



DO DIREITO DE DEFESA NA SUBMISSÃO COMPULSÓRIA À IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO DOS CONDENADOS POR CRIMES VIOLENTOS OU HEDIONDOS NOS TERMOS DA LEI N.º 12.654/12

Ariel Arigony Eguilhor¹

Thiago Bortolini Teixeira²

Resumo: A coleta obrigatória de informações genéticas é inconstitucional, pois ofende o direito constitucional da não autoincriminação e a presunção de inocência. O objetivo é estudar as implicações advindas pela Lei n.º 12.654/12 no que tange à obrigatoriedade na coleta de material genético de condenados por crimes violentos ou hediondos, especificamente, o direito à evidência pelo órgão investigativo, o princípio do nemo tenetur se detegere, o condicionamento da verdade processual às pesquisas genéticas e a inconstitucionalidade da Lei n.º 12.654/12. Nesse interim, o artigo é dividido em dois capítulos, utilizando-se de direito comparado, bibliografias e legislação. Inserindo-se na linha de pesquisa de direito penal e processo penal.

Palavras-chave: Processo penal. Lei. n.º 12.654/12. Princípio.

1. Introdução

Pode-se dizer que a curiosidade humana é um dos motores da sociedade, estendendo-se desde o conhecimento filosófico, passando pelo conhecimento empírico e chegando até o conhecimento científico. Não obstante, essa curiosidade se expande para dois caminhos diretamente proporcionais: a busca da singularidade do universo e a busca da singularidade da vida biológica.

Nesse sentido, vira-se o segundo milênio tentando mapear o genoma humano, baseando-se em técnicas de sequenciamento de DNA. Além do debate ético por trás de tal mapeamento, é impossível negar que o avanço da ciência levou a humanidade a lugares inimagináveis. E o direito, como ciência engajada na arquitetura social, não pode ficar inerte às inúmeras possibilidades de ser, tanto que importou vários conceitos

¹ Acadêmico do 8º semestre do curso de direito da Faculdade de Direito de Santa Maria.

² Acadêmico do 1º semestre do curso de direito da Universidade Federal de Santa Maria.



e procedimentos de outras áreas do conhecimento, como, por exemplo, a utilização de métodos para comparação de impressões digitais e materiais genéticos.

Recentemente, o legislador brasileiro editou a Lei n.º 12.654/12 que, dentre as disposições, alterou a Lei n.º 7.210/84 (Lei de Execução Penal), incluindo a identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, por técnica adequada e indolor, cujo armazenamento deve se dar em um banco de dados de perfis genéticos. Gize-se que tal identificação se dá de forma compulsória aos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou por crimes hediondos, o que gera, desde já, desconforto em parte da doutrina e comunidade acadêmica.

Por essa razão, a presente pesquisa busca problematizar de que forma a obrigatoriedade da coleta de material genético dos condenados por crimes violentos ou hediondos a partir da Lei n.º 12.654/12 ofende os princípios constitucionais de autodefesa negativa e de não produzir prova contra si mesmo, de maneira que o objetivo geral é estudar as implicações jurídicas advindas da lei antes mencionada, no que tange à submissão obrigatória à identificação do perfil genético daqueles condenados por crimes dolosos violentos ou por crimes hediondos.

Dessa forma, torna-se indispensável a discussão acerca das implicações dos usos de DNA humano na persecução criminal, especialmente frente à (in)constitucionalidade da Lei n.º 12.654/12.

2. Do direito comparado: “right to evidence”, “beweisverbote” e “exclusionary rule”

O recolhimento de material genético para fins de persecução criminal é um método utilizado em diversos países. Assim sendo, é notória a pesquisa a cerca de direitos analisados sob a perspectiva jurídica de outras nações.

