

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

RENATA TAMS DIEHL

**DEVIDO PROCESSO PENAL: OS BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS
DE PERSECUÇÃO CRIMINAL, SOB A ÓTICA DO GARANTISMO PENAL.
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2016

RENATA TAMS DIEHL

**DEVIDO PROCESSO PENAL: OS BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS
DE PERSECUÇÃO CRIMINAL, SOB A ÓTICA DO GARANTISMO PENAL.
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Cláudio Rogério Sousa Lira

Santa Rosa
2016

RENATA TAMS DIEHL

DEVIDO PROCESSO PENAL: OS BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS
DE PERSECUÇÃO CRIMINAL SOB A ÓTICA DO GARANTISMO PENAL.
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Monografia apresentada às Faculdades
Integradas Machado de Assis, como
requisito parcial para obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

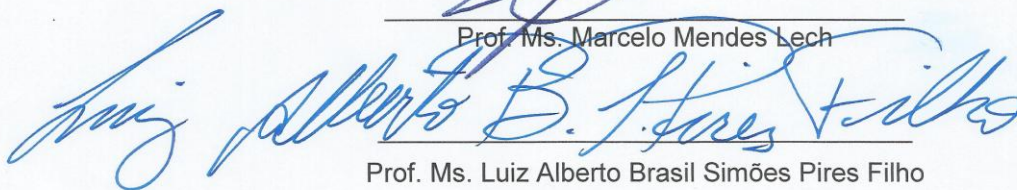
Banca Examinadora



Prof. Ms. Cláudio Rogério Sousa Lira – Orientador



Prof. Ms. Marcelo Mendes Lech



Prof. Ms. Luiz Alberto Brasil Simões Pires Filho

Santa Rosa, 12 de dezembro de 2016.

DEDICATÓRIA

Dedico a presente monografia aos demais estudiosos do Direito Penal e Processual Penal, no intuito de que possamos conjuntamente, por meio de nossas incessantes pesquisas, abrilhantar o cenário brasileiro no tocante ao sistema criminal e investigatório.

AGRADECIMENTOS

Ao abraço reconfortante do meu namorado, Rafael, que me incentiva a continuar na jornada dia após dia; ao apoio emocional e do acervo bibliográfico do meu pai e futuro colega de profissão, Ubirajara; ao afago, à confiança e ao incentivo diário da minha mãe, Bianca; à compreensão daquele que abdicou de seu lazer em prol desta pesquisa, meu irmão, Pedro Henrique; e à colaboração a qualquer tempo do meu querido orientador, Professor Lira: muito obrigada! A conquista é nossa!

A sua única maneira de fazer um excelente trabalho é amando o que você faz. Se você ainda não encontrou, continue procurando. Não se acomode. Assim como tudo que importa para o coração, você saberá quando encontrar.

Steve Jobs

RESUMO

O presente trabalho monográfico possui como tema os meios de prova no Direito Processual Penal, especificamente os bancos de perfis genéticos, com foco em sua aplicação para fins de persecução criminal no Brasil, sob a ótica da Teoria do Garantismo Penal, a partir da implementação da Lei nº 12.654/12. Como problema, busca-se compreender em que medida a norma oriunda da Lei nº 12.654/12 viola direitos e garantias fundamentais, nacionais e internacionais, no tocante ao devido processo legal, à presunção de inocência e à vedação da autoincriminação? O objetivo geral da pesquisa é analisar a coleta obrigatória de prova genética de presos pelo Estado, de acordo com a Teoria do Garantismo Penal, a fim de compreender em que proporção isso fere as normas que preservam os direitos e garantias fundamentais. A pesquisa é relevante por abordar questão de suma importância no âmbito penal e processual penal: a prova como possibilidade de autoincriminação. A metodologia desta monografia consiste em realizar pesquisa teórica, a partir do estudo de leis e doutrinas. Possui fins explicativos e ocorreu por meio de bibliografia e documentos, com geração de dados qualitativa. O método utilizado é o dedutivo, com procedimentos históricos e comparativos. A pesquisa foi estruturada em três capítulos. No primeiro abordaram-se aspectos históricos da evolução do DNA, além de apresentar-se a Lei nº 12.654/12 e as normas nela previstas, que regulam os bancos de perfis genéticos. No segundo disciplinaram-se os meios de prova existentes no Brasil, bem como os princípios que as norteiam, principalmente o da vedação à autoincriminação. Por sua vez, no terceiro capítulo apresentou-se a Teoria do Garantismo Penal e explanou-se a razão pela qual esta foi mal compreendida pelos juristas brasileiros. Concluiu-se, por fim, ser possível utilizar os bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal, sem violar garantias e direitos fundamentais, com base no princípio da proporcionalidade, em nome do interesse público e da segurança da coletividade.

Palavras-chave: Direito Processual Penal – prova – bancos de perfis genéticos – garantias fundamentais.

ABSTRACT

The present monographic paper has as theme the ways of proof in Criminal Procedural Law, specifically the genetic profile banks, with focus in its application for criminal chasing in Brazil, from the perspective of the Theory of Criminal Garantism, from the implementation of the Law number 12.654/12. As problem, it searches to comprehend in which measure does the rule from the Law number 12.654/12 violates fundamental rights and guarantees, national and international, about the due process of law, the innocence presumption and the self-incrimination's prohibition? The general objective of the research is to analyze the compulsory collection of genetic proof of prisoners by State, according to the Theory of Criminal Garantism, in order to comprehend in which proportion it offends the rules that preserve fundamental rights and guarantees. The research is relevant because it approaches a question of major importance in criminal's and criminal proceeding's scope: the proof as possibility of self-incrimination. The methodology of this monograph consists in realizing theoretical research, from the study of laws and doctrines. It has explanative goals and occurred through bibliography and documents, with qualitative data generation. The used method is the deductive, with historical and comparative procedures. The research was structured in three chapters. At the first one it were approached historical aspects of DNA's evolution, besides presenting the Law number 12.654/12 and its predicted rules, that regulate the genetic profile banks. At the second one it were disciplined the ways of proof existent in Brazil, and also the principles that guide them, mainly the self-incrimination's prohibition one. In turn, at the third chapter it was presented the Theory of Criminal Garantism and explained the reason why it was misunderstood by brazilian jurists. It concluded, at end, that is possible to use the genetic profile banks for criminal chasing, without violating fundamental rights and guarantees, based on proportionality's principle, in the name of public interest and collectivity's security.

Keywords: Criminal Procedural Law – proof – genetic profile banks – fundamental guarantees.

LISTA DE ABREVIACÕES

 - parágrafo

CF - Constituição Federal

CODIS - "Combined DNA Index System"

DNA - cido Desoxirribonucleico

FEMA - Fundação Educacional Machado de Assis

INTERPOL - "International Police"

p. - página

RIBPG - Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A BIOLOGIA A SERVIÇO DO DIREITO: O DNA COMO MEIO DE PROVA	15
1.1 APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DA TIPAGEM DO DNA	16
1.2 A PROVA LEGAL A PARTIR DO DNA NO DIREITO COMPARADO: A INGLATERRA, OS ESTADOS UNIDOS E A ARGENTINA	19
1.3 O CENÁRIO BRASILEIRO DO EMPREGO DO DNA COMO MEIO PROBATÓRIO	22
2 PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL: A PROVA PROCESSUAL PENAL E O DEVIDO PROCESSO PENAL	29
2.1 BREVE ESCORÇO SOBRE A PROVA NA INVESTIGAÇÃO E NO PROCESSO PENAL	30
2.2 EM DESTAQUE: UMA ADEQUADA INTERPRETAÇÃO DA VEDAÇÃO DA AUTOINCRIMINAÇÃO	37
3 TEORIA DO GARANTISMO PENAL: ESTUDO DA PROVA PROCESSUAL PENAL A PARTIR DA DOCTRINA DE LUIGI FERRAJOLI	44
3.1 COMPREENDENDO O GARANTISMO PENAL NA SUA ORIGEM	45
3.2 AFINAL, POR QUE O GARANTISMO PENAL FOI MAL COMPREENDIDO? .	50
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

O tema desta monografia está diretamente ligado aos meios de prova no Direito Processual Penal ao abordar os bancos de perfis genéticos. A delimitação temática se foca no estudo dos bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil, sob a ótica da Teoria do Garantismo Penal, especialmente a partir da implementação da Lei nº 12.654/12. Como problema, busca-se compreender em que medida a norma oriunda da Lei nº 12.654/12 viola direitos e garantias fundamentais, nacionais e internacionais, no tocante ao devido processo legal, à presunção de inocência e à vedação da autoincriminação?

O objetivo geral do trabalho monográfico é analisar a coleta obrigatória de prova genética de presos pelo Estado, sob a ótica da Teoria do Garantismo Penal, a fim de compreender em que proporção isso fere as normas nacionais e internacionais que preservam os direitos e garantias fundamentais. Os objetivos específicos da pesquisa instrumentalizam o objetivo geral apresentado. A partir destes, é possível estabelecer pequenas ações, cujo intuito é servir como ferramenta para alcançar o que se propõe a pesquisar.

Assim, os objetivos específicos desta pesquisa são: 1) estudar a origem histórica da utilização do DNA, a Lei nº 12.654/12 e os métodos de identificação criminal nela previstos, para fins de prova no Direito Processual Penal; 2) pesquisar sobre os meios probatórios existentes no Brasil e os princípios que os norteiam, verificando se a coleta obrigatória de prova genética está em consonância com as normas constitucionais e internacionais; e, 3) analisar a Teoria do Garantismo Penal criada por Luigi Ferrajoli, sua recepção e aplicação no Direito brasileiro, para compreender se a utilização de DNA na persecução criminal se coaduna com o devido processo penal e com as garantias individuais vigentes no Brasil.

Na presente monografia, levantam-se as seguintes hipóteses: é provável que os princípios que instituem os direitos e garantias fundamentais não sejam absolutos e possam ser relativizados em nome do interesse público e da segurança da sociedade; e, pressupõe-se que a prova processual penal possa ser coletada do corpo do acusado, mesmo não havendo sua concordância, sem que isso configure

violação de normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. Referidas hipóteses, ao término da elaboração da pesquisa, serão confirmadas ou refutadas.

Este trabalho monográfico justifica-se por abordar uma questão de suma importância para o Direito Penal e para o Direito Processual Penal: a prova como possibilidade de autoincriminação. É fato que, com o aumento da violência e da criminalidade, a sociedade mostra-se vulnerável, frente a criminosos das mais diversas espécies. Diante de crimes insolúveis e sem possíveis suspeitos, cada vez mais os cidadãos ficam inseguros e à mercê da criminalidade.

A partir da utilização de materiais genéticos, armazenados em um banco de dados, é possível traçar a ligação entre um crime e seus respectivos suspeitos. A pesquisa ganha relevância já que, embora tal procedimento seja uma forma de garantir a celeridade e eficiência do sistema penal brasileiro, a coleta compulsória de Ácido Desoxirribonucleico (DNA) dos acusados conflita-se de certa forma com a Teoria do Garantismo Penal, que assegura um Direito Processual Penal de acordo com as normas e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Dessa forma, tendo em vista que a utilização de amostras genéticas tende a tornar as investigações criminais mais céleres e eficientes, o presente trabalho visa a contribuir para com a sociedade, uma vez que busca compreender se há plena violação de direitos e garantias fundamentais ao coletar DNA dos indivíduos, de forma compulsória, no intuito de verificar se é possível utilizá-lo para fins de provas processuais penais.

A metodologia deste trabalho de pesquisa consiste em realizar pesquisa teórica, a partir do estudo de leis e doutrinas sobre a utilização do banco de dados de DNA, para fins de persecução criminal, sob a ótica da Teoria do Garantismo Penal, especificamente no período de 2013 a 2016.

Quanto à natureza, a presente pesquisa é teórica, por meio da qual realizar-se-ão estudo de lei e bibliografia, acerca da Lei nº 12.654/12 e da Teoria do Garantismo Penal, para compreender o procedimento da coleta e a posterior utilização de perfis genéticos nas investigações de cunho criminal. Após tais estudos, busca-se entender se há violação de garantias fundamentais e, em caso afirmativo, apontar possíveis meios para resolver o conflito entre direitos e garantias individuais.

A pesquisa tem fins explicativos e ocorrerá por meio de procedimentos bibliográficos e documentais, classificando-se, quanto à geração de dados, como qualitativa, uma vez que será baseada na lei e nas doutrinas.

O estudo da monografia será realizado mediante documentação indireta, já que se trata de pesquisa documental e bibliográfica, coadunando-se com a natureza e a geração dos dados. Assim, buscar-se-á informações relativas à Lei nº 12.654/12 (BRASIL, 2012) e sua aplicação de acordo com os direitos e as garantias individuais em livros, compilações, artigos científicos, imprensa escrita, meios audiovisuais, bem como nas demais fontes bibliográficas que surjam no decorrer da pesquisa.

O método utilizado neste trabalho é o dedutivo, em razão de partir de um dogma, qual seja, a Lei nº 12.654/12 (BRASIL, 2012), a fim de verificar sua aplicabilidade na prática, em consonância com a Teoria do Garantismo Penal. Os métodos de procedimento auxiliares a serem utilizados serão o histórico, a partir da abordagem da evolução da legislação referente aos bancos de dados de DNA, e o comparativo, mediante o confronto da Lei nº 12.654/12 (BRASIL, 2012) e do Garantismo Penal.

Coadunando-se com os objetivos específicos propostos, a pesquisa foi estruturada em três capítulos, com algumas subseções. No primeiro capítulo, discorrer-se-á acerca da utilização da biologia no âmbito forense, mediante a utilização do DNA na investigação criminal. Para tanto, primeiramente será realizada breve explanação sobre a evolução histórica da tipagem de DNA e os meios de identificação aplicados, desde o século XIX.

Em seguida, analisar-se-á o direito comparado quanto às provas legais, especificamente nos Estados Unidos, na Inglaterra e na Argentina. Após, será demonstrada a situação em que se encontra o Brasil, no tocante à utilização do DNA para fins investigativos e probatórios, com ênfase na Lei nº 12.654/12, que disciplinou a implantação do banco de dados genéticos.

