



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

WILSON DOS SANTOS SERPA JÚNIOR

**A RECUSA DO INVESTIGADO AO FORNECIMENTO DE
MATERIAL GENÉTICO NOS CASOS PREVISTOS PELA
LEI 12.654/2012**

BRASÍLIA – DF

2017

WILSON DOS SANTOS SERPA JÚNIOR

**A RECUSA DO INVESTIGADO AO FORNECIMENTO DE
MATERIAL GENÉTICO NOS CASOS PREVISTOS PELA LEI
12.654/2012**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB.

Orientador: Professor Doutor João Costa Neto.

BRASÍLIA
2017

WILSON DOS SANTOS SERPA JÚNIOR

**A RECUSA DO INVESTIGADO AO FORNECIMENTO DE MATERIAL
GENÉTICO NOS CASOS PREVISTOS PELA LEI 12.654/2012**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) para a banca examinadora composta pelos seguintes professores:

Prof. Dr. JOÃO COSTA NETO (Orientador)

Prof. Dr. MALTHUS FONSECA GALVÃO

Prof. Dr. GUILHERME SCOTTI RODRIGUES

RESUMO

O presente trabalho realizou uma análise da recusa ao fornecimento material genético, nos casos previstos na Lei 12.654/2012. Essa Lei, que trata da identificação genética, prevê que o indivíduo pode ser compelido a fornecer material genético em duas situações: quando há uma investigação em curso e o magistrado do caso entende que a prova genética é necessária e quando o indivíduo está cumprindo pena por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por crimes hediondos. Este estudo, então, avalia a possibilidade jurídica de o indivíduo se recusar a se submeter a esses exames. Conforme será visto, há argumentos favoráveis e contrários à possibilidade de recusa e tanto a doutrina quanto a jurisprudência se dividem quanto ao tema. Verificou-se, entretanto que, nas fontes pesquisadas, há uma pequena prevalência nas posições favoráveis à coleta compulsória – apesar de sempre haver a preferência à coleta voluntária e a coleta de células desprendidas do corpo.

LISTA DE ABREVIATURAS

BDPG	Banco de Dados de Perfis Genéticos
BNPG	Banco Nacional de Perfis Genéticos
CODIS	<i>Combined DNA Index System</i>
CPP	Código de Processo Penal
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DNA	<i>Deoxyribonucleic Acid</i> (Ácido desoxirribonucleico)
LEP	Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984)
LIC	Lei de Identificação Criminal (Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009)
RIBPG	Rede Integrada do Banco de Perfis Genéticos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

Sumário

INTRODUÇÃO	7
1. DESCRIÇÃO DO PROBLEMA E POSIÇÃO DA DOUTRINA	9
1.1. Da Lei nº 12654/2012	9
1.2. Noções de genética	12
1.3. Argumentos favoráveis	14
1.3.1. Eficiência na persecução penal	15
1.3.2. Método indolor	17
1.3.3. Direito a não autoincriminação	17
1.3.4. Direito à privacidade	18
1.3.5. Dever do Estado	19
1.3.6. Presunção de inocência	20
1.3.7. Direito à vida	21
1.3.8. Princípio da isonomia	21
1.4. Argumentos contrários	22
1.4.1. Direito à não autoincriminação	22
1.4.2. Princípio da intangibilidade do corpo	23
1.4.3. Princípios de bioética	24
1.4.4. Presunção de periculosidade	24
1.4.5. Presunção de inocência	24
1.4.6. Cadeia de custódia	25
1.4.7. Princípio acusatório	25
1.4.8. Mito de infalibilidade	26
1.4.9. Privacidade informacional	26
1.4.10. Indefinições da lei	27
1.4.11. Agressores conhecidos	28
1.4.12. Efeitos sobre a prevenção	28
1.5. Posicionamento da doutrina	29
1.6. RE 973837/MG	34
2. JURISPRUDÊNCIA DO STJ	35
3. DISCUSSÃO	38
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo debater a possibilidade da recusa de fornecimento de material genético por parte do investigado e do condenado nos casos previstos pela Lei 12.654/2012. Como será visto ao longo do texto, essa Lei tem como objetivo tornar a persecução penal mais eficiente nos casos em que a prova genética possa ser utilizada. Para tanto, prevê a possibilidade de coleta de material genético mesmo contra a vontade do indivíduo em questão.