No direito Norte Americano, o right to evidence ou direito á evidencia é o método utilizado pela policia na fase investigativa que possibilita o recolhimento do material genético nas cenas do crime, mas respeitando uma série de garantias e direitos



constitucionais. Na investigação Americana, é importante o cuidado em todas as fases da persecução criminal, desde os vestígios de infração penal até como as provas materiais deverão ser tratadas para serem apresentadas em juízo. (CABRAL, 2009)

Além disso, as evidencias representam as provas matérias no processo penal que somente serão admitidas se respeitarem todas as garantias e direitos que o individuo investigado tem. Ademais, a prova material apenas poderá ser aceita perante um Tribunal se seguirem uma cadeia de custódia adequada e pré-definida. (CABRAL, 2009) Dessa forma, caso seja violado algum dispositivo constitucional durante a investigação a prova é incabível. A título de exemplo, infringir o disposto na emenda nº IV da Constituição Norte Americana geraria uma prova ilícita:

"O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas"

Destarte, as provas geradas por violação de preceitos constitucionais acarretam na nulidade do processo ou na inadmissibilidade da prova. A nulidade do processo por contaminação ganha fundamento na teoria dos frutos da arvore envenenada que repreende a obtenção de provas ilícitas por derivação. Esta prova contamina as provas subseqüentes, por efeito de repercussão causal, o efeito é a nulidade do processo penal. (MEDRONI, 2006)

Doravante, a doutrina Norte Americana da “fruits of the poisonous tree” ou frutos da arvore envenenada, representa uma extensão da “ exclusionary rule”, ou regra de exclusão. A regra da exclusionary rule aplica-se a evidências obtidas a partir de uma busca sem razão ou apreensão em violação da quarta emenda constitucional Americana. (MEDRONI, 2006). O princípio da exclusionary rule está intimamente ligado ao tratamento das evidências, decorrendo da Emenda nº V da Constituição Norte Americana e do princípio do devido processo legal. Por fim, a Emenda nº V assim dispõe:



Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

Em acréscimo ao princípio da exclusionary rule,:

Segundo doutrinadores e jurisprudência nos EUA, é que a “exclusionary rule”, mais do que para coibir exaustos da Polícia, é utilizada no sentido de prevenir condutas irregulares dos seus agentes - ou seja, para que os policiais tenham consciência de que aquela conduta acarreta a não utilização da prova - e assim deixem de agir contra direitos e garantias individuais. A sua aplicação tem, portanto intuito verdadeiramente preventivo e não repressivo. (MEDRONI, 2006)

No sistema Norte Americano, o exclusionary rule tem por escopo garantir que o Estado possa se contrapor contra a atuação abusiva da polícia. Assim, é um princípio capaz de coibir os abusos e garantir a disciplina da atividade policial. Além disso, pretende atingir a prevenção e também a repressão das atitudes ilegais e abusivas da Polícia. Já o beweisverbote de origem no sistema Alemão, foi desenvolvido com o intuito de proteger os direitos e garantias constitucionais do indivíduo. (MEDRONI, 2006)

O princípio do beweisverbote tem suas diretrizes voltadas à proteção da dignidade da pessoa humana, da intimidade da pessoa humana, das telecomunicações e do domicílio. Assim sendo, são meios processuais de imposição da tutela do direito, buscando uma garantia dos direitos individuais constitucionais. (MEDRONI, 2006). Diferente da exclusionary rule, não busca a prevenção pela repressão, mas sim a análise do caso concreto.

Corroborando com o princípio do beweisverbote a análise feita pelo promotor Medroni (2006):



“É o que na verdade os alemães chamam de Princípio da Proporcionalidade Constitucional, ou Verhältnismaßigkeitsgrundsatz. Significa dizer que em análise comparativa de âmbito constitucional – violação/proteção de direito, há que se aferir qual tem maior peso para então se viabilizar a conclusão a respeito da proibição ou não da apresentação e apreciação da prova em Juízo.”

Por fim, após essa análise comparativa com métodos de outros países, levando em consideração o aspecto garantidor e protetivo dos princípios supracitados, é possível o entendimento de que o Estado deve proteger os direitos individuais do ser humano sem permitir que sejam violados. Portanto, conclui-se que o Estado não pode violar a defesa negativa do réu nem submetê-lo ao recolhimento forçado de material genético. Assunto esse que será tratado no próximo capítulo.

