dos direitos fundamentais, que atuam num sistema de coexistência, não havendo qualquer violação ou desrespeito em dar efetividade a um direito constitucional de maior relevância e importância em detrimento a outro de menor peso no caso concreto. (BADARÓ, 2017, p. 97). A aplicação do princípio da proporcionalidade permite que os princípios coexistam, sem que sejam eliminados; diferentemente das regras, que obedecem à lógica do tudo ou nada. (QUEIJO, 2012, p. 91-92).

6 AS HIPÓTESES DE IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA E FORMAÇÃO DA PROVA

Atualmente, as provas genéticas desempenham papel fundamental no procedimento investigatório, sendo decisivas no momento de definir ou excluir a autoria de um delito. Entretanto, sua eficácia está condicionada, em muitos casos, a uma comparação entre o material genético encontrado no local do crime e aquele a ser proporcionado pelo acusado. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

Dentre as diversas hipóteses para a obtenção do perfil genético, a que apresenta o entendimento mais pacífico na doutrina e na jurisprudência, sem dúvida, refere-se aquela resultante do consentimento do acusado em fornecer seu material genético, permitindo a intervenção corporal como conteúdo de autodefesa. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.). Tal prática é comum nos casos em que o acusado objetiva trazer ao processo provas da sua inocência, fornecendo, assim, seu material biológico. É imperativo, entretanto, que este seja claramente informado a respeito de suas garantias processuais, como a garantia contra autoincriminação, sob pena da prova ser considerada ilícita. (RUIZ, 2016, n.p.).

Outra possibilidade de coleta, diante da dificuldade de obter-se o perfil genético diretamente do acusado ou de uma amostra do DNA desprendida do seu corpo, trata-se da coleta do material genético de uma terceira pessoa, alheia às investigações. Imprescindível, diante do

objetivo da coleta, que este terceiro seja parente do acusado, em razão da semelhança hereditária carregada nos genes, a fim de surtir interesse na investigação criminal para a indicação ou não da autoria de determinado delito. Contudo, diante da recusa desse terceiro em realizar a coleta de material genético, não cabe qualquer imposição de medida coercitiva, mesmo que importe na única medida capaz de esclarecer a autoria do delito. (RUIZ, 2016, n.p.).

6.1 A PROVA OBTIDA ATRAVÉS DA COLETA NÃO AUTORIZADA DO PERFIL GENÉTICO DO ACUSADO

A coleta do DNA do acusado como elemento probatório, através da intervenção corporal, sem o seu consentimento, é, sem dúvida, uma das formas mais controversas de obtenção do perfil genético. O legislador, através da Lei 12.654/12 (BRASIL, 2012), estabeleceu a possibilidade de coleta de material genético sem o consentimento do acusado. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no habeas corpus n.º 70061747622, enfrentou esta questão, fundamentando sua decisão no princípio da proporcionalidade. No caso em questão, o paciente, que responde pelo crime de homicídio, requereu a suspensão da eficácia da decisão que determinou sua condução compulsória ao Posto Médico Legal para coleta de material genético, objetivando o posterior confronto com o material coletado junto à vítima. (BRASIL, TJ-RS, 2014).

O relator Desembargador Jayme Weingartner Neto, no seu voto, argumentou que a identificação criminal através da coleta de material biológico, quando essencial às investigações policiais, pode ser aplicada ao caso, ao menos por analogia. A medida gera tensão entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da não autoincriminação, dos direitos ao silêncio, à intimidade, à liberdade e à intangibilidade corporal, e o direito à segurança e o dever de proteção geral do Estado, somados à persecução penal e à tutela jurisdicional adequada. (BRASIL, TJ-RS, 2014).

De acordo com o relator, nesta hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade, sendo necessário analisar os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. No caso em tela, o subprincípio da adequação foi devidamente atendido, sendo a prova pretendida apta a gerar maior segurança quanto à autoria delitiva. Contudo, no que tange ao subprincípio da necessidade, devido o réu já ter sido preso cautelarmente, restou claro a existência de outros meios menos gravosos de alcançar o objetivo da persecução penal. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em sopesar o grau de intervenção na esfera íntima do acusado, a gravidade do delito e os resultados alcançados,

também não foi contemplado, inexistido, para sua aferição, qualquer informação acerca do procedimento a ser utilizado para coleta do material genético. Portanto, a coleta de material genético do acusado de forma compulsória, apesar de possível, não passou no filtro da proporcionalidade. (BRASIL, TJ-RS, 2014).