Essa coleta forçada tem aspectos negativos e positivos. Por um lado, afeta alguns direitos fundamentais desse indivíduo, especialmente o direito de não produzir provas contra si mesmo e o direito à intangibilidade do corpo. Por outro, resulta em um banco de dados de perfis genético mais completo e, com isso, tende a tornar a persecução penal mais eficiente – tendo como resultados o aumento de punição a criminosos, diminuição de incriminação de inocentes, prevenção de crimes e aumento de dignidade a possíveis vítimas.

A investigação genética começou legalmente no Brasil há cinco anos, mas sua implantação ainda está muito incipiente. Conforme relatório do RIBPG (Quadro 1)¹, até maio de 2017 menos de 2.000 perfis genéticos de investigados e condenados haviam sido incluídos no BNPG. Esse número é realmente pequeno se considerarmos a grande quantidade de crimes sexuais e contra a vida que são cometidos no Brasil.

Quadro 1: número total de perfis genéticos oriundos de amostras relacionadas a casos criminais

Categoria de amostra	Nº de perfis genéticos
Vestígios	4.971
Condenados (lei 12.654/12)	1687
Identificados Criminalmente (lei 12.654/12)	148
Decisão judicial	10
Total	6.816

(fonte: Relatório RIBPG, p. 7)

¹ Relatório da RIBPG, aprovado pelo Comitê Gestor da Rede em 28/05/2017 e disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/relatorio/vi-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos-_versao-final.pdf>. Acesso em 03 nov. 2017.

Apesar disso, importantes casos já foram solucionados com o uso do BNPG². Espera-se, desse modo, que uma implementação mais ampla vá contribuir para a solução de mais crimes dessa natureza e que, com isso, se diminua a impunidade, se previna a prisão de inocentes e vidas sejam salvas.

Um dos fatores que podem ser alegados pelas unidades da federação para não implementar plenamente a investigação genética é justamente a constitucionalidade da Lei 12.654/2012. De fato, como será visto ao longo desse texto, alguns especialistas apontam problemas em partes dessa Lei. Tanto é que ela está sendo questionada no STF, através da RE 973837/MG, com repercussão geral reconhecida. Desse modo, pode-se estar esperando – ou se usando como pretexto – a possível inconstitucionalidade da lei a fim de não criar uma infraestrutura que permita a implantação plena e efetiva do BNPG e da RIPBG.

O presente estudo irá, então, analisar a possibilidade de recusa de fornecimento de DNA por parte desse investigado/condenado. Para tanto, primeiramente será feita um estudo dos pontos principais da Lei 12.654/2012, bem como do Decreto nº 7.950/2013, que a regulamenta. Em seguida, será feita uma análise dos principais argumentos favoráveis e contrários a essas normas. Serão verificados, também, as opiniões de doutrinadores bem como o posicionamento do Supremo Tribunal de Justiça sobre o tema. Serão levadas em consideração, também, as opiniões proferidas na Audiência Pública convocada para discutir essa questão, no âmbito do julgamento do RE 973837/MG. Por fim, será dada uma opinião sobre o assunto.

² Por exemplo, no caso referenciado em <<https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/preso-suspeito-de-estupro-pode-ter-feito-30-mulheres-vitimas-no-agreste-da-pb-diz-policia.ghtml>>, em que 30 mulheres foram estupradas na Paraíba, e em <<http://globoplay.globo.com/v/5708540>>, em que um pastor evangélico havia cometido uma série de estupros Taguatinga e Águas Claras (ambos acessados em 15 nov. 2017).

1. DESCRIÇÃO DO PROBLEMA E POSIÇÃO DA DOUTRINA

1.1. Da Lei nº 12654/2012

A identificação e a investigação criminal genética foram estabelecidas no Brasil pela Lei nº 12.654/2012 e posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 7.950/2013. Essa Lei altera a Lei nº 12.037/2009, que trata da identificação criminal do civilmente identificado (LIC), e a Lei nº 7.210/1984, que institui a Lei de Execuções Penais (LEP).