O segundo capítulo desta monografia conterà a exposição dos meios probatórios existentes no Brasil, englobando suas espécies, valoração e princípios que pautam sua produção e aplicação nos âmbitos processual e investigativo. Na sequência, abordar-se-á especificamente o princípio da vedação da autoincriminação, relacionado à coleta compulsória de material genético dos indivíduos.

Por fim, o terceiro capítulo da pesquisa consistirá na análise da teoria do garantismo penal, em sua essência, criada por Luigi Ferrajoli, a partir da interpretação atribuída pelo autor. Além disso, buscar-se-á compreender a razão pela qual tal doutrina, embora recepcionada no Direito brasileiro, foi mal compreendida, sendo, inclusive, aplicada de maneira equivocada hodiernamente.

1 A BIOLOGIA À SERVIÇO DO DIREITO: O DNA COMO MEIO DE PROVA

O DNA, denominado Ácido Desoxirribonucleico, para a biologia, existe no núcleo de todas as células e é uma molécula de dupla hélice que contém códigos com diversas informações. Além de multiplicar a célula e construir enzimas, tem como finalidade determinar as características físicas e demais atributos de cada indivíduo. Tal conjunto de características é chamado de genoma. As informações codificadas no interior do DNA são transmitidas de geração para geração, sendo que a metade é oriunda da mãe e a outra metade do pai (SAUTHIER, 2015).

Cada indivíduo possui uma sequência de DNA, de forma que 99% (noventa e nove por cento) desta é idêntica em todos os seres humanos. As diferenças existentes nos indivíduos restringem-se a apenas 1% (um por cento) de tal sequência. Logo, para diferenciar duas pessoas e identificá-las é necessário se basear justamente na porção que as torna distintas, ou seja, na parcela de 1% (um por cento) do genoma (SILVA, 2013 *apud* SAUTHIER, 2015).

A localização de um gene ou de um marcador de DNA é denominada "locus", plural de "loci". Dessa forma, a combinação de todos os "loci" no DNA trata-se do perfil genético. Nesse aspecto, lembra Sauthier:

A tipagem dessa diferença de repetições em vários "loci" combinados gera uma progressão geométrica que irá diferenciar os indivíduos de uma maneira que será muitíssimo improvável existir dois indivíduos com o mesmo perfil genético [...]. O perfil genético (aplótipo) de uma pessoa é exatamente a combinação de todos esses "loci" que, juntos, permitem uma identificação inequívoca do indivíduo. (SAUTHIER, 2015, p. 71).

É por isso que o tema é tão importante para o Direito Processual Penal, uma vez que outra ciência (biológica) está a serviço do Direito (Penal), especialmente quando a biologia toca o Direito, emergindo como uma ferramenta útil e eficaz para fins investigativos e probatórios na persecução criminal.

Como visto, o sistema biológico oferece um padrão científico quase seguro para que o Direito possa se apropriar desses métodos como meio para a busca por uma verdade processual. Isso, evidentemente, pode contribuir para um modelo de produção de prova que possibilite amplitude de defesa e do contraditório, próprios de um processo penal constitucional e assegurados no artigo 5º, LV, da Carta Maior. Todavia, esse processo biológico de identificação do DNA passou por uma evolução, que é o tema a ser abordado no próximo item.

1.1 APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DA TIPAGEM DO DNA

Em meados do Séc. XIX, em Paris, o sistema policial francês possuía dificuldades em identificar determinados delinquentes. Os criminosos, a fim de furtarem-se da punição mais severa em face de sua reincidência, por diversas vezes, afirmavam possuir nome diverso de seu verdadeiro, dificultando sua real identificação (GALEANO, 2012).

À época, Alphonse Bertillon, auxiliar escrevente da Polícia, era o funcionário responsável por organizar as fichas de identificação de todos os indivíduos com passagem pela delegacia. As fichas de identificação se avolumavam, dificultando sua localização. Foi aí que Bertillon propôs um novo método para identificar os delinquentes e evitar que estes ludibriassem o sistema persecutório criminal e restassem impunes no tocante à reincidência (GALEANO, 2012).

O sistema de Bertillon, nominado "Bertillonage", se tratava da combinação de medidas físicas, a partir da medição milimetricamente precisa de partes do corpo, mais precisamente da estatura, envergadura, altura do busto, comprimento e largura da cabeça, comprimento da orelha direita, comprimento do pé, dedo médio e antebraço esquerdo. Tal conjunção denominava-se antropometria judiciária (GALEANO, 2012).

Sobre o tema, importante o apontamento de Maria Helena Diniz, com precisão, ao conceituar o termo "antropometria judiciária" como:

1. Conjunto de processos para mensurar o corpo humano ou as suas partes. 2. Método de Bertillon, apropriado para a identificação judiciária, consistente em verificar os caracteres somáticos identificadores do indivíduo, apontando suas particularidades, como anomalias, cicatrizes, deformidades, tatuagens [...]. (DINIZ, 2010, p. 43).

O fato é que as medidas de partes específicas do corpo, aliadas a mais duas informações adicionais, tornavam praticamente impossível a existência de dois indivíduos com todas as características idênticas, possibilitando, assim, que a reincidência fosse efetivamente comprovada. A primeira era o denominado "assinalamento descritivo", a partir da observação morfológica e fisionômica de uma pessoa, inclusive da morfologia da área dos olhos e aspectos das variações cromáticas da pigmentação da íris (GALEANO, 2012).

A seu turno, a segunda informação adicional a ser considerada eram as "marcas particulares". Nesse grupo incluíam-se uma descrição minuciosa da localização de cicatrizes, marcas e tatuagens existentes no corpo do acusado. Surgia, então, a Bertillonage, um dos primeiros métodos de identificação dos indivíduos, adotada na França e expandindo-se para diversos outros países, inclusive para a América Latina (GALEANO, 2012).

Posteriormente, com o advento da tecnologia, fez-se necessário o estudo de outro método, no intuito de facilitar as investigações, vez que a técnica bertillonage era relativamente trabalhosa. Assim, no que diz respeito à identificação criminal por meio do DNA, o pioneiro nesse sentido foi Alec Jeffreys, biólogo inglês da Universidade de Leicester, que, em 1984, descobriu a existência dos "loci", que produziam uma impressão no DNA (BONACCORSO, 2005).

Após esta descoberta, a tipagem de material genético foi utilizada pela primeira vez em 1985, a fim de resolver um problema de imigração, bem como um caso de estupro. Desde então, a utilização do DNA vem sendo abundantemente difundida e aprofundada para o esclarecimento de delitos e para a identificação humana (BONACCORSO, 2005).

Embora a probabilidade de veracidade seja de 99,99% (noventa e nove vírgula noventa e nove por cento), a identificação humana por meio do DNA ganhou maior credibilidade a partir de sua utilização para fins de investigação de paternidade, eis que é amplamente utilizada em processos de natureza cível. Nesta seara, conforme Almeida Neto e Souza, "O exame de DNA já é consagrado como prova na justiça, na prática forense e até mesmo na justiça civil [...] e recentemente vem podendo auxiliar na justiça criminal." (ALMEIDA NETO; SOUZA, 2015, p. 76).

Além disso, corroborando a afirmação dos autores supracitados, em artigo científico veiculado à Revista Jurídica GV, de São Paulo, Machado, Silva e Miranda atribuem relevância aos exames de DNA e à descoberta de Alec Jeffreys, lecionando que,

Os avanços da genética registados com a criação da tecnologia de identificação de indivíduos por perfil de DNA, por um biólogo inglês [...] permitiu generalizar o uso do teste genético de paternidade nos tribunais ao longo da década de 1990 para efeito de determinação legal da paternidade. Atualmente, os exames genéticos comprovam a existência de laços biológicos entre indivíduos com uma margem de erro muito baixa, conseguindo confirmar a paternidade e a maternidade biológicas de determinado indivíduo com graus de certeza que podem atingir os 99,9%.

Por esse motivo, a verdade biológica estabelecida pelo exame de DNA assume um papel cada vez mais preponderante no estabelecimento legal da paternidade [...]. (MACHADO; SILVA; MIRANDA, 2012).

Hoje, além de ser eficaz em investigações de paternidade, o DNA é meio efetivo para identificar vítimas de delitos e de catástrofes. Em face de sua elevada credibilidade, a análise do DNA tem se mostrado como um método conveniente para a identificação de delinquentes na seara criminal, em razão da sua potencial capacidade de individualização (MACHADO; SILVA; AMORIM, 2010).

Hodiernamente, a tipagem forense de perfis genéticos na justiça criminal obedece a uma série de etapas para sua realização efetiva, desde análises prévias até, enfim, a observação final do genótipo. O início deste processo parte de uma amostra biológica coletada diretamente de um indivíduo ou de um indício, que consiste em uma cena de crime ou em um objeto apreendido (SAUTHIER, 2015).

Para tanto, inicialmente são feitas análises na porção coletada, a fim de detectar a presença de material biológico. No intuito de atingir tal objetivo, faz-se o uso de determinadas substâncias. Veja-se o que sustenta Sauthier:

[...] pode ser utilizado o *crimescope*, que é uma luz forense indicando a presença de algumas substâncias biológicas. O *teste da benzidina*, por sua vez, é utilizado como triagem para pesquisa de sangue. Neste exame, a coloração azulada caracteriza um resultado positivo. [...] O *luminol* é outro teste realizado para auxiliar na detecção de sangue, geralmente em locais de crime ou em objetos muito grandes, tais como edredons ou no interior de um veículo automotor. [...] Para a detecção de sêmen são utilizados os *testes imunocromatográficos*. (SAUTHIER, 2015, p. 75).

Após o respectivo resultado, coleta-se o material para proceder-se à extração do DNA, ou seja, retirá-lo do núcleo presente nas células biológicas. Em seguida, ocorre o procedimento de amplificação do DNA, mediante a multiplicação somente dos fragmentos que interessam à identificação humana e tornam os indivíduos distintos entre si (SAUTHIER, 2015).

Passa-se, a seguir, pela eletroforese capilar, na qual um aparelho lê apenas os "loci" de DNA interessantes à identificação e os envia ao software em que o perfil genético é lido e o banco de dados alimentado. Por fim, este software gera o perfil, fase denominada de análise do genótipo, ocorrendo, por consequência, a tipagem do perfil genético (SAUTHIER, 2015).

Quando se analisa um caso, isto é, um fato que interessa ao Direito, as provas disponíveis pelas partes para provarem seus argumentos de direito devem

ser legais. Isso tanto no aspecto material (prova ilícita) quanto no sentido procedimental (prova legítima). Não é por acaso que a prova científica evoluiu consideravelmente ao longo do tempo, quase no mesmo compasso dos avanços das pesquisas científicas no campo das ciências biológicas.

Isso se deve, sobretudo, aos estudos de países de vanguarda, que buscam na ciência biológica um aporte para melhor prestar a jurisdição, especialmente como um objetivo da segurança jurídica. Exemplos desses países que investem na biologia como meio de prova não faltam. A seguir, traz-se à monografia o caso da Inglaterra, na Europa, Estados Unidos, na América do Norte, e Argentina, país vizinho ao Brasil, na América do Sul.

1.2 A PROVA LEGAL A PARTIR DO DNA NO DIREITO COMPARADO: A INGLATERRA, OS ESTADOS UNIDOS E A ARGENTINA

O primeiro banco de dados de DNA para fins de persecução criminal foi o da Inglaterra, na década de 1990 (ETZIONI, 2007 *apud* GODINHO, 2014). A partir de pesquisas e dados estatísticos, tem-se que até hoje a criminalidade teve significativa diminuição, com a conseqüente retirada de criminosos das ruas. Ainda, diversos crimes antigos e aparentemente sem solução foram desvendados. Além disso, estupradores e assassinos passaram a ser mais facilmente identificados (GODINHO, 2014).

Desde então, este banco tem crescido vertiginosamente, de forma que até a presente data há, aproximadamente, trezentos e cinquenta mil perfis genéticos, coletados em cenas de crimes alimentando o sistema inglês. Anualmente, ocorrem cerca de quarenta mil cruzamentos entre os perfis de DNA colhidos no local do delito e os dados genéticos já existentes no banco de dados (WALLACE, 2015).

Em contraponto ao que aduz Godinho, a pesquisadora Hellen Wallace entende que tais cruzamentos não traduzem a efetividade do banco de dados de DNA na Inglaterra. Para ela, tal entrecruzamento é desnecessário, já que usualmente existem alguns suspeitos para o cometimento de determinado crime. Assim, seus respectivos DNAs poderiam ser coletados e cruzados com aquele encontrado na cena do delito, dispensando-se, dessa forma, a manutenção do sistema de armazenamento de perfis genéticos (WALLACE, 2015).

Com o advento do banco de dados em 1994, as mudanças no cenário da perseguição criminal inglesa foram significativas. Em 2001, houve uma reforma legislativa, autorizando que o DNA de pessoas inocentes fosse mantido no sistema. Logo, mesmo que o indivíduo tivesse sua inocência comprovada ao final do processo, o seu perfil genético restaria armazenado permanentemente (WALLACE, 2015).

Em 2003, uma segunda mudança ocorreu na legislação inglesa, no tocante à expansão das situações de coleta de DNA. A partir daí, a Polícia passou a ter autorização para colher o perfil genético de qualquer pessoa que fosse presa ou conduzida à delegacia para ter contra si ocorrência registrada, tal como causar tumulto durante protesto ou até mesmo estar embriagado ocasionando desordem (WALLACE, 2015).

Porém, houve certa controvérsia em relação a tal assunto, que sempre havia sido densamente apoiado pela população inglesa. Isto se deu pelo fato de a ocorrência supracitada poder dizer respeito até mesmo a uma criança que furtou doces de uma loja, cujo perfil genético seria, então, coletado e armazenado permanentemente no banco de dados. Em decorrência disso, a Corte Europeia de Direitos Humanos manifestou-se contrária a este método, quando, em 2008, declarou tal disposição ilegal (WALLACE, 2015).