Anote-se, entretanto, que existem decisões recentes do próprio Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul posicionando-se pela autorização da coleta compulsória do material genético do acusado. No habeas corpus n.º 70076369479, a defesa alegou que o encaminhamento do paciente ao Instituto Geral de Perícias para coletar DNA, contra sua vontade, com o fim de produção de provas, é flagrantemente inconstitucional, violando o direito ao silêncio. No caso em comento o acusado teve a prisão preventiva decretada pela prática dos delitos, em tese, de estupro e de roubo majorado. (BRASIL, TJ-RS, 2018).

O relator Desembargador Ivan Lemar Bruxel, no seu voto, argumentou que o direito do réu a não se autoincriminar não pode ser tomado de forma absoluta, devendo ser ponderado com outros valores tutelados pelo Estado. A coleta de DNA se apresenta como prova que exige colaboração passiva do paciente, a qual preserva sua integridade física e respeita o primado da dignidade humana, não sendo alcançada pelo *nemo tenetur se detegere*. Na verdade, trata-se da colisão dos direitos fundamentais da integridade física do investigado, através de procedimento minimamente invasivo, e do direito social à persecução penal e à paz social, decorrentes do interesse público na busca da verdade e na garantia da ordem pública. No caso em comento, ao aplicar o princípio da proporcionalidade, verificou-se que o sacrifício imposto à integridade física é mínimo, enquanto o fundamento autorizador é de extrema relevância social. A ordem foi denegada por maioria dos votos. (BRASIL, TJ-RS, 2018).

A coleta compulsória do perfil genético do acusado, apesar de não estar pacificada na jurisprudência, tem encontrado abrigo em decisões recentes, com a aplicação do princípio da proporcionalidade. Contudo, nas hipóteses em que o acusado negar-se a fornecer material biológico, e a extração obrigatória não estiver prevista em lei, a coleta compulsória resultará em afronta a garantia constitucional da não autoincriminação, e, conseqüentemente, a prova constituída será considerada ilícita. (BECK; RITTER, 2015, p. 335).

6.2 A PROVA OBTIDA ATRAVÉS DA COLETA DOS MATERIAIS GENÉTICOS ENCONTRADOS NOS OBJETOS DISPENSADOS OU UTILIZADOS PELO ACUSADO NOS ATOS DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

A obtenção de material genético poderá ocorrer também de forma indireta, quando a autoridade apreende um objeto que fora descartado espontaneamente pelo acusado. Não se trata

do material recolhido na cena do crime, mas de DNA obtido, por exemplo, através de uma cusparada ou da saliva encontrada na bituca de um cigarro. Nesta hipótese não há qualquer afronta a autoincriminação ou a presunção de inocência, podendo estas evidências, se comparadas aos materiais genéticos encontrados no local do crime, configurar uma prova relevante no convencimento judicial. (MEDEIROS, 2009, p. 81-82).

Da mesma forma tem posicionado-se o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. No julgamento do recurso de apelação n.º 70071800981, interposto pelo Ministério Público, que requereu a anulação da sentença absolutória do juízo *a quo* e a condenação do réu pelo crime de latrocínio, os Desembargadores da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado acordaram, à unanimidade, que, no caso concreto, não houve qualquer ato que pudesse implicar na afetação dos direitos intransponíveis do acusado. A discussão, no mérito, tratava-se do exame pericial realizado em duas baganas de cigarro descartadas pelo acusado no interior da Delegacia, que permitiram a confrontação do material genético com o tecido sanguíneo que corresponde a achado pericial oriundo da porta de entrada da residência da vítima. A defesa sustentou a nulidade do laudo pericial sob o argumento da ofensa ao princípio *nemo tenetur se detegere*. (BRASIL, TJ-RS, 2017).

O relator Desembargador Sandro Luz Portal, no seu voto, destacou que o caso não envolve, em último exame, o direito de um indivíduo não produzir prova contra si. A coleta de material genético sem qualquer intervenção corporal e realizada em objetos encontrados no ambiente, como em chicletes, pontas de cigarro, latas de cerveja e de refrigerantes, que contenham resquícios de saliva, não representa ato invasivo à integridade da pessoa, sendo a recusa do acusado irrelevante para a constituição da prova penal. Ressaltou, ainda, que o próprio acusado decidiu fumar e atirar as baganas fora, gesto este que não lhe foi ordenado. (BRASIL, TJ-RS, 2017).