A LIC regulamenta o art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, o qual estabelece que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”. Conforme o art. 2º dessa Lei, a identificação civil é obtida por meio de documentos oficiais como, por exemplo, carteira de identidade e passaporte. Deste modo, conforme previsão constitucional, a identificação criminal é uma exceção.

No art. 3º dessa mesma Lei são apresentadas as hipóteses em que, mesmo portando documento de identidade, a pessoa será submetida à identificação criminal. Dentre essas hipóteses se incluem os casos em que o documento estiver danificado ou se houver suspeita de falsificação, além de situações em que o documento não for suficiente para a identificação. No inciso IV desse artigo temos também o seguinte:

[...]poderá ocorrer identificação criminal quando:

[...]IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;³

Assim, a identificação criminal inclui a identificação datiloscópica, a fotográfica, bem como a identificação genética, conforme texto a seguir:

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

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3o, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.⁴

³ Art. 3º, IV, Lei 12.037/2012.

⁴ Art. 5º Lei 12.037/2012.

Esse parágrafo único constitui uma das alterações dessa Lei, incluídas pela Lei nº 12.654/2012. Essa é uma das hipóteses em que há previsão de coleta compulsória de material genético.

A segunda hipótese está prevista na LEP. Essa lei trata da execução da pena, ou seja, procedimentos a serem adotados após sentença criminal condenatória, dentre os quais se incluem este:

Artigo 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.⁵

Dessa forma, a LEP prevê identificação genética compulsória para condenados por crimes com violência de natureza grave praticados dolosamente e também pelos crimes previstos no artigo 1º da Lei nº 8.071/90 – crimes hediondos, os quais incluem homicídio qualificado, latrocínio e estupro. Essa é a segunda hipótese de previsão de coleta compulsória de material genético.

Desse modo, são previstas duas hipóteses de coleta compulsória, uma para o investigado (art. 2º da LIC) e outra para o condenado (art. 9º-A da LEP). Neste trabalho, será utilizado o termo “suspeito” quando o que for dito se referir aos dois casos.

A fim de regulamentar a Lei nº 12.654/2012 foi editado Decreto nº 7.950/2013, que estabelece o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG).

O BNPG “tem como objetivo armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes”⁶. A RIBPG “tem como objetivo permitir o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de perfis

⁵ Art. 9º-A, Lei 7.210/1984.

⁶ Art. 1º, § 1º do decreto 7.950/2013.

genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal”⁷. Ambos foram instituídos no âmbito do Ministério da Justiça.

A implantação do BNPG busca proporcionar uma maior eficiência na resolução de alguns crimes, e essa suposta eficiência depende de um banco de dados o mais completo possível. Faz-se necessário, para tanto, a escolha de um critério que determine o fornecimento de material para preenchimento que deve, tanto quanto possível, gerar um banco eficiente – ou seja, que auxilie a resolução de crimes–, que afete minimamente os direitos individuais e que seja economicamente viável. Ou seja, há uma relação de compromisso com três variáveis: eficiência, direitos e custos.

Para exemplificar essa relação, poderíamos supor um BDPG que abrangesse toda a população. Este seria altamente eficiente pois, diante de um vestígio biológico em uma cena de crime, a identificação do suspeito seria praticamente imediata. O que não significaria, obviamente, a identificação do autor – que dependeria de outras provas–, mas pelo menos se obteria a identidade do indivíduo que provavelmente esteve naquele local de crime. Porém tal modelo teria um custo financeiro alto e haveria uma grande afetação a direitos fundamentais.

Também poderíamos supor a construção de um banco de dados em que a pessoa somente forneceria material genético voluntariamente. Esse banco teria um custo inferior e teria uma afetação pequena a direitos fundamentais. Porém, provavelmente seria menos eficiente em relação à resolução de crimes. Por exemplo, o investigado que sabe ser culpado teria fortes razões para se recusar a fornecer seu DNA.

Desse modo, se se considerar que a implantação de um BDPG é positiva para o Brasil, faz-se necessária a definição de um critério para a inclusão de indivíduos no banco, critério esse que deverá, tanto quanto possível, ser eficiente e respeitar os direitos individuais.