Cabe mencionar que no banco de dados da Inglaterra diversas características pessoais são armazenadas. Além do DNA propriamente dito, que consiste na mera informação genética, os registros incluem, ainda, o nome do indivíduo e sua aparência étnica. Ademais, o sistema pode ser facilmente cruzado com o do banco de dados de impressões digitais, possibilitando a identificação dos sujeitos a partir de uma gama de informações pessoais (WALLACE, 2015).

Após a Inglaterra, os Estados Unidos iniciaram o desenvolvimento de investigações utilizando tipagem genética. A partir do uso da genética para fins criminais, alguns fatos começaram a ficar claros, uma vez que "Isso permitiu que mesmo crimes sem autoria conhecida pudessem ser investigados, sendo possível uma alta taxa de sucesso até mesmo quando nenhum suspeito era apresentado." (SAUTHIER, 2015, p. 62).

Em 1994, o "Federal DNA Identification Act" (Ato Federal de Identificação de DNA) autorizou que a Agência Federal de Investigação, FBI, institísse um sistema nacional de DNA nos Estados Unidos da América. Para possibilitar a utilização dos

perfis genéticos para fins forenses, em 1998, foi lançado o programa CODIS ("Combined DNA Index System"), viabilizando, também, o cruzamento e comparação de amostras coletadas (GARRIDO; RODRIGUES, 2015).

O sistema CODIS, além de ter sido implementado nos Estados Unidos, é o utilizado em alguns países europeus, para arquivar os perfis genéticos dos indivíduos. Esse banco contém as informações genéticas dos condenados pela justiça e outras obtidas em cenas de crimes. A partir desse sistema, possibilita-se o cruzamento de informações genéticas de criminosos de todo o país, com o intuito de demonstrar a ligação entre o crime e seus respectivos suspeitos (GODINHO, 2014).

Embora o país pioneiro na utilização do DNA para fins criminais tenha sido a Inglaterra, seguido dos Estados Unidos, tal método persecutório também passou a ser empregado na Argentina (GARRIDO; RODRIGUES, 2015). Cabe ressaltar que em Buenos Aires, capital da Argentina, à época de Alphonse Bertillon, fazia-se uso das inovações propostas pelo biólogo, evidenciando estar o governo sempre em busca de meios eficazes e atualizados para a persecução penal (GALEANO, 2012).

Estritamente no tocante ao DNA, a Argentina possui o Banco Nacional de Dados Genéticos, o qual foi instituído em 1987 pela Lei nº 23.511. No momento da criação, seu fim principal era atuar tão somente na identificação de vítimas de crimes contra a humanidade. Com o decurso do tempo, fez-se necessária a regulamentação do uso do banco de dados para fins investigativos, razão pela qual, em 2009, a Lei nº 26.548 autorizou sua utilização no âmbito forense para a identificação de delinquentes (GARRIDO; RODRIGUES, 2015).

O banco de dados argentino possui uma peculiaridade nos cargos de diretor e vice-diretor. Para ocupar tal função, é necessário prestar concurso público, o qual é amplamente divulgado em âmbito internacional, sendo tal seleção extremamente transparente (GARRIDO; RODRIGUES, 2015).

Afora esses exemplos europeu, norteamericano e sulamericano, há um meio de prova internacional, usado pela Polícia Internacional. A INTERPOL ("International Police") possui seu próprio banco de dados, denominado "DNA Gateway", o qual permite a veiculação de perfis de criminosos, pessoas desaparecidas, corpos sem identificação, dentre outros. Este sistema pode ser acessado por todos os respectivos países membros. Conforme dados veiculados ao site, em cerca de quinze minutos a pesquisa no sistema é finalizada e os resultados são obtidos (INTERPOL, 2016).

Além disso, de acordo com os registros da INTERPOL, disponíveis em sua página virtual, o banco de dados teve início em 2002 e, até meados de outubro de 2015, já contava com mais de cento e cinquenta e oito mil perfis cadastrados. Tais contribuições foram oriundas dos setenta e três países membros do referido sistema, que o utilizam como ferramenta nas investigações criminais.

Ademais, os dados publicados evidenciam que, no período de janeiro a outubro de 2015, mediante o uso do sistema "DNA Gateway", ocorreram setenta e duas combinações entre o DNA coletado na cena do crime com aquele relacionado a determinado perfil já cadastrado. Evidentemente esta ferramenta vem sendo um meio eficaz para as investigações nos países signatários, mas a INTERPOL garante que o banco de dados de DNA é de extrema importância, da mesma forma, para assegurar a inocência de determinados indivíduos.

É evidente que existem outros bancos de dados de tipagem genética a serviço do Direito. Todavia, somente nesses três exemplos é possível se constatar o avanço do emprego de perfis genéticos como prova processual penal.

O Brasil não está alheio às inovações biológicas como meios de prova no campo do Direito. Isso, sem dúvidas, altera procedimentos do processo penal, como se verá no item seguinte.

1.3 O CENÁRIO BRASILEIRO DO EMPREGO DO DNA COMO MEIO PROBATÓRIO

A identificação criminal, importante ferramenta investigativa no Brasil, fundamentada pela Lei nº 12.037/09 (BRASIL, 2009), regulamentou o artigo 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Esta legislação consiste na reunião de informações relativas a uma pessoa sujeita a inquérito policial ou a processo criminal, a fim de gerar um banco de dados que possibilite a investigação policial e a instrução processual.

Na esfera criminal, a identificação ocorre para retratar o autor de um delito, de forma individualizada e certa, a fim de evitar a duplicidade, almejando a segurança jurídica, no tocante ao erro judiciário. Para realizar tal identificação, apontam-se características humanas, tais como a cor da pele, dos olhos, do cabelo, a altura, o sexo, a idade, as impressões digitais, dentre outras (NUCCI, 2014). Nesse sentido, Maria Helena Diniz define identificação criminal como a coleta de material

dactiloscópico e fotográfico de determinado indivíduo, no âmbito do inquérito policial (DINIZ, 2010).

A seu turno, a implantação do banco de dados de DNA, para fins de identificação criminal, foi regulamentada pela Lei nº 12.654/12 (BRASIL, 2012). Nesse sentido, Rogério Sanches Cunha e Luís Flávio Gomes entendem que a nova lei foi criada em razão de a identificação papiloscópica ou a fotográfica nem sempre serem certas e inconfundíveis, já que podem ser modificadas ou alteradas com a ação do tempo ou por meio de cirurgias (CUNHA; GOMES, 2012).

A partir de sua entrada em vigor, houve duas inovações na esfera probatória do processo penal, quais sejam:

(i) A inclusão da tipagem forense de perfis genéticos como um dos métodos de identificação criminal previstos em lei (ao lado da tomada fotográfica e da datiloscopia), e (ii) a previsão de criação do banco de perfis genéticos para fins criminais, com o estabelecimento de regras para a sua administração e uso. (SAUTHIER, 2015, p. 95).

A inclusão do DNA do indivíduo no banco de dados ocorre, em regra, na fase pré-processual, ou seja, antes da condenação, mediante autorização judicial. (SAUTHIER, 2015). Entretanto, é possível que a inclusão seja feita no âmbito da execução da pena, a fim de alimentar o banco de dados para "[...] a realização de identificações e investigações criminais na persecução penal de outros crimes (futuros ou pretéritos), diversos daquele que ensejou a condenação do imputado." (SAUTHIER, 2015, p. 97).

A Lei nº 12.654/12 (BRASIL, 2012), em seu art. 9º-A, dispõe que os condenados por crime doloso, praticado mediante violência ou grave ameaça, ou por crimes considerados hediondos, de acordo com a Lei nº 8.072/90 (BRASIL, 1990), serão obrigatoriamente submetidos à identificação criminal por meio de amostras de DNA. Em razão disso, Sauthier sustenta que não há que se falar em violação ao princípio da não-autoacusação e da presunção da inocência, tendo em vista que o réu não se presume mais inocente, uma vez que já foi condenado (SAUTHIER, 2015).

Nesse caso, a inserção ocorre após uma condenação transitada em julgado em desfavor do acusado. Assim, dispensa-se a autorização judicial, mesmo que o criminoso não consinta com a coleta de DNA. Tendo em vista que não há previsão legal quanto ao tempo de permanência do perfil no banco de dados nestas

situações, sugere-se, doutrinariamente, que a retirada ocorra quando o réu for considerado reabilitado (SAUTHIER, 2015).

Em relação à reabilitação criminal, Sauthier vai dizer que tal critério se mostra inapropriado, uma vez que é desconectado dos fins almejados com esta investigação. Ressalta o criminalista que o interesse estatal em manter os dados armazenados ocorre em razão de possibilitar a manutenção de dados progressos do acusado. Dessa forma, para atingir os fins pretendidos, demandaria um prazo temporal mais elástico (SAUTHIER, 2015).

Isso significa dizer que quando a inclusão dos dados genéticos ocorrer antes da condenação, consoante se depreende do art. 7º-A, da Lei nº 12.654/12 (BRASIL, 2012), o perfil permanecerá armazenado pelo período de prescrição do crime em exame (SAUTHIER, 2015). Para Guilherme Nucci, uma vez realizada a inclusão do perfil genético na base de dados, deveria permanecer armazenada de forma definitiva (NUCCI, 2014).

Nesta seara, Rafael Sauthier defende que condicionar a exclusão dos dados à prescrição do crime em exame é descabido, vez que não há relação entre tal prazo estabelecido e a possibilidade de reincidência. Refere o autor que "[...] a reincidência delitiva pode ocorrer num prazo maior, além da prescrição do crime objeto de condenação." (SAUTHIER, 2015, p. 180).

A lei estabelece, ainda, que a forma apropriada para a coleta das amostras biológicas é mediante técnica adequada e indolor. Para Rafael Sauthier, atualmente a técnica mais adequada a ser utilizada é o suabe bucal, que consiste num esfregaço na mucosa oral. Elenca também a lanceta, entretanto, refere haver divergências sobre o fato de ela ser indolor, por causar certo desconforto (SAUTHIER, 2015).

Em relação à utilização dos perfis genéticos, duas são as situações em que tal meio de prova pode ocorrer. A primeira ocorre por meio da comparação de perfis genéticos, no momento em que a base de dados é alimentada. Assim,

Ao inserir no banco a nova informação genética, poderá ocorrer um 'hit' com algum outro perfil coletado anteriormente. Se o perfil inserido for de um indivíduo de referência, o "match" poderá ocorrer com (a1) outro perfil tipado a partir de amostras coletadas em local de crime. [...] O "hit" poderá ainda ocorrer em relação a (a2) outro perfil tipado anteriormente a partir das amostras de um indivíduo de referência, inseridas na base de dados num registro anterior (primeiro ou não). [...] Por outro lado, se o novo perfil for tipado a partir de amostras coletadas de uma cena de crime, a coincidência

pode ocorrer em relação a um (a3) perfil anterior tipado de um indivíduo de referência. [...] Por fim, o perfil surgido do local de crime poderá coincidir com (a4) um perfil surgido a partir de um outro local de crime. (SAUTHIER, 2015, p. 182).

A segunda verifica-se quando a Autoridade Policial tem acesso às informações contidas nos bancos de dados, para fins de identificação e investigação criminal. Nesse caso, o banco não é acessado para comparar perfis genéticos em busca de um "match", mas sim para o provimento de informações complementares e acessórias que poderão ser utilizadas no curso da investigação. Para tanto, será imprescindível que a autoridade policial represente ao juiz competente, no intuito de solicitar autorização para acessar a base de dados (SAUTHIER, 2015).

Em razão das duas situações anteriormente expostas, Sauthier aduz que o maior problema consiste na má utilização dos perfis genéticos, ou seja, quando estes são empregados para fins diversos da investigação criminal. Por conseguinte, tal fato resulta em violação de direitos e de garantias fundamentais, principalmente no que diz respeito à privacidade e à intimidade, consubstanciadas no artigo 5º, X, da Constituição Federal (SAUTHIER, 2015).

É exatamente por isso que a legislação previu expressamente que o banco de dados deverá ser sigiloso. Veja-se que, em seu artigo 5º, §2º, o legislador determinou que os dados constantes nos bancos de perfis genéticos têm caráter sigiloso. Assim, aquele que utilizá-los para fins diversos da investigação criminal, dos previstos na Lei nº 12.654/12 (BRASIL, 2012) ou dos apontados em decisão judicial responderá nas esferas penal, civil e administrativa. Sauthier relata que o desvio de finalidade, neste caso, ocorre na utilização posterior do banco de perfis genéticos, como, por exemplo, na cessão dos dados para terceiros, para pesquisas científicas tais como a propensão para doenças ou, também, como fator de discriminação ao contratar um seguro de vida ou de saúde (SAUTHIER, 2015).

Na seara penal, o indivíduo responsabilizado poderá responder por dois delitos, quais sejam, violação de sigilo funcional, tipificado no artigo 325 do Código Penal, e divulgação de segredo, previsto no artigo 153 do referido diploma legal, sendo que o cometimento de tais crimes pode ocorrer tanto na forma simples quanto na qualificada (SAUTHIER, 2015).

Diferentemente da criminal, há a identificação civil por meio da carteira de identidade. Esta consiste no "[...] ato de qualificação da pessoa procedido por órgão

oficial dotado de fé pública." (DINIZ, 2010, p. 311). Na carteira de identidade estão inseridas as informações referentes à filiação, fotografia e impressão digital. Além disso, Guilherme Nucci aduz que, ao longo da vida, o sujeito se submete a diversas identificações, tais como o documento de passaporte, a carteira de trabalho, dentre outras (NUCCI, 2014).

Assim, Nucci defende a utilização da genética nas investigações criminais, estabelecendo a seguinte relação:

[...] acrescendo-se ao campo da identificação criminal, que já conta a impressão datiloscópica e a fotografia, a coleta de material biológico, aperfeiçoa-se o sistema, permitindo-se maior segurança. Segundo cremos, esse modelo deveria ser implantado no cenário da identificação civil, como regra, para todos os brasileiros. [...] Entretanto, não vislumbramos nessa colheita nenhuma invasão à intimidade ou à vida privada, nem tampouco a qualquer direito ou garantia na área processual penal, pois se volta à correta identificação individual, algo que não abrangido por qualquer direito vinculado à defesa do réu. Tanto é certo que, no interrogatório de qualificação, o acusado não pode silenciar nem faltar com a verdade. (NUCCI, 2014, p. 384).