2.1 Do princípio do “nemo tenetur se detegere” e da ampla defesa negativa

O Estado deve promover a todo ser humano o direito fundamental da ampla defesa. Revestindo tal princípio por dois elementos; uma defesa técnica em que o advogado representa os direitos do réu; ou uma defesa pessoal, onde o próprio demandado atua em sua respectiva defesa. Ressalta-se que o capítulo em tela tem por condão analisar apenas o segundo elemento, estudando especificamente as características da defesa pessoal negativa do sujeito passivo.

A chamada defesa pessoal ou autodefesa negativa manifesta-se de várias formas, mas encontra no interrogatório policial ou judicial seu ensejo de maior relevância. Ocorre que no interrogatório o demandado atua em completa omissão, um atuar negativo, através do qual o imputado nega-se a declarar qualquer informação ou elemento probatório desfavorável, como ocorre nas intervenções corporais, reconstituição de fato, fornecer material escrito para produção de prova, entre outros exemplos. (AURY, 2016, p.420)

Além disso, o interrogatório deve ser tratado como um verdadeiro ato de defesa, onde o imputado tem a oportunidade de exercer sua própria defesa pessoal. Para



isso, tal ato deve ser considerado um direito e não como dever, assegurando o direito de silêncio e de não fazer prova contra si próprio, sem que dessa inércia resulte para o sujeito passivo qualquer prejuízo jurídico. (AURY, 2016, p.420)

O direito ao silêncio esta expressamente previsto no art.5º, inciso LXIII, da CF/88 “o preso será informado de seus direitos, entre eles o de ficar calado.....” . Ademais, é inequívoco que o direito ao silêncio aplica-se tanto ao sujeito passivo preso como também ao que esta em liberdade. Corroborando com isso o art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, prevendo que toda “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”, logo, entende-se que toda pessoa que esta em liberdade quanto o sujeito que se encontra preso usufrui desta prerrogativa. Encontra ainda previsão no art.186 do CPP. (AURY, 2016, p.420)

Nessa esteira cognição, a prerrogativa que o sujeito passivo tem de permanecer calado estipula um novo dever para a autoridade policial ao realizar o interrogatório, nas palavras do professor Aury (2016. p.423):

“O direito de calar também estipula um novo dever para a autoridade policial ou judicial que realiza o interrogatório: o de advertir o sujeito passivo de que não está obrigado a responder perguntas que lhe forem feitas. Se calar constitui um direito do imputado e ele tem de ser informado do alcance de suas garantias, passa a existir o correspondente dever do órgão estatal a que assim o informe, sob pena de nulidade do ato por violação de uma garantia constitucional”

Nessa mesma esteira já decidiu o STF (1999, HC 78708) sobre o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF/88): relevância, momento de exigibilidade, consequências da omissão: elisão, no caso, pelo comportamento processual do acusado.

I. O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto- incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade.

II. Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas.



III. Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio - que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade - e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das conseqüências da falta de informação oportuna a respeito.

O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória de acusação. (AURY, 2015, p.486)

Destarte, através do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o réu não pode ser compelido a fornecer ou até mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa. (SCHIOCCHET, 2012, p.56) Não podendo ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecimento de material para realizações de exame periciais (exame de sangue, DNA, entre outros). Assim, é possível o entendimento de que o princípio do *nemo tenetur se detegere* é um limitador do poder Estatal, que atua no sentido de evitar que a polícia ou o poder judiciário violem um direito ou garantia constitucional do ser humano. (AURY, 2015, p.486)

Mais recentemente, o STF garantiu o princípio do *nemo tenetur se detegere* ao delito de veículo automotor sob efeito de substância alcoólica:

Habeas corpus. Constitucional. Impossibilidade de se extrair qualquer conclusão desfavorável ao suspeito ou acusado de praticar crime que não se submete a exame de dosagem alcoólica. Direito de não produzir prova contra si mesmo: *nemo tenetur se detegere*. Indicação de outros elementos juridicamente válidos, no sentido de que o paciente estaria embriagado: possibilidade. lesões corporais e homicídio culposo no trânsito. Descrição de fatos que, em tese, configuram crime. Inviabilidade do trancamento da ação penal. 1. Não se pode presumir que a embriagues de quem não se submete a exame de dosagem alcoólica: a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo: Precedentes. 2. Descrevendo a denúncia que o acusado estava "na condução de veículo automotor, dirigindo em alta velocidade" e "veio a colidir na traseira do veículo" das vítimas, sendo que quatro pessoas ficaram feridas e outra "faleceu em decorrência do acidente automobilístico", e havendo, ainda, a indicação da data, do horário e do local dos fatos, há, indubitavelmente, a descrição de fatos que configuram, em tese, crimes. 3.