Deve-se avaliar se vale a pena sofrer essa limitação de direitos fundamentais em nome da eficiência, ou se esse é um custo muito alto frente ao objetivo pretendido. Nessa

⁷ Art. 1º, § 2º do decreto 7.950/2013.

análise, obviamente, há que se verificar, na prática, se essa suposta maior eficiência na resolução de crimes está realmente sendo alcançada.

O critério adotado pela Lei nº 12.654/2012 – no caso de condenados – foi o de incluir no banco de dados autores de crimes violentos contra vida e de crimes hediondos. Tal decisão se baseou num possível caso de reincidência desses presos e no fato de que esses crimes costumam deixar vestígios biológicos. Dessa forma, esse seria um recorte da população de criminosos ativos que apresentaria uma chance maior de delinquir. Assim, teríamos um banco eficiente e de custo não tão alto, porém com afetação a alguns direitos.

1.2. Noções de genética

A seguir, serão vistos alguns conceitos básicos relacionados à genética e que são importantes para o tema em estudo.

Um conceito por trás da identificação genética é o princípio da transferência de Locard segundo o qual “sempre que dois objetos entram em contato transferem parte de si que se incorpora ao outro objeto. Assim, materiais são transferidos entre a vítima, o suspeito e o ambiente (cena de crime).”⁸ Esses materiais transferidos incluem vestígios biológicos (sangue, sêmen e cabelos) e digitais. A partir desses vestígios pode se obter o DNA e, com isso, se tentar determinar o possível autor do crime.

DNA significa ácido desoxirribonucleico e representa uma cadeia de moléculas responsáveis por definir todas as características de um indivíduo. Compõem o chamado genoma, que é o conjunto de todas informações hereditárias do indivíduo. Todas as células somáticas⁹ de um indivíduo possuem exatamente o mesmo genoma.

⁸ TRINDADE, B. T. *Banco de dados de perfis genéticos: exame da sua constitucionalidade e efetividade*. 92f. Monografia (graduação em Direito) – Faculdade de Direito. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. p. 21.

⁹ Células somáticas incluem todas as células do corpo humano, exceto os gametas (espermatozoides e óvulos). Enquanto aquelas possuem dois conjuntos de cromossomos, estas possuem somente um.

Grande parte do DNA não interessa aos propósitos de identificação, pois é idêntico em todas as pessoas. De fato, 99% do DNA codificante é idêntico e somente 1% é passível de diferenciação de pessoa para pessoa¹⁰.

O perfil genético é semelhante a uma impressão digital genética e sua finalidade é unicamente a identificação¹¹. Diferentemente do genoma – esse sim capaz de revelar muitas informações sensíveis sobre o indivíduo – o perfil é obtido das regiões não codificantes e é incapaz de revelar características físicas ou de saúde.

Na identificação são utilizados pequenos segmentos de cromossomos – os quais encontram-se em posições do DNA chamados de marcadores –, que contém padrões de repetição¹². Esses padrões são altamente variáveis na população, ou seja, existem em várias formas. Cada uma dessas formas são chamadas de alelos. Assim, para cada marcador, um indivíduo possui um determinado alelo, o qual corresponde a um número.

O perfil genético, desse modo, corresponde a uma sequência numérica que se obtém a partir dessas posições – não codificantes – do DNA. O sistema CODIS¹³ é formado por 13 marcadores. Um exemplo de perfil genético seria a sequência 15/16 9.3 28/32.2 15/21 10/12 11/12 8/12 12/13 10/13 14/18 13 8/11 23/26.51¹⁴.

O BDPG, desse modo, é um sistema computacional que armazena esses códigos numéricos, chamados de perfis genéticos, capazes de identificar univocamente os indivíduos. Esses perfis não contêm informações somáticas, exceto o sexo. É apenas uma sequência numérica obtida a partir das células e capaz de diferenciar, eficientemente, as pessoas (exceto nos casos de gêmeos univitelinos).

¹⁰ SILVA *et al.* *apud* SAUTHIER, R. *A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12*. 1ª ed. Curitiba, PR: CRV, 2015. p. 70.

¹¹ JQUES, G. S. (2013) *apud* TRINDADE, *op. cit.*, p. 26.