Ainda que apresente documento de identificação civil, o indivíduo não fica isento da identificação criminal, de acordo com a Lei nº 12.037/09 (BRASIL, 2009), nos seguintes casos: quando o documento apresentar rasura ou indício de falsificação; quando o documento for insuficiente para identificar o acusado; quando o acusado portar documentos com informações conflitantes; quando a identificação criminal for essencial às investigações policiais; quando houver registro do uso de outros nomes por parte do acusado; quando o documento apresentado impossibilitar a completa identificação dos caracteres essenciais.

Posteriormente, a Lei nº 12.654/12 (BRASIL, 2012), regulamentou o dispositivo legal supracitado. Assim, no caso de a identificação criminal ser essencial à investigação criminal, autoriza-se a coleta de material biológico para obter o perfil genético do acusado. Dessa forma, "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." (CUNHA; GOMES, 2012).

Diante disso, tem-se que a legislação não previu expressamente as hipóteses em que a tipagem genética será utilizada. Logo, segundo Sauthier, o que a lei fez foi "[...] traçar um critério subjetivo, pelo qual a tipagem será determinada mediante autorização judicial fundamentada." (SAUTHIER, 2015, p. 96). Esta decisão, que

poderá ocorrer de ofício ou a partir de provocação, mediante representação da autoridade policial, requerimento do Ministério Público ou da defesa, não só terá poder de determinar a identificação criminal como também de escolher a tipagem genética como o meio a ser usado (SAUTHIER, 2015).

É salutar registrar que, efetivamente, a genética forense no Brasil teve início em 1995, com a inauguração do laboratório de DNA criminal da Polícia Civil do Distrito Federal, no qual foram realizados os primeiros treinamentos para peritos de diversos Estados. Após, surgiram os laboratórios de genética forense nos Estados do Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Paraná, Mato Grosso do Sul, São Paulo e Paraíba. Até a edição da Lei nº 12.654/12 (BRASIL, 2012), esses locais alimentavam os bancos de dados apenas com amostras coletadas nas cenas de crimes (SAUTHIER, 2015).

Em razão de diversos países utilizarem tal sistema, em maio de 2009, o Brasil firmou um Termo de Compromisso com o governo americano e, posteriormente, criou o projeto denominado Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG). (GODINHO, 2014). Além de coordenar as ações dos órgãos cuja finalidade é gerenciar o banco de dados e integrar os respectivos laboratórios, esta rede tem o objetivo de "[...] compartilhar e comparar perfis obtidos de vestígios criminais, em âmbito nacional, viabilizando a possibilidade de relacionar crimes e, conseqüentemente, direcionar as investigações em prol da segurança pública." (GODINHO, 2014, p. 25).

O Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013, regulamentou a Lei nº 12.654/12 (BRASIL, 2013; BRASIL, 2012), instituindo, em seu art. 1º, o Banco Nacional de Perfis Genéticos, além da RIBPG. O banco tem como objetivo armazenar os dados genéticos coletados, a fim de subsidiar ações persecutórias de crimes. Ainda, o art. 8º deste Decreto previu a possibilidade de utilização deste banco para a identificação de pessoas desaparecidas (SAUTHIER, 2015).

No que diz respeito aos benefícios oriundos da plena utilização dos bancos de DNA para fins de investigação criminal, Neide Maria de Oliveira Godinho aduz que

Quanto maior o número de amostras de DNA de cenas ou de vítimas de violência for coletado, analisado e inserido no banco de dados, maior será a quantidade de crimes solucionados, o que poderá aumentar ainda mais com a inserção de perfis genéticos de indivíduos condenados por crimes hediondos. (GODINHO, 2014, p. 24).

Entretanto, embora não se possa negar que a utilização da tipagem genética forense seja um meio eficaz para a persecução criminal, ante os resultados extremamente satisfatórios obtidos nos demais países, há correntes que afirmam haver plena violação a direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. O principal problema gira em torno da negativa de consentimento à coleta de perfil genético, uma vez que, para Sauthier, "[...] obrigar um indivíduo sem o seu consentimento a coletar amostras biológicas poderá, em tese, violar diversos direitos fundamentais e inclusive a própria dignidade da pessoa humana." (SAUTHIER, 2015, p. 104).

É óbvio que os avanços das pesquisas no campo da ciência biológica sofrerão constantes alterações, a cada nova descoberta e a cada passo dado pelos laboratórios, especialmente a partir de uma "corrida" pelo conhecimento e combate às doenças mais graves. O Brasil, ainda que em certo descompasso, se apressa para se apropriar das mais avançadas pesquisas e se coloca no rol daqueles países que possibilitam meios de provas biológicas, como é o caso do banco de perfil genético.

Não há discussão acerca do avanço das pesquisas biológicas e de que os métodos dessa ciência podem servir de meios de provas para o Direito. Todavia, considerando a índole garantista - no melhor da expressão - do processo penal, resta traçar os limites constitucionais desses meios de provas, que inevitavelmente devem dialogar com a ampla defesa e com o contraditório, naquilo que se consagrou como o devido processo legal, conforme dispõe a Carta Maior, em seu artigo 5º, LV, ou para falar em termos mais próximos à prova penal, o devido processo penal. São esses os desafios do próximo capítulo, isto é, os limites do emprego de tais provas a partir do devido processo penal.

2 PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL: A PROVA PROCESSUAL PENAL E O DEVIDO PROCESSO PENAL

O direito processual penal é o ramo jurídico responsável por atender às demandas de matéria criminal. Ocupa-se não somente com a prestação jurisdicional no âmbito penal, como também com a investigação e posterior punição dos infratores. Com maestria, conceitua Maria Helena Diniz:

PROCESSO PENAL. [...] 2. Instrumento apropriado para a composição de litígios penais, uma vez que abrange um conjunto de atos imprescindíveis para a movimentação da ação do Poder Judiciário para reunir provas, constituir culpa, impor penas àquele que cometeu o delito. (DINIZ, 2010, p. 472).

O "jus puniendi", função intrínseca do processo penal, consiste no poder conferido ao Estado para que, exclusivamente, exerça seu direito de punir aqueles que cometeram delitos. Ao passo que o ente estatal detém a pretensão punitiva, o infrator busca exercitar suas defesas técnica e pessoal, pautadas nos princípios constitucionais que delineiam o processo (CAPEZ, 2014).

Assim, surge a lide penal, caracterizada pela relação jurídica processual formada pelo juiz e pelas partes, cujo meio de dirimir-se é o processo, mediante uma "sequência de atos que compreendam a formulação da acusação, a produção das provas, o exercício da defesa e o julgamento da lide." (CAPEZ, 2014, p. 43).

Para cumprir a função que lhe foi conferida e formar a convicção do juiz, o ente estatal carece de instrumentos que possibilitem o exercício do "jus puniendi" enquanto o acusado necessita demonstrar não ser culpado pelo delito a ele imputado. Com este intuito adotam-se as provas, admitidas pelo Código de Processo Penal, nos artigos 155 ao 250, que elencam as diversas modalidades probatórias.

As provas na persecução penal serão objeto de análise no presente capítulo, com abordagem de suas espécies, valoração, limites de aplicação no direito brasileiro, principalmente no que tange ao DNA, tema desta monografia. Além disso, em momento posterior, discorrer-se-á acerca do princípio da vedação da autoincriminação, diretamente relacionado à concessão de material genético para fins investigativos.

2.1 BREVE ESCORÇO SOBRE A PROVA NA INVESTIGAÇÃO E NO PROCESSO PENAL

No processo penal, entende-se como prova "[...] todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação." (CAPEZ, 2014, p. 367). Em linhas gerais, trata-se da forma pela qual a veracidade do fato será atestada, no intuito de provar a inocência do acusado ou declarar o indivíduo culpado.

A seu turno, Giacomolli estabelece seu conceito para a prova:

A palavra prova, no processo penal, passou a representar tudo o que a ela pertine, ou seja, os meios empregados na demonstração dos fatos ou do *thema probandum*, a atividade utilizada pelas partes para levar ao processo os meios de prova, bem como o próprio resultado do procedimento probatório, ou seja, o convencimento exteriorizado pelo julgador. (GIACOMOLLI, 2015, p. 172).

As provas são pautadas por princípios gerais, a fim de nortear sua admissão, produção e valoração, a partir do estabelecimento de diretrizes para orientá-las. Fábio Motta Lopes define princípios como padrões, cujas "[...] regras ditam condutas (positivas ou negativas), ordenando que se faça o que elas exigem. São normas descritivas que definem obrigações, permissões e vedações." (LOPES, 2009, p. 72).

Em um primeiro momento, se verifica o princípio da autorresponsabilidade das partes, pelo qual estas serão plenamente responsáveis pela prova apresentada e assumirão os riscos decorrentes de sua inércia, de erro ou da prática de atos intencionais (CAPEZ, 2014).

Pelo princípio da audiência contraditória, tem-se que qualquer prova será submetida à contraprova, de forma que não haverá produção probatória sem que a outra parte tenha conhecimento. O princípio da aquisição, também denominado comunhão da prova, rege que as provas pertencem ao processo, independentemente de quem as tenha produzido, podendo ser utilizadas conforme o interesse da justiça (CAPEZ, 2014).

A oralidade apresenta-se também como princípio basilar das provas no processo penal, pela qual a palavra falada possui predominância. Assim, os depoimentos deverão ser colhidos oralmente, não podendo ser substituídos por outros meios, tais como declarações particulares. A partir da oralidade, decorre o

princípio da concentração, objetivando que toda produção probatória seja concentrada na audiência (CAPEZ, 2014).

Por sua vez, o princípio da publicidade dispõe que todos os atos judiciais são públicos, incluindo-se as provas e sua produção. Possui, entretanto, uma única ressalva, no tocante aos processos que tramitem em segredo de justiça, na forma da lei. Ainda, há o princípio do livre convencimento motivado, cujo intuito é que as provas sejam apreciadas pelo julgador, já que estas não são expressamente valoradas pela legislação. Deverá, contudo, o juiz permanecer adstrito aos fatos e às circunstâncias constantes nos autos para prolatar sua decisão, de forma motivada, por força do artigo 93, IX, da Constituição Federal (CAPEZ, 2014).

Embora o (contestado) princípio da verdade real, existente no processo penal, assegure a plena produção probatória, tal máxima não é absoluta, vez que possui determinadas limitações. Cabe mencionar que, conforme preceitua Giacomolli, ao buscar-se a prova, considerar-se-á a metodologia que não constitua ofensa aos direitos fundamentais dos indivíduos, preservando o ser humano como sujeito de direito (GIACOMOLLI, 2015). Nesse sentido, aduz que

O direito à prova, em sua concepção ampla, não é absoluto, pois encontra anteparo na normatividade convencional, constitucional e ordinária. [...] As provas inadmissíveis, vedadas, proibidas quando contaminantes do processamento em face do nexo de dependência (outras provas, v. g.), quanto da impressão contagiante (órgão julgador, v. g.), não servem de suporte suficiente ao juízo condenatório. (GIACOMOLLI, 2015, p. 177).

Primeiramente, não são admitidos no processo penal os meios de provas cujas condutas praticadas em seu desenvolvimento enquadrem-se em delito criminal ou, ainda, que violem garantias fundamentais. Nesse contexto, se encontram as ameaças, torturas, emprego de força física e/ou psicológica, mentira artilosa, dentre outros artifícios (GIACOMOLLI, 2015).

Em consonância com o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, e com o artigo 157 do Código de Processo Penal, são inadmissíveis as provas ilícitas, entendendo-se estas como aquelas que violem normas constitucionais e legais, ressalvadas determinadas hipóteses. Importante elencar a diferença entre as provas ilícitas e as ilegítimas.

As provas ilícitas, para Capez, são as que afrontam normas de direito material, enquanto as ilegítimas atentam contra normas processuais. Logo, a

confissão obtida mediante tortura configura prova ilícita e a exibição de documento em plenário do Júri com desrespeito ao prazo de três dias previsto no artigo 479, *caput*, do CPP, consiste em prova ilegítima (CAPEZ, 2014). De qualquer forma, em quaisquer das modalidades tais provas serão desentranhadas do processo e inutilizadas.

Contudo, conforme anteriormente mencionado, existem ressalvas no tocante à vedação do uso de provas ilícitas no processo penal. Admite-se eventualmente o uso de tais provas com base no princípio da razoabilidade, de forma que

[...] o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado. (CAPEZ, 2014, p. 373).

Em complemento, Capez entende não ser razoável que o magistrado adote uma postura extremamente inflexível, a ponto de não aceitar provas ilícitas em quaisquer situações. Justifica tal posicionamento alegando que em alguns casos o interesse a ser tutelado é mais relevante do que a intimidade do acusado que se pretende preservar. Conclui que "[...] surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer." (CAPEZ, 2010, p. 373).

Nesse sentido é o entendimento de Cristiano Ribeiro Ritta, que se posiciona da seguinte forma:

O que a doutrina, agora, tem propugnado, é a possibilidade de utilização de uma prova ilicitamente produzida para beneficiar o réu. Segundo essa doutrina, na colisão entre direitos fundamentais não há como afastar o direito de defesa e liberdade em benefício apenas do *due process of law*. Argumenta-se que, conquanto a dignidade da pessoa humana possa ser violada ao se admitir uma prova ilícita, não há outro bem fundamental que possa erigir sem que o desequilíbrio seja manifesto. [...] Portanto, sopesando os direitos com a utilização da proporcionalidade, admite-se a prova que atua em benefício do réu, sendo prejudicado o Estado. (RITTA, 2015, p. 46).