Ordem denegada. (HC 93.916/PA, rel. Min. Cármen Lúcia, DLe, divulg. 26-6-2008, publ. 27-6-2008).

Todavia, já não fosse suficiente o Estado possuir todo o monopólio da legitimidade de usar a força física contra as pessoas, o cenário legislativo mudou radicalmente com a edição da Lei 12.654/2012, que caminhou no sentido de um grave retrocesso no âmbito dos direitos e garantias fundamentais do acusado. A Lei 12.654/2012 trata o imputado como um mero objeto de provas, ou melhor, o objeto do qual deve ser extraída a verdade, coisificando o réu e seus status de sujeito de direito, o que contaria o princípio do nemo tenetur se detegere e todo o Estado Democrático de Direito enquanto regulador do ordenamento jurídico brasileiro. (SCHIOCCHET, 2012, p.56).

No processo penal contemporâneo, com o nível de democratização alcançada, o imputado poderia recusar-se a se submeter a intervenções corporais, sem que, dessa recusa, derive qualquer prejuízo jurídico processual. (SCHIOCCHET, 2012, p.56). Entretanto, uma vez que a prova genética desempenha um papel importante na atual investigação preliminar e podem ser decisivas no momento de definir ou excluir o autor do delito, não existiria problemas em retirar as células corporais do próprio local dos fatos, no corpo ou nas vestes da vítima. Nestes casos não haveria problemas no recolhimento de material genético. O problema está em obter células corporais diretamente do acusado e este se recusa a fornecê-las. (AURY, 2015, p.486)

Por fim, submeter o réu a uma intervenção corporal sem seu consentimento seria o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão no interrogatório quando o imputado cala, retrocedendo a um Estado semelhante ao totalitarismo, além de representar um inequívoco retrocesso ao gerar prova ilícita. Tampouco poderá compelir o réu a fornecer material genético, porque vigora o princípio do nemo tenetur se detegere. E por fim, é inconcebível no processo penal porque contraria a presunção de inocência. Diante a Lei 12.654/2012 será esmiuçada.

3. Do princípio da verdade real frente à evidência genética



Dentro do processo penal o juiz deve ir além da verdade formal, buscando saber muito mais do que os fatos trazidos aos autos. No caminhar do processo, o juiz busca uma sentença com base na verdade real, aquilo que realmente ocorreu no momento dos fatos, e que muitas vezes, leva de forma equivocada, o entendimento do juiz à condenação do sujeito passivo. Além disso, o recolhimento de material genético realizado diretamente do indivíduo para a solução de um determinado caso, pode corroborar com uma falsa realidade dos fatos na visão do juiz, condenando uma pessoa inocente.

A verdade real é um mito. Elaborada em um período inquisitivo, para justificar o substabelecimento penal e o decisionismo processual, típicos do sistema inquisitório, que geram nos atos do inquérito policial uma errônea presunção de veracidade. E apesar do inquérito policial ser um mero instrumento probatório, pode causar um grande problema ao gerar uma quase verdade, e mesmo o juiz não podendo julgar com base exclusiva no inquérito policial, acaba, em grande parte, levando o inquérito como a fonte principal do que realmente aconteceu no momento dos fatos. (AURY, 2015. p.303)

Como expõe Aury(2015, 2015. p.303):

“O mito da verdade real está intimamente relacionada com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz ato (inquisidor).”