¹² TRINDADE, *op. cit.*, p. 26. Sequência de bases nitrogenadas que se repetem “n” vezes.

¹³ Combined DNA Index System, Sistema de banco de dados de perfis genéticos desenvolvido pelo FBI e que é utilizado no Brasil. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet>> Acesso em 21/11/2017.

¹⁴ JQUES, G. S. (2013) *apud* Trindade, *op. cit.*, p. 28.

O BDPG é composto por dois bancos de dados. Um deles é o chamado banco de dados de referência¹⁵, que contém a chamada identificação imediata, ou seja, obtida diretamente dos indivíduos. Desse modo, desse banco de referência se conhece a identidade do indivíduo. O outro é chamado de banco de dados questionado. É composto pelos perfis genéticos obtidos nos locais de crimes, de amostras como sêmen e sangue. É a chamada identificação mediata. Nesse caso, não se conhece, inicialmente, a identidade dos indivíduos.

Para a geração desses bancos, é passado o chamado suabe bucal (uma espécie de cotonete) na boca do indivíduo (no caso do banco de referência) ou no vestígio encontrado no local de crime (no caso do banco questionado). A partir das células aderidas ao suabe, e após uma série de etapas¹⁶, é gerado o perfil genético. Este fica, então, armazenado no respectivo banco.

1.3. Argumentos favoráveis

O BDPG é uma forma de utilização de um conhecimento científico a serviço do processo penal. Esse conhecimento representa uma evolução na persecução penal que se propõe a contribuir positivamente para a repressão a crimes e, eventualmente, também para a prevenção.

Conforme Lopes Jr, processo penal pode ser entendido como “reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico”¹⁷. Para esse autor, a instrução penal é uma atividade dialógica na qual se confronta duas narrativas a fim de servir de base para a decisão¹⁸. Nesse sentido, a prova científica é capaz de estruturar essa narrativa, tanto a favor como contrariamente ao réu. A partir do uso do conhecimento científico essa reconstrução torna-se mais objetiva, ou seja, mais próximo do que realmente aconteceu. Sem isso, fica-se dependente unicamente de meios de provas mais subjetivos – como a prova testemunhal –, cujos resultados podem estar relacionados a falsas memórias e falsos testemunhos. Desse modo, o conhecimento científico, mesmo não prescindindo das provas pessoais – e considerando que a prova pericial deverá ser utilizada em conjunto com as provas pessoais

¹⁵ SAUTHIER, *op. cit.* p. 76.

¹⁶ Para uma descrição mais detalhada, verificar Trindade, *op. cit.* p.23.

¹⁷ LOPES JR., A. *Direito processual penal*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 577.

¹⁸ *Ibid.* p. 600.

–, subsidiará uma decisão mais justa– ou, pelo menos, o magistrado terá condições de ter uma visão mais fidedigna dos fatos.

Como conhecimento científico, a genética utiliza o chamado método científico. Este se baseia na noção de verificabilidade e falseabilidade¹⁹. As teorias científicas são enunciadas a partir de observações empíricas e são consideradas válidas até que sejam falseadas, ou seja, até que observações futuras demonstrem que aquelas teorias continham erros²⁰. Ainda que se venha a descobrir alguma falha nas suas previsões, provavelmente permanecerá válida na maioria dos casos. Desse modo, mesmo que algumas críticas à investigação genética sejam procedentes – como a possibilidade, ainda que remota, de ocorrência de falsos positivos, o que poderia resultar em conclusões incorretas –, esse conhecimento trará mais benefícios à persecução penal do que as possíveis incorreções que possam surgir.

Dito isso, a seguir serão analisados argumentos favoráveis à utilização do BNPG, bem como à coleta compulsória de material genético.

1.3.1. Eficiência na persecução penal

Esse é certamente o principal argumento em favor do BDPG. O que se quer com a Lei de identificação genética, afinal, é punir o verdadeiro criminoso. Outras consequências da utilização do BDPG, relacionadas à eficiência, é a prevenção de crimes violentos e a prevenção de condenações de inocentes.