O Desembargador destacou que nenhum princípio é absoluto, o que acarretaria ao sistema processual penal brasileiro a impossibilidade de qualquer perspectiva adequada e concreta de apuração da autoria em delitos de qualquer natureza, salvo se o fato criminoso tiver sido filmado. Por fim, conclui que a garantia de não produzir prova contra si mesmo não pode ser interpretada sem a imposição de qualquer limite no ordenamento jurídico, servindo como fator de violação real ou potencial de toda uma série paralela de outros direitos fundamentais. (BRASIL, TJ-RS, 2017).

Nesse sentido, pode-se afirmar que a coleta de materiais genéticos dispensados ou descartados pelo acusado não necessita de autorização judicial. A prova que por ventura vier a ser constituída, após ser comparada com as amostras questionáveis do local do crime, será

considerada válida, não resultando na afronta dos direitos e garantias constitucionais do indivíduo, nem mesmo na invasão da esfera da intimidade ou da vida privada do acusado. (RUIZ, 2016, n.p.).

A polícia judiciária, em alguns casos, para evitar a coleta coercitiva de material genético do acusado, utiliza-se de algumas estratégias, como por exemplo, arrecadar um cigarro ou um copo com água utilizado pelo acusado que está sendo interrogado. Tal iniciativa visa obter seu material genético através da saliva, a fim de ser analisado posteriormente pelos peritos forenses.

Na apelação criminal n.º 1.0024.13.047987-6/001, julgada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a defesa interpôs recurso em face da decisão que declarou válida a prova pericial produzida nos autos da ação penal que apura os crimes de extorsão, estupro, homicídio e ocultação de cadáver. No caso em comento, o réu, que estava preso, teve material genético colhido no copo e na colher utilizados por ele após a refeição no presídio. De acordo com a defesa, a admissão da referida prova viola os princípios da ampla defesa e da dignidade do réu. (BRASIL, TJ-MG, 2013).

O relator Desembargador Eduardo Brum, que foi voto vencido no acórdão, concordou com a tese defensiva de violação do princípio da ampla defesa, configurado diante da deslealdade do aparato de persecução penal contra a esfera individual de liberdade. Segundo o Desembargador, o fato do réu estar custodiado em estabelecimento prisional e ser obrigado a utilizar copos e talhares para se alimentar e saciar sua sede afronta a paridade de armas, não existindo razoabilidade na admissão da prova. (BRASIL, TJ-MG, 2013).

Contudo, os Desembargadores Júlio Cezar Gutierrez e Feital Leite, opuseram divergência ao voto do relator, sob o argumento que as provas obtidas por exames periciais não invasivos prescindem de autorização do acusado. Ademais, a garantia contra a autoincriminação e a inviolabilidade da intimidade não pode ser tomados de forma absoluta, comportando relativização quando ponderados com outros valores tutelados pelo Direito. No caso, o direito à intimidade e à liberdade do apelante é substancialmente inferior à gravidade do fato e ao abalo causado à segurança pública e ao poder-dever do Estado de realizar a justiça penal. (BRASIL, TJ-MG, 2013).

Isso não significa, porém, que o Estado está autorizado a ludibriar o acusado. É necessário analisar se a obtenção do perfil genético, durante os atos de polícia judiciária, foi precedida de algum comportamento ardil dos agentes públicos. A coleta de material biológico de um cigarro utilizado e dispensado tão somente por iniciativa do acusado, pode, no caso concreto, atender as exigências dos subprincípios da proporcionalidade. Esta situação

assemelha-se a hipótese da coleta de materiais genéticos dispensados ou descartados pelo acusado, que prescinde de autorização judicial e não afronta à esfera da intimidade ou à garantia contra autoincriminação. (RUIZ, 2016, n.p.).

Em contrapartida, a conduta ativa da autoridade ao oferecer qualquer objeto para o acusado, ou obrigá-lo a utilizá-lo, de forma premeditada, com o fim específico de obter o seu perfil genético, importa na ilicitude da prova. O resultado desta coleta de material biológico, mesmo sem expressa vedação legal, configura violação aos direitos do acusado, sendo dever do Estado adverti-lo quanto ao alcance das suas garantias, em especial, a não autoincriminação. (PACELLI, 2014, p. 345). O princípio da proporcionalidade, nesta hipótese fática, não pode ser aplicado. A estratégia de enganar o acusado quanto ao objetivo da realização de determinado ato da polícia judiciária, evidentemente, não atende ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, bem como está em desacordo com o devido processo legal. (RUIZ, 2016, n.p.).