O problema da verdade real é a sua elaboração de fatos diversos na visão de cada pessoa que estava presente no momento do crime. Sequer a policia, que é o primeiro órgão a ter contato direto com os fatos, não consegue dizer com exatidão o que realmente ocorreu, sem mencionar há crise que encontra-se o inquérito policial. Dessa forma, torna-se extremamente prejudicial um convencimento da verdade do juiz a partir do inquérito, em um processo judicial demorado onde as provas estão sucintas a contaminações. (AURY, 2015.p.303)



Em acréscimo, o professor Aury (apud Einstein. 2015.p.85) explica que teoria da relatividade sepultou de vez qualquer resquício dos juízos de certeza e da verdade absoluta:

“A mesma paisagem podia ser uma coisa para o pedestre, outra coisa totalmente diversa para o motorista, e ainda outra coisa diferente para o aviador. A verdade absoluta somente poderia ser determinada pela soma de todas as observações relativas.”

Além disso, a ciência também estrutura-se a partir do princípio da incerteza (HAWKING apud AURY, 2015.p.89):

“Não haverá apenas uma história do universo contendo vida inteligente. Ao contrário: as histórias no tempo imaginário serão toda uma família de esferas ligeiramente deformadas, cada uma correspondendo a uma história no tempo real na qual o universo infla por um longo tempo, mas não indefinidamente. Podemos então perguntar qual dessas histórias possíveis e mais prováveis.”

Essa incerteza também está intimamente relacionada com a noção de futuro contingente, não sendo possível uma previsão exata da verdade real no amadurecimento do processo penal. De modo que o futuro é verdadeiramente contingente, indeterminado, o instante é verdadeiramente instantâneo, suspenso, sem sequencia previsível ou prescrita. (AURY, 2015.p.89).

À luz da física quântica também é possível a conclusão do mito de uma verdade real. Segundo esse campo da física, é impossível determinar com exatidão, o movimento e o posicionamento de uma partícula. Assim sendo, é inverossímil determinar, no passado, a real trajetória e intencionalidade de uma ação humana, ainda mais contextualizada, ou rotulada como um crime, quando neste estão implicadas diversas variantes. (SANTOS, S/D. p.162)

Assim sendo, o processo penal tem uma finalidade de retrospectiva, onde, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado, como expõe Aury (2015.p.306) “as partes buscam sua captura psíquica (para mantê-lo em crença), sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença.”. Dessa forma, o poder do juiz não precisa da verdade para ser legitimado, pois sendo ela impossível de ser obtida no processo, teríamos de assumir que o poder é ilegítimo. (AURY, 2015.p.316).



Doravante, a doutrina aponta três grandes sistemas de avaliação da prova em âmbito brasileiro, são eles: íntima convicção, prova legal e livre convicção, sendo esta última adotada pelo sistema penal brasileiro. O livre convencimento motivado ou persuasão racional é um importante princípio a sustentar a garantia da fundamentação das decisões judiciais, estando previsto no art.157 do CPP.

Segundo Aury (2015.p.3016), o livre convencimento motivado do juiz significa:

“Á não submissão do juiz a interesses políticos, econômicos ou mesmo á vontade da maioria. A legitimidade do juiz não decorre do consenso, tampouco da democracia formal, senão do aspecto substancial da democracia, que o legitima enquanto guardião da eficácia do sistema de garantias da Constituição na tutela do débil submetido ao processo.”

Nessa esteira, o sistema do livre convencimento do juiz também decorre da própria ausência de um sistema de provas tarifadas, de modo que todas as provas são relativas, nenhuma delas tem maior prestígio ou valor que as outras. Nem mesmo as provas técnicas, como nos casos em que a polícia quer submeter o réu à intervenção corporal para o recolhimento de material genético. (AURY, 2015.p.316).

Ademais, a prova já não se faz apenas para o juiz, mas também para as partes e para os outros juízes que julgarão os recursos. A sentença tem de ser fundamentada. O julgador deve convencer-se e procurar convencer os outros, pois caso não convença qualquer das partes, esta recorre. (AURY, 2015.p.316). Além disso, o sistema de persuasão racional, via de regra, admite todos os meios de prova que não violem a moral, e as leis da Constituição.

Portanto, o processo penal é o modo de construção do convencimento do juiz, que utiliza da persuasão racional, fazendo com que as limitações imanentes á prova afetem a construção e os próprios limites desse convencimento. De modo que, o processo é o todo utilizado pelo juiz para buscar uma inalcançável verdade real, em um sistema inquisitório. (AURY, 2015.p.87). Questionando-se, contudo, os casos que envolvem o recolhimento de material genético a fim de encontrar a verdade real no processo.