A utilização da prova genética permite uma identificação bastante precisa. É algo semelhante à realizada por meio de impressões digitais, porém com uma acurácia maior²¹. De fato, o *match*, que se obtém quando um perfil gerado a partir de uma amostra de um local

¹⁹ POPPER, K. R. *A lógica da pesquisa científica*. 9ª ed. São Paulo: Cultrix, 1978. p. 41: “diremos que eles (os enunciados da ciência empírica) devem ser ‘conclusivamente julgáveis’. Isso quer dizer que sua forma deve ser tal que se torne logicamente possível *verifica-los e falsifica-los*” [grifos do autor].

²⁰ Como exemplo de falseamento podemos citar a teoria gravitacional de Einstein em relação a teoria clássica da gravitação proposta por Isaac Newton. Einstein demonstrou que em condições extremas as regras clássicas de gravitação não eram mais válidas. Porém, apesar disso, não há dúvidas de que a mecânica clássica representou um enorme avanço para nossa sociedade e de que ainda é válida na maior parte dos casos.

²¹ TRINDADE, *op. cit.* p. 40.

de crime é exatamente igual a um perfil previamente cadastrado no banco, é algo altamente confiável.

Desse modo, um banco de dados bem construído vai permitir que se conheça a identidade do criminoso a partir dos vestígios biológicos deixados na cena do crime, desde que esse indivíduo já conste no banco de dados de referência. Isso é especialmente útil em casos de crimes em que não há suspeitos. Nessa situação, sem o BDPG teríamos, provavelmente, um caso de impunidade.

Da mesma forma, a existência do BDPG pode prevenir a ocorrência de crimes. Isso pode ocorrer, especialmente, em casos de crimes em série. Nessa situação, diante de um criminoso que já tiver sido condenado anteriormente, o Estado vai ter meios de identificá-lo mais rapidamente e, assim, interromper sua carreira criminosa. Por exemplo, no caso conhecido como maníaco de Contagem²², o criminoso em questão matou cinco mulheres, porém, antes disso, já havia sido condenado previamente pela morte de um taxista. Caso, nessa época, já houvesse o BDPG, após a morte da primeira mulher seria possível chegar ao criminoso. Assim, quatro vidas poderiam ter sido salvas.

A implantação do BDPG também visa permitir que o estado puna menos inocentes. Um exemplo disso aconteceu com Israel de Oliveira Pacheco²³. Esse rapaz foi considerado culpado por um caso de estupro e condenado a uma pena onze anos de reclusão. Posteriormente, através do exame de perfis genéticos, constatou-se que o verdadeiro autor desse crime era outra pessoa, que inclusive havia cometido outros dois estupros e já estava cumprindo pena por um deles. Infelizmente, Israel já havia cumprido cinco anos de sua pena.

Além disso, sobre a eficiência da prova genética, podemos destacar o fato de que crimes como homicídio, roubo e estupro, por envolverem uma interação entre o criminoso e a vítima ou o ambiente, geralmente estão relacionados a uma cena de crime com muitos vestígios biológicos. Dessa forma, estruturar os órgãos de perícia a fim de que possuam um BDPG completo vai permitir uma maior eficiência na solução de crimes desse tipo.

²² TRINDADE, *op. cit.* p. 16.

²³ *Ibid.*, p.30.

1.3.2. Método indolor

Conforme exigência da Lei nº 12.654/2012, a coleta de amostra deverá ser feita por técnica indolor. O método a ser utilizado é a passagem do suabe no interior da boca do acusado. Essa técnica respeita a integridade física do suspeito pois não provoca lesão ao seu corpo. Trata-se de uma passagem superficial que remove uma pequena camada de células do corpo da pessoa²⁴. Diferentemente, se se pretendesse fazer a coleta de sangue, não se poderia considerar uma técnica indolor, visto que haveria perfuração do corpo do suspeito.

1.3.3. Direito a não autoincriminação

Apesar da argumentação contrária à implantação do BDPG e, em especial, à possibilidade de recusa do suspeito a partir do direito à não autoincriminação – como será visto algumas sessões adiante – também há argumentos que indicam que a Lei nº 12.654/2012 respeita esse direito.