Ainda no âmbito das espécies de provas vedadas no direito brasileiro, encontram-se aquelas previstas no artigo 400, § 1º, do Código de Processo Penal. De acordo com o referido diploma legal, o magistrado pode indeferir as provas por ele consideradas irrelevantes, impertinentes e meramente protelatórias. Para tanto,

deverá emitir juízo prévio, pautado em substratos fáticos concretos demonstrados no processo, observados os argumentos apresentados pelas partes (GIACOMOLLI, 2015).

Salvo com o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, são inadmissíveis as provas emprestadas. Estas apenas são admitidas no processo penal se "[...] o imputado, contra quem se pretende utilizar a prova, participou de sua produção e lhe foi oportunizado o debate contraditório" (GIACOMOLLI, 2015, p. 186). Além disso, para a prova emprestada ser admitida, faz-se necessária a conexão com o tema do processo em que será incorporada.

Com relação às provas, insta mencionar que estas são diferentes dos indícios. De acordo com Maria Helena Diniz, as provas são elementos idôneos para a formação da convicção do juiz e apuração da veracidade dos fatos. Os indícios, por sua vez, são vestígios que constituem meros princípios de provas, enquadrando-se como provas indiretas, vez que, por indução, levam a concluir algo relacionado ao fato (DINIZ, 2010).

Importante frisar que os indícios, em regra, por si só, não são capazes de ensejar uma condenação, embora existam julgados contrariando tal disposição. Daí porque os indícios são tão válidos como qualquer outra prova. Entretanto, somente são capazes de embasar decisões pautadas no princípio *in dubio pro societate* (CAPEZ, 2014). Sobre o tema, colaciona-se entendimento de Fernando Capez:

De fato, uma sucessão de pequenos indícios ou a ausência de um álibi consistente do acusado para infirmá-los pode, excepcionalmente, autorizar um decreto condenatório, pois qualquer vedação absoluta ao seu valor probante colidiria com o sistema da livre apreciação das provas, consagrado no atual art. 155 do Código de Processo Penal. (CAPEZ, 2014, p. 471).

No que diz respeito à valoração, as provas podem ser plenas ou não plenas. As plenas são convincentes para acarretar na formação de juízo de certeza pelo julgador. Já as provas não plenas, também denominadas indiciárias, trazem consigo juízo de mera probabilidade, sendo aplicadas somente nas fases processuais que não exigem certeza, tais como na sentença de pronúncia ou no decreto de prisão preventiva. Esta é, portanto, a classificação em que se enquadram os indícios (CAPEZ, 2014).

Quanto à forma, há também subdivisão. A prova testemunhal resulta do depoimento prestado por indivíduo estranho ao processo sobre fatos dos quais

tenha conhecimento ou tenha presenciado. A seu turno, a prova documental é produzida mediante a juntada de documentos. Por fim, a prova material é obtida por meio químico, físico ou biológico. Nesta categoria se encontram os exames de corpo de delito (CAPEZ, 2014).

O Código de Processo Penal prevê diversas modalidades probatórias em seus artigos. No entanto, embora não expressamente previstas, não se vislumbra óbice na utilização de meios de prova que não estejam arrolados no referido diploma legal, tal como o exame de DNA, cuja admissibilidade será abordada a seguir.

Com o desenvolvimento desenfreado das tecnologias, quando se fala em investigação criminal, nos dias de hoje, é imprescindível que o Estado, mediante a Polícia judiciária, faça uso de tais descobertas e avanços no âmbito da persecução criminal. Para furtarem-se de posterior identificação e punição, os delinquentes fazem uso de diversos artifícios. É por isso que, em alguns casos, o exame de DNA ascende como ferramenta eficaz para apontar os culpados pelo cometimento de determinados delitos.

Ao discorrer sobre a utilização de amostras genéticas na persecução penal, é relevante abordar que as identificações criminais, a serviço das investigações, classificam-se em imediatas e mediatas. As imediatas acontecem de forma direta, mediante a realização do exame e posterior assinalamento das características constatáveis, na presença do indivíduo (SAUTHIER, 2015). Sobre o assunto, Sauthier esclarece que

Nesta espécie de identificação criminal, são observadas claramente as três (03) fases do procedimento de identificação: Um primeiro registro e arquivo prévio dos caracteres sinaléticos, um segundo registro, quando o indivíduo a ser identificado é encontrado, e a posterior análise, com a comparação dos elementos sinaléticos anotados nos dois registros e a conclusão pela identidade ou não do indivíduo. (SAUTHIER, 2015, p. 35).

O cruzamento de dados do sujeito com aqueles já armazenados será feito da seguinte forma: "[...] o banco irá comparar o novo perfil tipado com o registro dele próprio, feito anteriormente, sendo que, a partir da comparação, será possível confirmar ou afastar a sua identidade." (SAUTHIER, 2015, p. 82). Logo, ocorre ao simplesmente constatar se determinada pessoa realmente é quem ela alega ser, com base em seus dados constantes no sistema.

Por sua vez, a identificação de caráter mediato ocorre de maneira diversa. Veja-se:

[...] são examinadas as características identificadoras encontradas em vestígios materiais na cena do crime (ou objetos apreendidos), e que são comparadas com vestígios pertencentes a uma pessoa referida (constantes num registro, por exemplo) ou com as próprias características identificadoras constatáveis na própria pessoa referida, em presença do perito. [...] a constatação das características identificadoras se dá de forma indireta, sem a presença da pessoa a ser identificada, mas por vestígios deixados por ela. Por isso se diz que a identificação é mediata. (SAUTHIER, 2015, p. 35).

As investigações criminais podem caminhar lado a lado com a identificação criminal, seja na modalidade imediata ou na mediata. Quando a autoria do delito é conhecida, cabe à Autoridade Policial confirmar a identidade do indivíduo que se encontra detido, averiguando se é o mesmo a quem se atribui a autoria delitiva, situação em que se verifica a identificação imediata (SAUTHIER, 2015).

Já quando a autoria do delito é desconhecida, "[...] os únicos vestígios que podem levar à identificação são as impressões digitais, as amostras biológicas encontradas na cena do crime e nos objetos apreendidos, dentre outras provas." (SAUTHIER, 2015). Em tais situações, a identificação criminal e a investigação estão intrinsecamente ligadas, de forma que aquela é ferramenta valiosa para o sucesso desta. Nesses casos, ocorre a identificação mediata.

Ao tratar da coleta de material genético para análise e cruzamento de dados, frise-se que não se diz respeito tão somente a exame sanguíneo. Conforme mencionado no primeiro capítulo desta monografia, é possível identificar o DNA presente na saliva e em demais partes desintegradas do corpo humano. Isso significa que existem formas alternativas e não invasivas que possibilitam a plena utilização do DNA como prova no processo penal.

Dentre as amostras de perfil genético que podem ser coletadas das cenas de crime e posteriormente ter o DNA delas extraído, destacam-se a saliva, o sangue, fios de cabelo, sêmen, células, partes de tecidos humanos, pele, urina. Qualquer delas pode ligar um crime a seu autor, servindo como prova fundamental (SAUTHIER, 2015).

No entanto, o exame de DNA, embora seja eficaz, por si só não tem o condão de ensejar uma condenação criminal. Para tanto, pertinente o esclarecimento de

Sauthier nesse sentido, o qual, a fim de evitar interpretações equivocadas acerca da temática, discorre que

É importante destacar que um match entre o DNA de uma amostra biológica coletada num local de crime e o DNA de um suspeito não necessariamente significa que tal imputado é o autor do delito. Tal situação apenas liga o indivíduo à cena do crime, colocando-o dentro dela. A interpretação que a investigação irá fazer é que poderá provar ou não a autoria do fato. (SAUTHIER, 2015).

Ainda, para que um exame de DNA realizado seja considerado admissível como meio probatório, é imprescindível que tenham sido empregados métodos científicos juridicamente aceitáveis, satisfazendo os padrões necessários das provas científicas. Não se trata, contudo, na mera aceitação do método laboratorial para a comparação das amostras (BONACCORSO, 2005).

Uma das celeumas para a admissão do DNA como prova nos Estados Unidos reside no fato de que determinados laboratórios não seguem os procedimentos de modo adequado, razão pela qual o perfil genético poderia sofrer alterações, acarretando resultados diversos do correto, o que também se alega no Brasil. Dessa forma, com a adoção de protocolos inadequados, não haveria redução suficiente do risco de erro nas análises, impossibilitando a exatidão na tipagem e que esta seguisse padrões minuciosos de qualidade (BONACCORSO, 2005).

Não obstante, Bonaccorso afirma que, conforme sua pesquisa ao desenvolver sua tese de doutorado, os tribunais norte-americanos não costumavam excluir provas relativas ao DNA, desconsiderando eventuais inadequações procedimentais (BONACCORSO, 2005).

Outrossim, com o advento da Lei nº 12.654/12, conforme já discorrido no primeiro capítulo, houve a regulamentação das situações em que o juiz está autorizado a determinar a coleta de material genético, seja para investigações em curso ou tão somente para alimentar o banco de dados. Dessa forma, o poder conferido pela Lei ao juiz atribui licitude à decisão judicial, bem como ao ato da coleta da amostra biológica em si.

Além do mais, ainda no intuito de atribuir credibilidade ao exame de DNA no meio criminal, pertinente a colocação de Giacomolli, que lembra que independentemente do grau de especialidade aplicado na prova científica, esta deverá ser submetida ao crivo do contraditório (GIACOMOLLI, 2015).

É o que ocorre com qualquer modalidade de prova, como a testemunhal ou a pericial. Logo, sem adentrar na seara da autoincriminação, objeto a ser estudado na próxima seção, não se vislumbra óbice à utilização do material genético como prova, desde que determinado judicialmente por juiz competente e que sujeito aos mesmos trâmites legais que as demais, respeitando as garantias e princípios que regem o processo penal.

2.2 EM DESTAQUE: UMA ADEQUADA INTERPRETAÇÃO DA VEDAÇÃO DA AUTOINCRIMINAÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a incorporar uma série de direito e de garantias individuais, e, conseqüentemente, com reflexos na seara processual. Essa gama de direitos visa a assegurar que os processos tramitem em conformidade com as normas positivadas, além de não infringirem garantias fundamentais dos seres humanos.

Com isso, houve uma afirmação dos direitos humanos, afastando o modelo inquisitorial anteriormente adotado, pautando-se a gestão da prova na dignidade da pessoa humana, ao vedar, inclusive, a tortura e tratamentos desumanos e cruéis nos âmbitos investigatório e processual. Ao distinguir os sistemas processuais, Giacomolli aduz que

[...] verifica-se que o sistema processual desenhado pelo constituinte é o acusatório, entendido como o de separação entre as funções de acusar e julgar, envolto por um manto de princípios e garantias, as quais afastam as características do sistema inquisitorial. Isso porque 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 autoincriminatório, o juízo predeterminado legalmente, a prisão como extrema ratio, a exclusividade da ação penal pública ao Ministério Público. (GIACOMOLLI, 2015, p. 85).

Nesse contexto, alcança destaque na presente subseção a garantia atribuída aos indivíduos no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal, qual seja, o direito ao silêncio, em conjugação com o artigo 8.2, "g", da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que assegura o direito de o indivíduo não ser obrigado a depor contra si mesmo. Tais previsões legais consistem no desdobramento do princípio denominado "nemo tenetur se detegere", que abarca o

direito de não produzir prova contra si mesmo, assunto que toca diretamente no tema da presente monografia.

De acordo com o "nemo tenetur se detegere" (nada a temer por se deter), ou não autoincriminação, o indivíduo não pode ser compelido a colaborar na produção probatória em seu desfavor, independentemente da modalidade de prova a ser produzida. Assim, abarca as provas documentais, periciais e inclusive o interrogatório, em que o acusado não está obrigado a depor contra si mesmo (GIACOMOLLI, 2015).

Ademais, segundo o princípio da não autoincriminação, a vedação diz respeito não somente a ordens emanadas por autoridades, como também àquelas proferidas por particulares. Além do mais, considera-se ofensa ao princípio a obrigação ao indivíduo para que forneça qualquer tipo de declaração que acarrete em sua incriminação direta ou indiretamente (CALLEGARI; ENGELMANN; WERMUTH, 2012).

Em sua doutrina, Giacomolli destaca diversas hipóteses englobadas pelo "nemo tenetur". No entanto, cabe mencionar as condizentes ao conteúdo da pesquisa:

[...] (c) comportamentos passivos que possam induzir à formação de substrato probatório incriminatório (nemo tenetur se ipsum accusare), tais como a submissão ao reconhecimento e à extração coativa de material para ser analisado (coleta de sangue, de esperma, de saliva, urina, v. g.); (d) a invasividade interna, como a introdução de agulhas para extração de sangue ou de outros líquidos do corpo [...]; (e) a invasividade externa, por manter relação com a interna, como a extração de cabelos, pelos, unhas [...]. (GIACOMOLLI, 2015, p. 207).

As condutas supramencionadas coadunam-se com a utilização de material genético para fins de identificação criminal no intuito de auxiliar a persecução penal. Não obstante, embora parte da doutrina compreenda ser o uso de bancos de perfis genéticos para fins investigativos flagrante ofensa ao princípio da vedação à autoincriminação, alguns doutrinadores consideram necessário sopesar direitos e garantias.

Para tanto, de acordo com Callegari, Engelmann e Wermuth, necessário pautar-se no princípio da proporcionalidade, aplicável no ordenamento jurídico vigente no Brasil. Este princípio, regra essencial a ser utilizada, consiste na ponderação de interesses, a fim de fundamentar a decisão de sacrificar ou não um

direito fundamental em benefício de objetivos sociais e da coletividade (CALLEGARI; ENGELMANN; WERMUTH, 2012).

A partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, busca-se não aplicar preço excessivo para obter um benefício inferior. Leia-se, é preciso ponderar se o bem tutelado tem suficiente relevância a fim de justificar ameaça ou efetivamente acarretar privação de liberdade de um indivíduo (CALLEGARI; ENGELMANN; WERMUTH, 2012).

Além disso, faz-se necessário constatar a gravidade da conduta delitiva, aliada à lesão ou ao perigo sofridos pelo bem jurídico protegido. Desta forma, um ataque ínfimo não pode acarretar a intervenção do direito punitivo, por se mostrar como medida desproporcional e inaplicável (CALLEGARI; ENGELMANN; WERMUTH, 2012).