Destarte, na mesma lógica de que os fins justificam os meios, a Lei. 12.654 ao legitimar que o Estado recolha material genético diretamente do ser humano, constitui um retrocesso constitucional na busca pela inalcançável verdade real, onde o juiz “decide qualquer coisa sobre qualquer coisa” em um sistema que acusa sem precedentes. (AURY, 2015.p.338). Além disso, com tonalidade inconstitucional, a Lei 12.654 retrata um processo penal ambicioso pela verdade, que abre mão de garantias e princípios constitucionais que surgiram nos longos anos de luta por direito, em um período autoritário.

Doravante, o maior inconveniente da verdade real foi ter criado uma cultura inquisitiva que acabou se disseminando por todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução criminal. A partir dela, as práticas probatórias mais diversas estão autorizadas pela nobreza de seus propósitos: a verdade (AURY, 2015.p.318). Assim sendo, quando a busca pela verdade torna-se incessante, o Estado acaba atropelando várias garantias, como a submissão do ser humano ao recolhimento de material genético.

Ressalta-se que, o livre convencimento racional do juiz não pode violar os costumes morais e muito menos os princípios constitucionais que cernem em torno das provas elaboradas através do recolhimento de material genético, direto do indivíduo, quando este se recusa a cooperar. A verdade real, ao ser perseguida fora dessas regras de controle e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera o juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognoscitivíssimo ético sobre o qual se embasa o substancialíssimo penal, e resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal. (AURY, 2015.p.318).

A decisão judicial não é a revelação da verdade, mas um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo penal. O juiz, na sentença, constrói pela do contraditório a sua convicção acerca do delito, elegendo significados que lhe pareçam válidos. Ou seja, o resultado final do processo deve ser construído nos limites do contraditório e do devido processo legal. (AURY,



2015.p.338). Casos que envolvam o recolhimento de material genético diretamente do indivíduo, constitui uma afronta ao devido processo legal e á toda Constituição, devendo o juiz considerar a prática de tal ato como prova ilícita e violação de princípios constitucionais, devendo gerar uma nulidade no processo.

Por fim, o processo penal deve impor um repensar a construção do saber jurisdicional desde a perspectiva do contraditório, delimitando, portando, o campo do exercício do poder do juiz. Conclui-se então que, é imprescindível na decisão judicial o convencimento racional do juiz de modo a não violar o devido processo legal e os princípios constitucionais. Assim sendo, o recolhimento de material genético realizado direto do indivíduo deve ser alisado pelo juiz como uma prova ilícita, geradora de nulidade processual, e não como uma forma de encontrar a verdade.

3.1 Do atual sistema de coleta de dados genéticos e a afronta ao direito a não autoincriminação

A persecução penal brasileira, apesar de representar uma grande inovação tecnológica para a prática de investigação forense, nos crimes de grave ameaça ou hediondos, onde a coleta de material genético é imprescindível para que a policia chegue á uma possível ou não autoria, não pode prescindir os princípios Constitucionais. A Lei 12.654 modificou radicalmente o cenário da investigação preliminar, violando uma série de princípios e garantias constitucionais, como o direito a intimidade e de não auto incriminar-se (nemo tenetur se detegere),. Assim, a Lei 12.654 representa um retrocesso constitucional para o Estado Democrático de Direito, devendo ser considerada como uma norma inconstitucional.

A regra constitucional é a de que a pessoa que for civilmente identificada não será submetida à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (art. 5º, LVIII). A Lei que traz essas hipóteses é a Lei n.º 12.037/2009.

Com caráter extremamente punitivista, a Lei 12.654, de 28 de maio de 2012, possibilita a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. Ela prevê a criação de banco de dados de perfis genéticos com o material coletado dos investigados



e condenados, com a finalidade de encontrar a autoria de delitos como, estupro, crimes hediondos, entre outros em que o autor deixa rastros de material genético na cena do crime. No entanto, ela só permite o recolhimento de material genético em duas hipóteses; auxiliar na apuração da autoria de crimes durante a investigação ou quando o réu já tiver sido condenado pela prática de determinados crimes. (AURY, 2016, p.420)

Durante as investigações, quem determina a coleta do material biológico é a autoridade judicial, não prescindindo a reserva de jurisdição, ou seja, considerando que representa uma grave violação aos direitos fundamentais, é necessária autorização judicial. (AURY, 2016, p.420) Portanto, a decisão que autoriza a intervenção corporal deve ser precedida de representação de autoridade policial ou do Ministério Público. No entendimento do professor Aury (2015, p.234), tais atos são mais “um sintoma da cultura inquisitória que ainda domina o processo penal brasileiro.” (SCHIOCCHET, 2012, p.56).