As amostras de saliva, sangue, urina, cabelo ou outros tecidos orgânicos coletados em objetos descartados pelo investigado, de acordo com a doutrina e jurisprudência, não encontra qualquer óbice quanto a sua utilização como prova no processo penal. A dissonância no entendimento ocorre nas hipóteses em que o acusado for obrigado ou induzido a utilizar os objetos que contenham seu perfil genético, principalmente, no que tange a violação do direito a ampla defesa e a garantia contra a autoincriminação. (BECK; RITTER, 2015, p. 335).

6.3 A PROVA OBTIDA ATRAVÉS DOS PERFIS INCLUÍDOS NO BANCO DE DADOS GENÉTICO – CODIS

A tipagem do DNA, normalmente utilizada para comparações entre os perfis genéticos dos acusados e as amostras coletadas no local do crime, pode também ser utilizada nas investigações que não possuem suspeitos. Após coletados, os dados passam a integrar, de forma sigilosa, o banco nacional de perfis genéticos; permitindo, assim, que a autoridade solicite a comparação de amostras de materiais biológicos com todos os perfis contidos no banco de dados. (MEDEIROS, 2009, p. 53).

Anote-se, que tal situação é análoga à das impressões digitais latentes, em especial, após o desenvolvimento do AFIS – Sistemas Automatizados de Identificação por Impressões Digitais. Atualmente, os peritos forenses podem colocar um padrão não identificado de uma impressão digital latente no sistema e compará-la, rapidamente, com todos os padrões contidos no banco de dados. Para ambos os casos impõe-se sigilo e segurança das informações armazenadas. (MEDEIROS, 2009, p. 53).

Nesse contexto, uma das discussões que se faz pertinente refere-se à existência ou não

de limites jurídicos quanto ao armazenamento de perfis genéticos em banco de dados para à resolução de crimes futuros, a partir da comparação do DNA encontrado no local de um crime. (RUIZ, 2016, n.p.). O cadastro genético nacional dos condenados de forma obrigatória, e dos acusados quando a identificação criminal for essencial às investigações, acaba por etiquetá-los, levando a polícia judiciária a direcionar o direito penal primeiramente, na direção destas pessoas; visando, dessa forma, solucionar casos sem indícios suficientes para iniciar uma investigação. (GUEDES; FELIX, 2014, p. 164).

O Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário n.º 973.837, reconheceu a repercussão geral da alegação de inconstitucionalidade do artigo 9-A da Lei 7.210/84, introduzida pela Lei n.º 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes específicos. No caso concreto, o recorrente, condenado por crimes praticados com violência contra a pessoa e por crimes hediondos, insurge-se contra a inclusão e manutenção de seu perfil genético em banco de dados, sob a alegação de violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se autoincriminar. O relator Ministro Gilmar Mendes, no seu voto, argumentou ser favorável ao reconhecimento da repercussão geral, em razão da ausência de previsão quanto à eliminação dos perfis genéticos coletados como consequência da condenação. (BRASIL, STF, 2016).

Por sua vez, no julgamento do habeas corpus n.º 407627-MG, o Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, impetrado pela defesa para impedir a coleta compulsória do DNA do apenado, que foi deferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, após interposição do agravo em execução pelo Ministério Público, não reconheceu qualquer ilegalidade no ato. O relator Ministro Felix Fischer, em decisão monocrática, destacou que não desconhece a repercussão geral do recurso extraordinário n.º 973.837, que ainda não teve o mérito julgado; entretanto, não há ordem de suspensão de processos que versam sobre o tema, inexistindo qualquer óbice à aplicação do artigo 9-A da Lei 7.210/84. (BRASIL, STJ, 2018).

Com efeito, o Ministro concluiu que o material biológico que se busca colher com o exame de DNA não tem por finalidade a produção de prova, mas a composição de banco de dados; uma vez que a condenação do apenado fundamentou-se em elementos concretos de autoria e materialidade, cuja sentença já transitou em julgado. Ao final do seu voto, concluiu que, no caso, não há como acolher a tese de que a coleta de material genético configuraria ilegalidade ou violação à garantia constitucional da não autoincriminação. (BRASIL, STJ, 2018).