Embora, por força do princípio da não autoincriminação, o indivíduo não possa ser compelido a fornecer material para exames, Aury Lopes Jr. ressalta que, com o advento da Lei nº 12.654/12, o investigado ou apenado poderá ser obrigado a submeter-se a intervenção corporal. O doutrinador entende ser flagrante a violação ao "nemo tenetur se detegere", além de considerar prova ilícita, relacionando a coleta compulsória com a tortura para a obtenção de confissão no interrogatório (LOPES JR., 2015).

No tocante à obrigatoriedade do fornecimento do material biológico, questiona-se se tal dispositivo se coaduna com o respeito à intangibilidade do corpo humano, à integridade física e à dignidade da pessoa humana, uma vez que "Tal princípio determina que ninguém será obrigado a permitir a introdução de uma agulha em suas veias ou a remoção de seu sangue." (SAUTHIER, 2015, p. 98).

Discute-se, ainda, se ao coletar perfil genético na investigação há violação a não autoacusação. Nesse caso, Sauthier menciona que o DNA do indivíduo pode acarretar prejuízo do indiciado, ao servir como prova judicial. Assim, defende a realização da coleta, desde que para fins meramente de identificação, excluída a possibilidade de uso como prova (SAUTHIER, 2015).

Outrora, se a coleta ocorrer posteriormente, quando o processo não estiver mais em fase de instrução e sem outras provas a serem produzidas, apenas para alimentar o banco de dados, Sauthier afirmar que não há que se falar em não autoacusação e presunção de inocência (SAUTHIER, 2015). Sobre o assunto, discorre que

Aqui é possível a afirmação de que este princípio não seria violado, pois não há instrução em andamento, não há prova a ser produzida, e o réu já está condenado com trânsito em julgado. Embora Greco admita que exista discussão doutrinária a respeito, ele é favorável à realização da coleta nessa hipótese, argumentando que, tal como ocorre com a identificação datiloscópica, a sua coleta prévia pode ser depois utilizada em comparação com vestígios encontrados em local de crime. O mesmo se diga com relação à identificação fotográfica, e sua posterior utilização em eventual reconhecimento pessoal indireto. (SAUTHIER, 2015, p. 99).

A discussão relativa ao uso de DNA para fins investigativos já foi travada em relação à submissão do indivíduo ao teste do bafômetro. Nesse sentido, Bedê Júnior e Senna afirmam haver uma corrente que compreende não ser possível obrigar o sujeito a qualquer modalidade de perícia sem o seu consentimento, sob a perspectiva do "nemo tenetur se detegere" (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009).

Em acréscimo, referida corrente ideológica alega que, ao reconhecer o direito à não autoincriminação, não significa colaborar para com a impunidade, "[...] porquanto apenas se está limitando um meio de prova, podendo ser utilizados os outros meios legais aptos a provarem a imputação." (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 41).

No entanto, na situação do bafômetro, a prova testemunhal pode supri-la, diferentemente do que ocorre com o material genético, que em alguns casos não se verifica outra modalidade probatória apta a substituí-la. Aponta-se como exemplo um crime de homicídio que deixou em sua cena vestígios, tais como fios de cabelo, sem testemunhas oculares, caso em que não há prova que supra o exame de DNA.

Todavia, conforme esposado no primeiro capítulo desta monografia, o resultado do teste de DNA, por si só, não pode ensejar uma condenação, devendo sempre ser analisado em consonância com as demais provas constantes no processo. Aury Lopes Jr. menciona que "Uma prova pericial como essa demonstra apenas um grau, maior ou menor, de probabilidade de um aspecto do delito, que não se confunde com a prova de toda a complexidade que constitui o fato." (LOPES JR., 2015, p. 444).

Para tanto, ilustra esta situação tomando como exemplo o crime de estupro. Alega que a mera comparação dos vestígios do sêmen do réu com o presente no corpo da vítima apenas demonstra que aquele material genético pertence ao réu. Para se afirmar que houve a conjunção carnal, mediante o emprego de violência,

não se pode desconsiderar todos os lastros probatórios carreados aos autos (LOPES JR., 2015).

Com entendimento contrário, uma segunda corrente defende a possibilidade de submeter o indivíduo à coleta de material para exames, mesmo que de forma compulsória. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009). Nessa perspectiva, crucial a ponderação de Sergio Fernando Moro, que invoca em sua explanação o princípio da proporcionalidade:

Deve ser afastado como óbice a velha máxima latina de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Como foi demonstrado, não existe base normativa para um direito genérico da espécie, resguardando a Constituição e a lei apenas o direito ao silêncio. Não há, como também demonstrado, argumentos jurídicos, históricos, morais e mesmo de direito comparado que autorizem a ampliação do direito ao silêncio para um direito genérico de não produzir prova contra si mesmo. A invocação de pretensão de direito da espécie pela doutrina e jurisprudência brasileiras é mais fruto do poder de um slogan do que de uma robusta argumentação jurídica. Portanto, há a possibilidade legal e constitucional, com limites no princípio da proporcionalidade, como os sugeridos, de colheita compulsória de material biológico do acusado e do investigado para exames genéticos em casos criminais. (MORO, 2006 *apud* BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 42).

Luís Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha creem haver violação do princípio da não autoacusação ao compelir o indivíduo a fornecer material genético, salientando que a mesma discussão foi travada em relação à Lei Seca, que dispõe acerca da obrigatoriedade ou não de o motorista participar do teste do bafômetro (CUNHA; GOMES, 2012).

Assim, concluem que os investigados ou condenados podem se negar a fornecer material genético, uma vez que, na questão anteriormente suscitada, o STJ decidiu que o motorista não poderia ser obrigado a participar do teste do bafômetro ou a fornecer material para exame sanguíneo (CUNHA; GOMES, 2012).

Entretanto, Gomes e Cunha não verificam obstáculo para a utilização de vestígios com o fim de coletar material biológico. Explicam que as partes desintegradas do corpo humano já não mais o pertencem. Assim, podem ser apreendidas e submetidas a exame, sem o consentimento do autor do delito ou da vítima (CUNHA; GOMES, 2012). Salientam que "[...] o art. 6º do CPP não só determina o isolamento do local para que não haja alteração ou supressão de nenhuma prova, mas também dispensa o consentimento de quem quer que seja na coleta e exames dos vestígios do crime." (CUNHA; GOMES, 2012).

Nesta seara, correspondente a analisar o DNA de partes desintegradas do corpo humano, como a placenta após o parto, além de materiais deixados pelo indivíduo, como, por exemplo, a saliva em um cigarro, importante colacionar entendimento do Supremo Tribunal Federal, consolidado em Informativo. Veja-se:

O Tribunal, por maioria, conheceu como reclamação o pedido formulado contra a decisão do juízo federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que autorizara a coleta da placenta de extraditanda grávida, após o parto, para a realização de exame de DNA com a finalidade de instruir inquérito policial instaurado para a investigação dos fatos correlacionados com a origem da gravidez da mesma, que teve início quando a extraditanda já se encontrava recolhida à carceragem da Polícia Federal, em que estariam envolvidos servidores responsáveis por sua custódia. Considerou-se que, estando a extraditanda em hospital público sob a autorização do STF, e havendo a mesma manifestado-se expressamente contra a coleta de qualquer material recolhido de seu parto, [...] a autorização só poderia ser dada pelo próprio STF. [...] No mérito, o Tribunal julgou procedente a reclamação e, avocando a apreciação da matéria de fundo, deferiu a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada da extraditanda, cabendo ao juízo federal da 10ª Vara do Distrito Federal adotar as providências necessárias para tanto. Fazendo a ponderação dos valores constitucionais contrapostos, quais sejam, o direito à intimidade e à vida privada da extraditanda, e o direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal como instituição - atingidos pela declaração de a extraditanda haver sido vítima de estupro carcerário, divulgada pelos meios de comunicação -, o Tribunal afirmou a prevalência do esclarecimento da verdade quanto à participação dos policiais federais na alegada violência sexual, levando em conta, ainda, que o exame de DNA acontecerá sem invasão da integridade física da extraditanda ou de seu filho. Vencido nesse ponto o Min. Marco Aurélio, que indeferia a realização do exame de DNA. O Tribunal, no entanto, indeferiu o acesso ao prontuário médico da extraditanda porquanto, com o deferimento da realização do exame de DNA, restou sem justificativa tal pretensão. RCL 2.040-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 21.2.2002. (RCL-2040). (BRASIL, 2002).

No caso em tela, o exame de DNA seria feito na vítima, especificamente em sua placenta, ao ser desintegrada do corpo após o parto. Embora a suposta vítima do delito tenha se manifestado de forma contrária, verifica-se que o julgador, com excelência, ao fazer a ponderação das garantias fundamentais conflitantes se pautou na proporcionalidade e autorizou a realização do exame.

A decisão adotada fundamentou-se na ponderação entre o direito à intimidade e à vida privada da vítima e o direito à honra e a imagem dos servidores da Polícia Federal, até então apontados como suspeitos pela prática de estupro carcerário. Ao efetuar referida ponderação, prevaleceu a proteção aos servidores, possibilitando, assim, o esclarecimento da verdade.

O caso abordado foi emblemático, por se tratar de uma atriz mexicana, tendo como desfecho a descoberta, a partir do exame de DNA na placenta, de que a

acusação de estupro coletivo efetuada pela suposta vítima era falsa. Nesta situação, nenhuma prova teve o condão de substituir o exame ou de suprir o resultado demonstrado pela análise, que evitou a segregação de indivíduos que não haviam praticado o delito grave que lhes foi imputado.

Assim, nessa subseção do capítulo da pesquisa, verifica-se que o princípio da vedação à autoincriminação dificulta a punição de um eventual culpado, ao assegurar ao sujeito o direito de manter-se inerte, não produzindo prova contra si mesmo, sequer colaborando na produção probatória. Logo, ao conferir tal garantia aos indivíduos, possui o "nemo tenetur se detegere", em sua essência, viés garantista, matéria que será abordada e explanada no próximo capítulo desta monografia.

3 TEORIA DO GARANTISMO PENAL: ESTUDO DA PROVA PROCESSUAL PENAL A PARTIR DA DOCTRINA DE LUIGI FERRAJOLI

No ordenamento jurídico vigente no Brasil, vivencia-se, hodiernamente, um processo no âmbito criminal com empenho em pautar-se nas garantias constitucionais individuais e nos direitos fundamentais. Nesse contexto, além do devido processo penal, explanado no capítulo anterior da pesquisa, está presente o denominado garantismo.

Ao passo que o artigo 5º da Constituição Federal assegura um rol de direitos fundamentais individuais em seus incisos, elenca em seu caput o direito à segurança como garantia coletiva a ser tutelada pelo Estado, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil. Além disso, veja-se a redação do artigo 6º do referido diploma legal:

[...] São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Logo, para conduzir um processo penal de acordo com os ditames constitucionais, em conformidade com a correta concepção garantista, logicamente devem ser observados os direitos fundamentais individuais, sem, entretanto, olvidar todas as demais garantias coletivas e sociais elencadas no texto da Constituição Federal.

A relação entre o garantismo penal, teoria a ser abordada a seguir, e a utilização de material genético para fins processuais e probatórios na investigação criminal verifica-se justamente pelo conflito de direitos fundamentais existentes. Em linhas gerais, o conflito ocorre ao questionar-se qual garantia deve prevalecer: o direito individual da não autoincriminação, abordado no segundo capítulo desta monografia, ou, ainda, o direito de garantir a segurança da coletividade e a ordem pública.

Para dirimir a questão, primeiramente discorrer-se-á acerca do garantismo penal em sua origem, a fim de compreender o real significado desta teoria, quando da sua criação. Em seguida, buscar-se-á demonstrar a forma equivocada com que referida teoria vem sendo aplicada atualmente, no intuito de apontar a interpretação

correta a ser atribuída, podendo, inclusive, elucidar o impasse no tocante à coleta compulsória de material genético.

3.1 COMPREENDENDO O GARANTISMO PENAL NA SUA ORIGEM

Diante da existência de inúmeras violações aos direitos e garantias fundamentais durante períodos históricos autoritários, houve a necessidade de buscar-se uma ideologia a ser seguida, a fim de solucionar tal situação. Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 surgiu como marco inicial da redemocratização do Brasil (FISCHER, 2010).

Após o advento na nova Constituição, a partir de 1990 surgiram diversas manifestações, no intuito de passar a aplicar no Brasil a doutrina de garantias, cujo marco inicial foi a doutrina Direito e Razão, de Ferrajoli. Referida teoria, denominada garantismo, possuía, como premissa principal, a proteção dos direitos fundamentais individuais e coletivos (FISCHER, 2010).

Em sua obra, Luigi Ferrajoli aponta três significados para o garantismo. A primeira concepção apontada é a de um modelo normativo de direito e, especificamente no que tange ao Direito Penal, se trata de um modelo de estrita legalidade (FERRAJOLI, 2010).

Assim, epistemologicamente, o garantismo consiste em um sistema de poder mínimo. Conforme o plano político, significa um meio de minimizar a violência e de maximizar a liberdade. Sob o plano jurídico, por sua vez, se caracteriza pela vinculação imposta à função estatal de punir, garantindo os direitos dos cidadãos (FERRAJOLI, 2010).

Logo, conforme a primeira concepção, a partir da conexão entre os três planos supramencionados, dispõe o autor que "É, conseqüentemente, 'garantista' todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente." (FERRAJOLI, 2010, p. 786).

A seu turno, o termo garantismo possui um segundo significado, atribuído pela teoria do direito e pela crítica do direito. Em linhas gerais, trata-se de

[...] uma teoria jurídica da "validade" e da "efetividade" como categorias distintas não só entre si mas, também, pela "existência" ou "vigor" das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o "ser" e o "dever ser" no direito [...]. (FERRAJOLI, 2010, p. 786).