Nos casos em que o condenado for preso por crime hediondo ou por crime doloso cometido com violência de natureza grave contra pessoa, o material genético irá para o banco de dados visando a ser usado como prova em relação a fatos futuros. Aqui, a intervenção corporal é obrigatória e não exige autorização judicial para obtenção. (MARCÃO, 2015).

A nova Lei acrescentou o art. 9º-A à Lei de Execuções Penais, prevendo o seguinte:

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

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

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

Todavia, a Lei 12.654 é uma violação escancarada à Constituição, que inflige vários princípios e garantias constitucionais como de não produzir prova contra si



próprio. Além disso, trata-se de uma inequívoca discriminação e estigmatização desses condenados. “Optou o legislador por (re) estigmatizar os crimes hediondos e o chamado agora crime doloso cometido com violência de natureza grave contra a pessoa”. (AURY, 2015).

Doravante, submeter o sujeito passivo a uma intervenção corporal sem o seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão no interrogatório quando o imputado cala. (AURY, 2015). Tais atos são um inequívoco retrocesso para o atual nível de democratização, violando direitos como: a vida (art.5º), pois subentende-se que o Estado deve respeitar dignamente o ser humano; o direito de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art.5º, II); ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento desumano ou degradante (art.5º, III); são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art.5º, X). (CAPEZ, 2016).

Como expõe o professor Aury (2015):

“Em primeiro lugar, o dogma da verdade real ou da verdade biológica, que a suplantaria, serviria como uma fonte epistemológica para que a pericia sirva como uma espécie de prova plena, o que equivale a um retorno ao inquisitório e suas regras probatórias. Além disso, não se pode esquecer da circunstância de transformar ou melhor, reconduzir o investigado ao patamar de objeto de prova e não como sujeito de direitos. Assim, interpretado como um objeto do qual ainda continua a possibilitar o alcance à verdade (biológica, agora), temos um agravamento da cultura inquisitória, amplamente consolidada no Brasil. O investigado, como portador da verdade passível de ser extraída (DNA), deverá sofrer a intervenção corporal. Eis aí um bom índice de como sempre é possível o aprimoramento da cultura inquisitória.”

Como já salientado, a verdade absoluta é inalcançável. A aplicação da Lei 12.654 nos crimes hediondos e de grave ameaça só fomentara ainda mais um sistema faminto por acusar, atropelando uma série de garantias constitucionais. A intervenção do Estado para recolher material genético do indivíduo que recusa-se a cooperar, viola diretamente o princípio da não auto incriminação. (CAPEZ, 2016).



Ademais, é pacífico o entendimento do STF de que, por conta do princípio da não autoincriminação o acusado não é obrigado a fornecer padrão vocal ou padrão de escrita para que sejam realizadas perícias que possam prejudicá-lo. Analogamente, esse mesmo raciocínio pode ser utilizado na extração de material genético (DIZER O DIREITO, 2012). Vide o seguinte precedente do STF sobre o tema:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. Diante do princípio nemo tenetur se detegere, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido. (HC 77135, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 08/09/1998, DJ 06-11-1998 PP-00003 EMENT VOL-01930-01 PP-00170)

Por fim, a Lei 12.654 é resultado de um sistema penal acusatório, que finda seus atos em uma cultura inquisitória sem precedentes, que busca incansavelmente a verdade. Nesse sentido de que os fins justificam os meios, muitas garantias estão sendo prescindíveis, inclusive o direito de não auto incriminar-se, o que deixa toda sociedade a mercê de um Estado punitivista.