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento do incidente de arguição de inconstitucionalidade n.º 1.0024.07.521170-6/005, decidiu, por maioria de

votos, pela constitucionalidade do artigo 9-A da Lei 7.210/84. O Desembargador Edilson Olímpio Fernandes, relator para o acórdão, fundamentou a decisão sob o argumento que a coleta de DNA representa grande avanço científico e consequente segurança na identificação das pessoas, não comprometendo o princípio constitucional da presunção de inocência, porquanto já foi reconhecida a culpabilidade do acusado em decisão transitada em julgado. (BRASIL, TJ-MG, 2017).

No que tange a inclusão de perfis genéticos dos investigados no banco de dados, com o objetivo de identificar a autoria de outros delitos, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento do habeas corpus n.º 5035657-07.2016.4.04.0000, posicionou-se, à unanimidade, de forma favorável. A defesa impetrou remédio constitucional para evitar a inclusão do DNA do paciente no banco de dados, sob a alegação da inconstitucionalidade da Lei 12.654/12, devido à afronta aos princípios e garantias fundamentais, em especial, ao direito do réu de não produzir prova contra si mesmo e à presunção de inocência. (BRASIL, TRF-4ª Região, 2016).

O relator Desembargador Leandro Paulsen, no seu voto, ressaltou que o legislador já ponderou, na lei atacada, as situações suficientemente graves e aptas a ensejar a restrição à incolumidade corporal e à intimidade. É cediço que a coleta do material genético é essencial para a investigação criminal, para verificar ou para afastar a autoria dos delitos, em tese, praticados pelo paciente. A inconstitucionalidade da Lei nº 12.654/12, alegada pela defesa, não foi, até o momento, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, que tão somente reconheceu a repercussão geral do assunto. Ademais, a Turma já se manifestou pela constitucionalidade da identificação genética, quando do julgamento do habeas corpus n.º 5029013-19.2014.000. (BRASIL, TRF-4ª Região, 2016).

É inegável que o objetivo principal da existência de um banco de dados genéticos justamente é permitir o armazenamento de amostras de DNA para futura comparação com os materiais genéticos encontrados em local de crime. Contudo, é clara a divergência doutrinária e jurisprudencial em relação ao fato do banco de dados disponibilizar os perfis genéticos oriundos do passado judicial dos condenados e dos investigados como a primeira hipótese de autoria dos crimes ocorridos posteriormente, independente da existência de indícios de autoria ou materialidade. (RUIZ, 2016, n.p.).

7 CONCLUSÃO

No contexto atual, com o desenvolvimento científico sobre as formas de extração e análise do DNA, as provas genéticas possuem uma posição de destaque na persecução penal.

A coleta de perfil genético do acusado e sua comparação com o material biológico encontrado no local do crime pode constituir uma prova robusta na identificação da autoria de determinado delito.

As provas permitem ao juiz, através da atividade recognitiva acerca de um fato passado, escolher, de forma racional e fundamentada, dentre as diversas hipóteses fáticas alegadas pelas partes, aquela que lhe fornece maior grau de convencimento. Entretanto, admitindo-se que o processo penal é um sistema falível, a decisão judicial não representa, necessariamente, a revelação da verdade. Busca-se a construção de uma verdade processual, baseada nos direitos e garantias constitucionais, capaz de produzir a certeza jurídica necessária para estabilizar a controvérsia objeto da jurisdição penal e de evitar o erro judiciário.

Apesar da matéria não estar pacificada na doutrina e na jurisprudência, tem-se como uma prova lícita, desde que atendido os requisitos legais, a identificação criminal do acusado através da coleta compulsória do seu perfil genético, bem como através da coleta dos materiais genéticos encontrados nos objetos dispensados ou utilizados exclusivamente por iniciativa dele nos atos de polícia judiciária. Para tanto, faz-se necessário à aplicação do princípio da proporcionalidade, no caso concreto, entre a garantia contra autoincriminação e o direito à segurança. O aplicador do direito deve ponderar, no caso concreto, se a coleta pretendida é apta a gerar maior segurança quanto à autoria delitiva (adequação), se existem outros meios menos gravosos de alcançar o objetivo da persecução penal (necessidade), e sopesar o grau de intervenção na esfera íntima do acusado, a gravidade do delito e os resultados alcançados com a coleta compulsória (proporcionalidade em sentido estrito).