O direito à não autoincriminação pode ser deduzido do art. 5º, LXIII, da CF, segundo o qual o “preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Esse direito também está previsto no Código de Processo Penal²⁵ e no Pacto de San José da Costa Rica²⁶. Ele é derivado do princípio *nemo tenetur se detegere* (nada a temer por se deter), que prevê que o silêncio do acusado não poderá lhe trazer nenhuma consequência jurídica negativa.

Conforme Queijo²⁷, porém, esse direito se aplica somente a declarações verbais do acusado, não a ações ou omissões deste, e também não se aplica ao fornecimento de material para a produção de provas. A produção da prova – no caso, a tipagem genética – é realizada

²⁴ TRINDADE, *op. cit.* p. 34. A colheita em células da boca é considerada método indolor desde 1994.

²⁵ Art. 186 do *Código de Processo Penal*. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

²⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, *Convenção Americana de Direitos Humanos* (“Pacto de San José de Costa Rica”), artigo 8º, inciso 2, alínea g: “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;”.

²⁷ QUEIJO, M. E. (2003) *apud* SILVA, R. V. *Garantia da não auto incriminação*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8467>. Acesso em 21 out. 2017.

pelo perito que produz o laudo de confrontação. Desse modo, o acusado não estaria de fato produzindo provas contra si.

Na coleta de DNA não haveria comportamento ativo do investigado, diferente do que ocorre, por exemplo, com o fornecimento de padrões vocais e gráficos²⁸. Nestes casos, há comportamento consciente da pessoa em fornecer esses padrões. No caso do fornecimento de material genético, é exigido tão somente que a pessoa abra a boca.

O indivíduo investigado é um sujeito de direitos, mas também é objeto de processo²⁹. O direito a não autoincriminação valeria enquanto ele é sujeito, por exemplo, na não obrigatoriedade de fornecimento de informações que estão em sua mente, como no caso de interrogatório do réu. Quando a informação é obtida por uma foto, doando sangue, DNA, etc., o indivíduo estaria funcionando como objeto do processo (quem produz a informação não é ele, e sim o perito). Então, nesses casos, não haveria afetação ao direito a não autoincriminação.

Sauthier³⁰, porém, aponta que há uma gradação dessa atividade/passividade. Então deve-se usar um critério de proporcionalidade, ou seja, quanto mais ativo for o comportamento, melhor precisa ser a justificativa para obter a prova. Além disso, o juiz deve fundamentar sua decisão de autorizar a coleta coativa. Trata-se de uma medida cautelar, não de uma coleta indiscriminada. É algo que, inclusive, pode ser revisto pelas instâncias superiores.

1.3.4. Direito à privacidade

Aqui, novamente temos um direito que, conforme alguns críticos, seria afetado pela implantação do BDPG. Porém, a legislação previu mecanismos para evitar essa afetação. Além disso, a tecnologia disponível possui recursos para prover esse direito.

A Lei nº 12.654/2012 determina que os dados sejam armazenados em banco de dados sigilosos “respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover

²⁸ Conforme decisões do STF, HC 83.096/RJ e HC 77.135/SP.

²⁹ DE LUCA, J. A. *apud* SAUTHIER, *op. cit.* p. 142.

³⁰ SAUTHIER, *op. cit.*, p. 143.

sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial”. Dessa forma, essa Lei procurou desencorajar qualquer violação à privacidade por parte das autoridades envolvidas na administração desse banco. Nesse sentido, o BDPG estará em poder de instituições públicas protegidos sob protocolos de segurança, e somente peritos diretamente relacionados a exames genéticos terão acesso a esse banco.

Conforme já dito anteriormente, o perfil genético não é capaz de revelar informações sobre esses indivíduos. Esse código numérico é gerado a partir do chamado *junk* DNA, o qual não determina características desse indivíduo. Assim, esse código serve tão somente para identificá-lo, ou seja, não possui utilidade prática para se obter informações pessoais.

Além disso, no BDPG há uma separação entre os perfis genéticos propriamente ditos e o de dados identificadores dos investigados. Ou seja, quem tem acesso à parte de perfis genéticos, ao se deparar com um *match*, só será capaz de saber o número de identificação do investigado. Por outro lado, alguém com acesso à parte do banco que contém os dados que identificam os investigados não tem acesso à base de dados de perfis. Deste modo, mesmo que haja algum vazamento de dados e, por exemplo, alguém desautorizado tenha acesso a um determinado *match*, dificilmente ele saberá a quem pertence a respectiva amostra e vice-versa.