4. CONCLUSÃO

A coleta obrigatória de informações genéticas é inconstitucional, pois ofende o direito constitucional da não autoincriminação e a presunção de inocência. Ademais, o direito à privacidade das informações genéticas e à intimidade (pois a coleta é invasiva) deve ser mais proporcionalmente defendido que o direito à persecução criminal estatal.



De fato, o Código de Processo Penal prevê, no artigo 240, a possibilidade de recolhimento de material genético no local dos fatos, no corpo ou nas vestes da vítima ou em outros objetos, a fim de embasar a investigação policial e ajudar na elucidação de um crime. Contudo, a confirmação dessas evidências coletadas depende do pareamento com o material genético do acusado, que deve expressamente concordar com o procedimento invasivo. O problema reside na submissão obrigatória à identificação genética dos condenados por crimes violentos ou hediondos e a finalidade para qual a coleta de dados foi criada.

Ademais, o direito de defesa do suspeito, especialmente em se tratando de autodefesa negativa, não pode ser limitado, porque, ao seu lado, existem outros princípios básicos presentes na ordem constitucional que não podem ser ofendidos.

Submeter o indiciado a uma intervenção corporal sem seu consentimento e fazer a coleta obrigatória do material genético, fundamentada apenas no fato de ser o imputado condenado por outro crime, é autorizar a tortura e o tratamento desumano ou degradante, é violar a intimidade, a honra, a imagem, a privacidade genética e é cumular um processo com provas obtidas por meios ilícitos e ilegais.

Que o direito acompanhe a evolução da ciência e internalize os avanços científicos positivos, contudo sem atropelos à ordem constitucional e aos princípios, direitos e garantias individuais e coletivos que custaram caro para se alcançar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AURY, Lopes Jr. **Direito processual penal**. -13.ed.- São Paulo: Saraiva, 2016.

AURY, Lopes Jr. **Investigação preliminar no processo penal**. – 6. Ed. Ver, atual. E ampl. –São Paulo: Saraiva, 2015.

AURY, Lopes Jr. **Fundamentos do processo penal/ introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Bruno Fontenele. **Precedentes sobre o direito à evidência** ("right to evidence") nos Estados Unidos. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2336, 23 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13893>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.



Convenção Americana dos Direitos Humanos. 1969. Disponível em:
<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>

DIZER O DIREITO. **Comentários à Lei 12.654/2012 (coleta de material biológico do investigado ou condenado).** Disponível em:
<http://www.dizerodireito.com.br/2012/05/comentarios-lei-126542012-coleta-de.html>.
Acesso em: 10 de Maio de 2016.

EMENDA Nº IV DA CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA. Disponível em:
www.law.cornell.edu . Acesso em: dia 15 de Abril de 2016.

EMENDA Nº IV DA CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA. Disponível em:
www.law.cornell.edu . Acesso em: dia 15 de Abril de 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón- Teoría del Garantismo Penal.** 2.ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Afonso Ruiz Miguel; Juan TerradillosBasoco; e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trota, 1997.

LEI 12.654. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm Acesso em: 10 de Maio de 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **A "Exclusionary rule" do Sistema Norte-Americano.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, ano IX, n. 25, jan 2006. Disponível em:
<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=776>. Acesso em: 30 jul. 2015.

STF.HC.78708/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 8-9-1998. Acesso em 28 de Abril de 2016.
Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC.SCLA.+E+78708.NUME.&base=baseAcordaos>

STF. HC 77135, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 08/09/1998.

STF.HC.93.916/PA. Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje, 117, divulge.26-6-2008, publ. 27-6-2008. Aceso em 28 de Abril de 2016. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC.SCLA.+E+78708.NUME.&base=baseAcordaos>

SCHIOCCHET, Taysa et ali. **Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal.** Série pensando o Direito, vol. 43. Brasília; Ministério da Justiça, 2012.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **A "Exclusionary rule" do Sistema Norte-Americano.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, ano IX, n. 25, jan 2006. Disponível em:
<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=776>.



ANAIS DA 15ª SEMANA
ACADÊMICA DA FADISMA
DIREITO E CIÊNCIAS CONTÁBEIS

ISSN: 2446-726X



juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=776>. Acesso em: 30 jul. 2015.