O cadastro no banco de dados genético – CODIS somente dos perfis genéticos oriundos do passado judicial dos condenados e dos investigados, com a posterior comparação com os materiais genéticos encontrados em investigações futuras, sem sequer figurarem como suspeitos, acaba por etiquetá-los, criando um problema de seletividade, como se estas fossem as únicas pessoas que pudessem cometer crimes. Nesse contexto, a solução passa por nova alteração normativa, a fim de possibilitar a identificação genética de todos as pessoas, independentemente de ser essencial às investigações ou resultante de uma condenação em determinados crimes.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BECK, Francis Rafael; RITTER, Ruiz. A Coleta de Perfil Genético no Âmbito da Lei 12.654/2012 e o Direito à Não Autoincriminação: uma necessária análise. **Revista Ajuris**, V. 42, n.º 137, p. 321-341, março 2015. Disponível em: www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/387/321. Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º 7.950, de 12 de março de 2013**. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm. Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Lei 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Lei 12.037, de 01 de outubro de 2009**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm. Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Lei 12.654, de 28 de maio de 2012**. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm. Acesso em: 02 maio 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus n.º 407627-MG (2017/0167688-6). Relator: Félix Fischer. Brasília/DF, julgado em 25/04/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?livre=407.627&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n.º 973837-MG (Repercussão Geral). Relator: Gilmar Mendes. Brasília/DF, julgado em 23/06/2016.

Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28973837%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/gplwsch>. Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do MG (Órgão Especial). Arguição de Inconstitucionalidade n.º 1.0024.07.521170-6/005. Relator Revisor: Edilson Olímpio Fernandes. Belo Horizonte/MG, julgado em 23/02/2017. Disponível em: http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=380B64EB2E219F92F21176A137DC3FE5.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.07.5211706%2F005&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do MG (Quarta Câmara Criminal). Apelação Crime n.º 1.0024.13.047987-6/001. Relator Revisor: Júlio César Gutierrez. Belo Horizonte/MG, julgado em 29/05/2013. Disponível em: <https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115498484/apelacao-criminal-apr-10024130479876001-mg/inteiro-teor-115498543>. Acesso em: 02 mai.2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS (Oitava Câmara Criminal). Apelação Crime n.º 70071800981. Relator: Sandro Luz Portal. Porto Alegre/RS, julgado em 14/06/2017. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70071800981&num_processo=70071800981&codEmenta=7319718&temIntTeor=true. Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS (Primeira Câmara Criminal). Habeas Corpus n.º 70061747622. Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre/RS, julgado em 22/10/2014. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70061747622&num_processo=70061747622&codEmenta=6001836&temIntTeor=true. Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS (Sétima Câmara Criminal). Habeas Corpus n.º 70076369479. Relator: Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre/RS, julgado em 08/03/2018. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70076369479&num_processo=70076369479&codEmenta=7660009&temIntTeor=true. Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Oitava Turma). Habeas Corpus n.º 5035657-07.2016.404.0000. Relator: Leandro Paulsen. Porto Alegre/RS, julgado em 31/08/2016. Disponível em: <https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/394032071/habeas-corpus-hc50356570720164040000-5035657-0720164040000/inteiro-teor394032079?ref=juris-tabs>. Acesso em: 02 mai 2022.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. **DNA e a Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CORAZZA, Thaís Aline Mazetto; CARVALHO, Gisele Mendes. A Identificação Genética dos Civilmente Identificáveis como Meio de Prova de Autoria. **Revista Jurídica Cesumar**, Mestrado, v. 14, n.º 2, p. 413-434, jul./dez. 2014. Disponível em: periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3621. Acesso em: 02 mai. 2022.

COSTA RICA. **Pacto de San Jose da Costa Rica: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos**. San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.Htm. Acesso em: 02 mai. 2022.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GUEDES, Gabriel Pinto, FELIX, Yuri. A Identificação Genética na Lei n.º 12.654/2012 e os Princípios de Direito Processual Penal no Estado Democrático de Direito. **Revista de Estudos Criminais**, Ano XII, n.º 53, p. 157-179, abr./jun. 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. Princípio *nemo tenetur se detegere* no Estado Democrático de Direito. **Revista dos Tribunais**, ano 103, v. 941, p. 145-176, março / 2014.

MEDEIROS, Roberto José. **A Genética na Prova Penal**. São Paulo: Pillares, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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

RUIZ, Thiago. **A Prova Genética no Processo Penal**. São Paulo: Almedina, 2016.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.