O pesquisador Douglas Fischer, a fim de elucidar e simplificar o entendimento sobre referida acepção, esclarece que tal situação se verifica na não obrigatoriedade de o juiz aplicar leis inválidas, entendendo-se estas como as incompatíveis com o ordenamento constitucional. Acrescenta que o magistrado não é obrigado a aplicá-las mesmo que estejam vigentes (FISCHER, 2010).

A terceira perspectiva sob a qual pode ser entendido o garantismo é a da Filosofia do Direito e crítica da política. Segundo tal compreensão, trata-se de uma filosofia política, "que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade." (FERRAJOLI, 2010). Daí porque, cabe ao Direito e ao Estado justificarem externamente a tutela e a garantia dos bens jurídicos e dos interesses, vez que esta é sua finalidade essencial.

A partir dos três significados atribuídos, Ferrajoli assim delinea uma teoria geral do garantismo:

[...] o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexas divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes. (FERRAJOLI, 2010, p. 788).

Ressalta, ainda, o Mestre Italiano que o garantismo não diz respeito tão somente ao Direito Penal. Aduz ser possível aplicar outros modelos garantistas de legalidade, com referência a direitos fundamentais, em diversos setores do ordenamento jurídico, tais como o direito civil, administrativo, internacional, do trabalho, dentre outros (FERRAJOLI, 2010).

No prefácio da obra *Direito e Razão*, redigido em 1989, Norberto Bobbio afirma este ser a elaboração do garantismo a construção das vigas mestras do Estado de direito, cujo objetivo é a tutela da liberdade dos indivíduos de quaisquer formas de exercício arbitrário do poder estatal (BOBBIO, 1989 apud FERRAJOLI, 2010).

Para Bobbio, em síntese, o modelo garantista é o ideal em um Estado de direito. No entanto, esclarece que este não deve ser entendido tão somente como

liberal, protetor dos direitos da liberdade, mas também como social, vez que é chamado, da mesma forma, a tutelar efetivamente os direitos sociais (BOBBIO, 1989 apud FERRAJOLI, 2010).

O sistema garantista é pautado por dez princípios axiológicos fundamentais, os quais funcionam como guias para seguir a ideologia proposta, ou, nas palavras de Ferrajoli, "as regras do jogo fundamental do direito penal." (FERRAJOLI, 2010, p. 91).

O primeiro princípio elencado é o da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito. Douglas Fischer explica que este princípio demonstra a necessidade de intervenção do Direito Penal. Significa, outrossim, a negação do abolicionismo, conforme Fischer aduz ser reiterado entendimento de Luigi Ferrajoli (FISCHER, 2010).

O segundo princípio, denominado da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito, possui conceito semelhante ao adotado no sistema constitucional vigente no Brasil. A partir dele, entende-se que nenhum indivíduo pode ser penalizado, sequer ser cogitada sua condenação, sem que haja expressa e anterior previsão legal para tanto (FISCHER, 2010).

Para Ferrajoli, o princípio da legalidade estrita é o que com maior precisão caracteriza o modelo garantista, por implicar como decorrência lógica todos os demais princípios. Além disso, menciona a existência de dois sentidos a serem atribuídos ao referido princípio. Veja-se:

[...] enquanto o princípio convencionalista de mera legalidade é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve que considera como delito qualquer fenômeno livremente qualificado como tal na lei, o princípio cognitivo de legalidade estrita é uma norma metalegal dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal, idônea a garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade de seus enunciados. No primeiro sentido (lato), o princípio da legalidade [...] se limita a prescrever a sujeição do juiz às leis vigentes, qualquer que seja a formulação de seu conteúdo, na qualificação jurídica dos fatos julgados. [...] Disso resulta, assim, garantida a sujeição do juiz somente à lei. (FERRAJOLI, 2010, p. 93).

O terceiro princípio é o da necessidade ou da economia do Direito Penal, que tem como consequência a denominada *última ratio*. Segundo este, somente se deve acionar o Direito Penal quando não houver qualquer outra medida a ser tomada, ou seja, apenas quando extremamente necessário, devendo-se buscar a solução dos conflitos por meios diversos (FISCHER, 2010).

Por sua vez, o quarto princípio denomina-se da lesividade ou da ofensividade do ato. A partir deste, não basta que o fato praticado seja típico. É necessário, ainda, que o ato cause efetiva lesão ou ofensa a bem jurídico tutelado, para que haja intervenção do Direito Penal (FISCHER, 2010).

O quinto princípio é o da materialidade ou exterioridade da ação. Menciona Ferrajoli que "De acordo com este princípio, nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação." (FERRAJOLI, 2010, p. 440). Logo, os delitos carecem de materialização ou exteriorização, concretizando-se em ações humanas passíveis de serem descritas, não bastando que sejam somente atitudes ou estados de ânimo interiores (FERRAJOLI, 2010).

A seu turno, o sexto princípio trata da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal, segundo o qual a responsabilização pela prática do delito deve recair tão somente àquele que praticou o crime. Em decorrência, caso não seja possível comprovar a culpabilidade do autor ou remanescendo dúvidas, dever-se-á aplicar o *in dubio pro reo* (FISCHER, 2010).

No tocante à culpabilidade, acrescenta Ferrajoli:

Por exigir dita condição, que corresponde ao chamado "elemento subjetivo" ou "psicológico" do delito, nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer. (FERRAJOLI, 2010, p. 447).

O sétimo princípio consiste no da jurisdicionariade, no sentido lato ou no sentido estrito. Tem direta relação com a competência para a jurisdição criminal. Assim, somente poderá impor punições de natureza penal aquele que esteja investido de jurisdição para tanto, de acordo com as regras que delineiam a competência no Código de Processo Penal e na Constituição Federal (FISCHER, 2010).

O oitavo princípio elencado por Ferrajoli é o acusatório ou da separação entre juiz e acusação, cujo significado decorre única e exclusivamente de sua denominação: o julgador da ação penal deverá ser pessoa distinta da do acusador (FISCHER, 2010).

Já o nono princípio, intitulado do ônus da prova ou da verificação, estabelece que não cabe ao réu carrear aos autos elementos probatórios que comprovem sua inocência. A obrigação de provar a responsabilidade criminal do indivíduo é incumbência da acusação (FISCHER, 2010). Assim, em não havendo provas da culpabilidade, o réu deverá ser declarado inocente.

Por fim, o décimo e último princípio do garantismo apontado por Ferrajoli é o do contraditório. Sua compreensão é decorrente do devido processo legal, pelo qual o indivíduo tem o direito fundamental de saber do que está sendo acusado, devendo ser-lhe possibilitada a ampla defesa e o direito de rebater a acusação feita (FISCHER, 2010).

Todos os princípios relacionados, de forma conectada, definem o modelo garantista de direito, com a finalidade de deslegitimar o exercício absoluto e arbitrário do poder punitivo do Estado. Ferrajoli assevera que

Foram elaborados, sobretudo, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebera como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal "absoluto". Já foram posteriormente incorporados, mais ou menos íntegra e rigorosamente, às constituições e codificações dos ordenamentos desenvolvidos, convertendo-se, assim, em princípios jurídicos do moderno Estado de direito. (FERRAJOLI, 2010, p. 91).

Corroborando o que foi referido por Ferrajoli, verifica-se que de fato tais princípios foram incorporados ao direito brasileiro, como se pode depreender da análise das normas constitucionais vigentes e que norteiam o processo penal. Logo, pode-se dizer que a Constituição Federal possui viés garantista em sua essência, além da legislação de matéria penal.

Por tudo quanto exposto, pode-se inferir ser o garantismo, em síntese, um modelo entendido como o ideal a ser seguido, tendo em vista que visa a assegurar a efetiva tutela de todos os direitos fundamentais, sejam individuais ou coletivos. Com precisão discorre Copetti que "[...] a legitimação do Estado e do Direito existe a partir do momento em que estes instrumentos a serviço do homem tutelem e garantam os interesses, bens e valores não só da maioria, mas de todos." (COPETTI, 2000, p. 109).

No entanto, embora reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, sua aplicação na íntegra nem sempre é possível, considerando que, por vezes, é preciso abrir mão de determinada garantia em prol de outra. Além disso, alguns estudiosos

interpretam equivocadamente a pretensão de Ferrajoli ao criar a teoria do garantismo penal, atribuindo as garantias somente ao indivíduo que figura como acusado na relação processual.

Por essa razão, a próxima subseção buscará explicitar o mau entendimento de diversos juristas da atualidade, ao utilizarem-se da doutrina garantista com fins exclusivamente de absolvição do réu e de furtarem-se da efetiva sanção a ser aplicada pelo ente estatal, desviando o real foco do que Ferrajoli propôs e discorreu de forma exaustiva em sua obra.

3.2 AFINAL, POR QUE O GARANTISMO PENAL FOI MAL COMPREENDIDO?

No contexto em que a doutrina do garantismo penal foi incorporada ao direito brasileiro, vivenciavam-se flagrantes violações a direitos individuais, em total descompasso com a Constituição Federal. Por diversas vezes havia o exercício arbitrário do poder pelo ente estatal, detentor do *jus puniendi*.

Assim, o que mais preocupava os juristas à época era a tutela efetiva dos direitos fundamentais individuais, denominados direitos de primeira geração (FISCHER, 2010). No entanto, não significa que a ordem jurídica tenha apenas incorporado garantias benevolentes ao acusado, mas sim que os direitos coletivos ficaram em segundo plano.

Nesta senda, comenta Fischer:

Relembremos: da leitura que fizemos, a grande razão histórica para o surgimento do pensamento garantista (que aplaudimos e concordamos, insista-se) decorreu de se estar diante de um Estado em que os direitos fundamentais não eram minimamente respeitados, especialmente diante do fato do sistema totalitário vigente na época. (FISCHER, 2009).

Daí passou-se a distorcer o real significado da teoria garantista de Luigi Ferrajoli, vez que, desde primórdios de sua aplicação no Brasil, o foco central era tão somente as garantias individuais. Em razão disso, com o passar dos anos, a concepção na íntegra do garantismo foi ficando cada vez mais distante, o que se buscará resgatar no decorrer desta subseção, demonstrando, inclusive, a crítica esposada por alguns doutrinadores nesse sentido.

Douglas Fischer menciona que houve um desvirtuamento dos integrais ideais garantistas uma vez que a ênfase era atribuída somente aos direitos individuais.

Além disso, salienta que de tal compreensão equivocada pode-se inferir que, aparentemente, exigia-se um não-fazer por parte do Estado, no intuito de garantir somente os direitos de primeira geração (FISCHER, 2010).

Nesse sentido, Bedê Júnior e Senna com precisão destacam que esta visão é errônea, produto de um garantismo puramente individual, de forma que se olvida que "[...] a Constituição Federal brasileira, como de resto a maioria das constituições dos países ocidentais, adota um modelo de Estado Democrático de Direito, que também tutela os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão." (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 27).

Sobre o tema, Bedê Júnior e Senna mencionam que é necessário também trabalhar a concepção de um garantismo positivo, no intuito de proteger de igual forma a segurança pública. Salientam que a segurança é direito fundamental de segunda dimensão, indispensável para que se garanta a qualidade de vida da população. Logo, a tutela da segurança da coletividade acarreta de forma direta a tutela da dignidade da pessoa humana desta parcela da sociedade (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2010).

Ademais, corriqueiramente se verifica exacerbada preocupação em assegurar o respeito à dignidade humana de réus e indivíduos segregados, o que, frize-se, é louvável, tendo em vista a evolução da sociedade no sentido de proteger os socialmente excluídos e as garantias constitucionais. No entanto, de forma alguma podem ser esquecidos os demais cidadãos, tais como as vítimas e seus familiares, deixando-se de lado sua segurança ao privilegiar tão somente os direitos da parte contrária na relação penal: o autor do crime.

Na mesma linha de raciocínio, apontam Bedê Júnior e Senna que "Recentemente, a doutrina processual penal volta os olhos, numa clara visão reducionista, apenas para os direitos fundamentais do réu." (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2010, p. 25). Acrescentam que o ente estatal não pode mais pender exclusivamente para este lado, considerando que não pode ser visto como inimigo do cidadão, já que existe justamente para a realização do bem comum (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2010).

Nessa seara, os autores criticam o modelo de Estado que vem se amoldando e adquirindo espaço, da seguinte forma:

Curioso é que muitos doutrinadores costumam criticar os citados diplomas somente sob o prisma dos direitos do réu, olvidando por completo suas deficiências no que diz respeito aos direitos das testemunhas, das vítimas e, principalmente, da coletividade, que tem, sim, interesse - e também direito - a um processo penal eficaz, sendo, destarte, parcial e superada a visão de que o processo penal de um Estado que se diz Democrático e de Direito tenha como única missão tutelar os direitos e garantias do investigado/réu contra eventuais arbitrariedades do Estado. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2010, p. 26).

Cabe ressaltar que não se busca simplesmente deixar de cumprir e observar as garantias individuais, muito menos defender o desrespeito aos direitos fundamentais. Entretanto, o direito de punir também é direito fundamental do indivíduo lesionado, assim como dos demais integrantes da sociedade (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2010).

Diante desse cenário, surge o dilema que atinge o processo penal hodiernamente: a efetividade da coerção em conflito com os direitos fundamentais, de forma que, a fim de garantir a efetividade de um, é necessário limitar o outro (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2010). Nesse contexto, eventual excesso em qualquer das partes pode acarretar ora a impunidade ora o exercício arbitrário do poder.

Para tanto, busca-se incessantemente um ponto de equilíbrio, tendo em vista que "[...] em um Estado Democrático e de Direito, como o nosso, os fins nunca justificam os meios, devendo, portanto, a eficácia da coerção penal ser buscada com ética e respeito ao conteúdo mínimo dos direitos e garantias fundamentais." (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2010, p. 24).

Tenta-se evitar, com isso, radicalismos para uma ou outra corrente de pensamento. O desafio é justamente buscar o equilíbrio para assegurar o direito individual e o coletivo, vez que, por muitas vezes, referidos interesses se encontram em polos contrários da demanda.

No intuito de ponderar direitos fundamentais, invoca-se o princípio da proporcionalidade, conforme já mencionado em momento anterior. Referido princípio, por sua vez, está intrinsecamente relacionado ao garantismo em sua forma integral, haja vista que ambos se empenham em busca do equilíbrio na proteção de todos os direitos e deveres fundamentais elencados na Constituição Federal, individuais ou coletivos (FISCHER, 2010).

Ao entendimento errôneo da teoria garantista estabeleceu-se a nomenclatura de garantismo hiperbólico monocular: hiperbólico por ser a proteção de direitos desproporcional e monocular por a tutela se estender de forma isolada, ou seja,

somente aos direitos fundamentais individuais dos investigados, processados ou condenados (FISCHER, 2010).

A partir dessa concepção equivocada, os prejuízos à sociedade como um todo são flagrantes. Com a aplicação do garantismo sendo benevolente apenas ao réu, a sociedade passa a arcar com os malefícios desta conduta, tendo em vista que o Estado é retaliado e impossibilitado de exercer o *jus puniendi*, função intrínseca do ente estatal, acarretando na impunidade de condutas criminosas que deveriam ser reprimidas.

Imprescindível registrar o posicionamento defendido por Bedê Júnior e Senna, tendo em vista corroborar o que se discorre nesta subseção. Veja-se:

A se continuar trabalhando com uma obediência cega em relação a alguns princípios e garantias processuais individuais, típicos de um pensamento de um Estado puramente liberal e individualista, haverá sério risco para a efetividade da justiça criminal, com comprometimento dos direitos sociais da coletividade. Logo, não há como se admitir que tais princípios, em situações limites, possam ser afastados, pois a sua obediência sem concessões, de forma radical - tão comum entre os que se intitulam como os únicos garantistas -, acaba causando enorme impunidade, o que, sem sombra de dúvida, configura um dos fatores que contribui para a atual "crise da justiça criminal", e que no fundo acarreta uma ameaça ao Estado de Direito. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2010, p. 25).

Pontua Fischer que, sem racionalidade, protegem-se apenas os direitos individuais, sem que se note tamanha desproporcionalidade no tocante aos demais direitos e garantias fundamentais que formam a teia de bens e valores tutelados pela Constituição Federal. O autor ainda critica esta conduta de maneira irônica, aduzindo que prefere crer que a utilização da teoria garantista de forma distorcida é mero equívoco de compreensão dos juristas (FISCHER, 2010).

E, de fato, é demasiado temerário que tal máxima continue sendo difundida de maneira errônea e distorcida. Ora, se o garantismo penal é exaustivamente invocado para assegurar a premissa de respeito às normas constitucionais, deve ser entendido em sua integralidade. Leia-se: protegendo as garantias individuais e coletivas, conforme preza a Carta Maior.

É exatamente neste ponto que se entrecruza a discussão central desta pesquisa, na medida em que se analisa a teoria geral da prova com os direitos e garantias fundamentais. Mais precisamente, é aqui que se analisa a coleta de elemento genético para fins de provas no processo penal.

No que tange à utilização de amostras genéticas, diante da análise da doutrina garantista em sua forma integral, depreende-se ser plenamente possível adotar tal procedimento para fins investigativos e probatórios no processo penal.

Quanto à alegação de ser a coleta compulsória de DNA atentado ao direito fundamental da vedação à autoincriminação, consigne-se que nenhuma garantia individual fundamental é absoluta. Conforme demonstrado, a saída parece ser sopesar direitos, a fim de verificar qual deve prevalecer.

Cumprе ressaltar que o Código de Processo Penal entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942, apontando procedimentos adequados a serem seguidos à época, contudo, que não mais se justificam num mundo globalizado. Com o desenvolvimento das mais diversas tecnologias na realidade em que estamos inseridos, não há razão para amarrar-se em técnicas antigas, ignorando as inovações propostas pelo mundo moderno.

Nesse caso, embora o indivíduo tenha assegurado o direito a não autoincriminação, a coletividade possui o direito a ter sua segurança garantida. Por esse entendimento, o fato de o sujeito negar-se a fornecer material genético a ser utilizado como prova no processo penal configura manobra para furtar-se da persecução penal, acarretando na impunidade.

Em sendo assim, o Estado deixa de prestar aos cidadãos a segurança que deveria. Leia-se: ao deixar de exercer o *jus puniendi*, viola evidentemente direito garantido na Constituição Federal, ou seja, deixa de seguir os ideais garantistas na íntegra e o que propôs Luigi Ferrajoli em sua teoria.

CONCLUSÃO

A pesquisa realizada no decorrer do ano de 2016 transcorreu conforme proposto na introdução deste trabalho. Norteou-se pelo objetivo geral, qual seja, analisar a coleta compulsória de material genético de presos pelo Estado, sob a perspectiva da Teoria do Garantismo Penal, no intuito de compreender em que proporção isso fere as normas nacionais e internacionais que preservam os direitos e as garantias fundamentais. Para tanto, pautou-se na análise de doutrinas, por meio de livros e de artigos científicos, e de legislações, principalmente na Lei nº 12.654/12 e na Constituição Federal de 1988.

Desenvolveu-se, então, o presente estudo a fim de responder a seguinte questão-problema: em que medida a norma oriunda da Lei nº 12.654/12 viola direitos e garantias fundamentais, nacionais e internacionais, no tocante ao devido processo legal, à presunção de inocência e à vedação da autoincriminação?

Para atingir referido fim, desmembrou-se a monografia em três objetivos específicos, que, conseqüentemente, culminaram na divisão do trabalho em três capítulos. Assim, os objetivos específicos da pesquisa foram: 1) estudar a origem histórica da utilização do DNA, a Lei nº 12.654/12 e os métodos de identificação criminal nela previstos, para fins de prova no Direito Processual Penal; 2) pesquisar sobre os meios probatórios existentes no Brasil e os princípios que os norteiam, verificando se a coleta obrigatória de prova genética está em consonância com as normas constitucionais e internacionais; e, 3) analisar a Teoria do Garantismo Penal criada por Luigi Ferrajoli, sua recepção e aplicação no Direito brasileiro, para compreender se a utilização de DNA na persecução criminal se coaduna com o devido processo penal e com as garantias individuais vigentes no Brasil.

O primeiro capítulo, intitulado "A biologia a serviço do Direito: o DNA como meio de prova", cuidou de apresentar breve análise histórica acerca dos estudos relativos ao DNA, desde sua descoberta até a atualidade. Em seguida, buscou-se demonstrar como as amostras genéticas contribuem para fins investigativos em outros países, mais especificamente na Argentina, na Inglaterra e nos Estados Unidos. Posteriormente, com base na Lei nº 12.654/12, discorreu-se sobre a

utilização de perfis genéticos na seara criminal no Brasil, apontando-se, inclusive, a criação do banco de dados genéticos, regulamentado pela lei supramencionada.

Nesta senda, verificou-se que ao DNA se atribui credibilidade, de forma que este poderia ser mais amplamente utilizado no processo penal brasileiro. Muito embora a Lei nº 12.654/12 esteja em vigor, além de o Brasil contar com um banco de dados para armazenar as informações genéticas, esta ferramenta, por vezes, acaba por ser esquecida, principalmente pela alegação de a coleta de DNA poder, em tese, violar garantias fundamentais.

No segundo capítulo, o foco central foi a abordagem da prova processual, em consonância com o devido processo penal, ou seja, de acordo com todas as garantias e com os trâmites legais assegurados pela legislação e pela Constituição Federal. Em primeiro momento, realizou-se explanação acerca das modalidades probatórias existentes, bem como de seus princípios norteadores. Na sequência, restringiu-se a pesquisa em discorrer sobre o princípio da vedação à autoincriminação, especificamente no que diz respeito às provas genéticas.

Diante disso, constatou-se que existem diversos meios de prova previstos no Código de Processo Penal. Quanto ao exame de DNA, este não consta no rol elencado no referido diploma legal. No entanto, nada obsta sua plena utilização para fins investigativos e processuais. Além do mais, verificou-se que o "nemo tenetur se detegere", por muitas vezes, dificulta o exercício do "jus puniendi", ocasionando eventual impunidade.

Ainda, nenhuma garantia é absoluta, mesmo que assegurada pela Constituição Federal. Dessa forma, com base no princípio da proporcionalidade, realizando-se ponderação entre o direito individual da vedação à autoincriminação e a garantia coletiva à segurança, prepondera o interesse da coletividade, o que autorizaria a coleta de material genético para fins probatórios, mesmo que de forma compulsória.

Aliás, oportuno registrar que, como qualquer outra prova, o exame de DNA deverá ser submetido ao crivo do contraditório, bem como respeitar os demais princípios que norteiam o processo penal. Ainda, vale lembrar que o DNA, por si só, não poderá ensejar condenação criminal. Contudo, agregado a um vasto lastro probatório, não se verifica objeção alguma a sua plena utilização no processo penal. Frize-se que a prova genética, diferentemente do que muito se alega, também pode

ser apta a identificar o real autor de determinado delito, acarretando na absolvição do suposto réu.

Por fim, no terceiro capítulo abordou-se a teoria do garantismo penal, criada por Luigi Ferrajoli. Para tanto, explanou-se acerca do significado atribuído ao garantismo pelo seu criador, com a respectiva interpretação correta. A partir disso, verificou-se que atualmente esta teoria vem sendo aplicada de forma equivocada.

De acordo com a pesquisa, a teoria do garantismo penal consiste na proteção e no efetivo respeito a todas as garantias individuais e coletivas elencadas na Constituição Federal. No entanto, tendo em vista a época em que o garantismo foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, desviou-se de seu real objetivo, dando vez tão somente às garantias individuais, diante do cenário de flagrantes violações a direitos fundamentais.

Todavia, não se pode olvidar que o garantismo deve ser compreendido em sua integralidade, ou seja, de forma que garanta tanto os direitos individuais quanto os coletivos. Quando não possível garantir ambos, conclui-se ser plenamente plausível aplicar o princípio da proporcionalidade, sopesando-se aquele de maior importância no caso concreto.

Assim, imprescindível desenvolver e impulsionar um olhar visando à efetiva aplicação do poder coercitivo do Estado, sem violar os direitos fundamentais individuais. Dessa forma, realizando-se uma ponderação entre o princípio da vedação à autoincriminação e o direito coletivo de a sociedade ter sua segurança preservada, ambos previstos constitucionalmente, ao prevalecer a garantia da coletividade, não se verifica óbice à utilização dos bancos de perfis genéticos no âmbito processual penal, já que nenhuma garantia é absoluta e pode ser relativizada em benefício do bem comum.

Diante do exposto, as hipóteses levantadas ao início da pesquisa foram confirmadas. Concluiu-se ser possível relativizar os princípios que regem os direitos e as garantias fundamentais, em nome do interesse público e da segurança da coletividade. Além do mais, depreende-se que é possível coletar a prova processual do corpo do acusado, embora este não tenha expressamente concordado, sem configurar violação de normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos, com base, notadamente, no princípio da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, João Becon de; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Bancos de dados genéticos e direito penal. In: SCHIOCCHET, Thaysa. **Bancos de Perfis Genéticos para Fins de Persecução Criminal: Análise Interdisciplinar e em Direito Comparado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Multifoco, 2015. p. 73-82.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BOBBIO, Norberto. Prefácio. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BONACCORSO, Norma Sueli. **Aplicação do exame de DNA na elucidação de crimes**. 2005. 193 f. Dissertação (Mestrado em Medicina Forense) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto 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: 11 nov. 2016.

_____. Decreto-Lei **2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. Decreto-Lei **3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. **Informativo nº 257 do Supremo Tribunal Federal**, de 18 a 22 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo257.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. **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: 11 nov. 2016.

_____. **Lei 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. **Lei 12.654**, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis n^{os} 12.037, de 1^o 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: 11 nov. 2016.

CALLEGARI, André Luís; ENGELMANN, Wilson WERMUTH; Maiquel Ângelo Dezordi. **DNA e investigação criminal no Brasil**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (1969) – Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luís Flávio. **Lei 12.654/12 (identificação genética)**: nova inconstitucionalidade (?). Disponível em: <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814909/lei-12654-12-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade>>. Acesso em 11 nov. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade**: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Revista de Doutrina da 4^a Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRISH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

GALEANO, Diego. Identidade cifrada no corpo: o bertillonage e o Gabinete Antropométrico na Polícia do Rio de Janeiro, 1894-1903. **Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi Ciências Humanas**, Belém, v. 7, n. 3, p. 721-742, set./dez.

2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bgoeldi/v7n3/a07v7n3.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Eduardo Leal. O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro Três Anos após a Lei nº 12.654. **Revista de Bioética y Derecho**, n. 35, p. 94-107, 2015. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015000300009>. Acesso em: 11 nov. 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GODINHO, Neide Maria de Oliveira. **Banco de dados de DNA**: uma ferramenta a serviço da justiça. Disponível em: <<http://revista.ssp.go.gov.br/index.php/rebsp/article/viewFile/193/82>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

INTERPOL. **Forensic expertise and the exchange of forensic data is vital to international investigations**. Disponível em: <<http://www.interpol.int/INTERPOL-expertise/Forensics/DNA>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Helena Cristina Ferreira; SILVA, Susana Manuela Ribeiro Dias da; MIRANDA, Diana Catarina de Oliveira. Regulação da investigação de paternidade biológica: perspectiva comparada. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200008>. Acesso em: 07 jul. 2016.

MACHADO, Helena; SILVA, Susana; AMORIM, António. Políticas de identidade: perfil de DNA e a identidade genético-criminal. **Análise Social**, Lisboa, n. 196, p. 537-553, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732010000300006>. Acesso em: 11 nov. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas** - vol. 2. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RITTA, Cristiano Ribeiro. Provas ilícitas. In: WENDT, Emerson; LOPES, Fábio Motta. **Investigação criminal**: provas. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 37-50.

SAUTHIER, Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015.

WALLACE, Hellen. Expanding the UK DNA database: impacts on crime, trust and human rights. In: SCHIOCCHET, Thaysa. **Bancos de Perfis Genéticos para Fins de Persecução Criminal: Análise Interdisciplinar e em Direito Comparado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Multifoco, 2015. p. 83-100.