1.3.5. Dever do Estado

O Estado tem como obrigação a intervenção penal, a fim de garantir os direitos fundamentais. Nesse sentido, deve fazer uso de todos os recursos disponíveis para cumprir esse dever.

Essa intervenção se dá de duas formas: tipificação de crimes e exercício da persecução penal. A Lei nº 12.654/2012, nesse sentido, enquadra-se na primeira dessas intervenções. A repressão a crimes violentos utilizando as provas genéticas enquadra-se na segunda. Tanto ao legislar quanto ao aplicar essa Lei, o Estado está exercendo seu dever constitucional.

1.3.6. Presunção de inocência

Nesse ponto, estamos diante de mais um argumento – além do direito à privacidade e à não autoincriminação– que alguns apontam como contrário à implantação do BDPG mas que pode ser visto como argumento favorável. Sobre esse assunto é interessante verificarmos o trecho da decisão do TJMG:

a identificação criminal de condenados por crime vai ao encontro da garantia constitucional da segurança jurídica e, também, da presunção de inocência, posto que, se por um lado pode ajudar a atribuir culpa ao culpado, é capaz de assegurar a inocência aos que eventualmente forem injustamente acusados. (HC 356497/MG)

Nesse sentido, a Lei 12.654/20016, ao buscar uma maior eficiência na persecução penal, tende a diminuir a quantidade de condenação a inocentes. Assim, haveria um reforço do princípio da presunção de inocência. Aliás, mesmo com uma implementação ainda precária do BNPG no Brasil, já temos exemplos de tais injustiças sendo reveladas (p. ex. o caso de Israel de Oliveira Pacheco, citado na seção 1.3.1).

Devemos considerar também os riscos envolvidos nas possíveis condenações de inocentes com a utilização da prova genética. Com certeza, erros dessa natureza são possíveis. Ainda que se cubra o procedimento de coleta de DNA e geração do perfil genético com todos os cuidados possíveis, a perfeição é algo impossível de se atingir. Porém se está diante da proteção à vida e à dignidade sexual. Ou seja, o direito à liberdade é colocado em risco– considerando-se a possibilidade de uma condenação injusta–para proteger um bem maior que é a vida. Assim, se justifica colocar o direito à liberdade em risco.

Mesmo se levarmos em conta a previsão de coleta compulsória – a ideia de se obrigar alguém a fornecer material –, isto não é algo que deve gerar estranhamento. Obrigatoriedade semelhante já existe com relação a coleta compulsória de digital, em que o acusado, além de ser compelido a fornecer a digital, ainda entre em contato com um produto químico, no caso, a tinta, algo que não ocorre na coleta de DNA.

1.3.7. Direito à vida

A prova genética também pode ser vinculada a uma maior proteção à vida. Por um lado, uma maior eficiência na persecução penal está relacionada a uma prevenção a crimes. Por outro, conduz a uma preservação aos direitos das vítimas.

Apesar de ser difícil definir que determinadas práticas são efetivas como prevenção a crimes, ao menos podemos afirmar que a persecução penal eficiente busca essa prevenção. Afinal, uma das finalidades da pena é justamente a prevenção, tanto geral quanto especial³¹. Assim, se alguma tecnologia aumenta a chance de se determinar o verdadeiro criminoso, ao puni-lo, estará contribuindo para a prevenção especial, e ao aumentarmos a eficiência do sistema como um todo, estará contribuindo para a prevenção geral.

A prova genética também visa garantir os direitos das vítimas. Uma vítima de estupro, roubo, ou a família da vítima de um homicídio sente-se angustiado diante da impunidade. Desse modo, instrumentos que venham a combatê-la incrementam esses direitos.

1.3.8. Princípio da isonomia

Alguns autores defendem que o mais correto seria um banco de dados que não fizesse qualquer discriminação, ou seja, englobasse toda a população. Porém, é aceitável que, mediante fundamentação justificada, haja tratamento desigual³². A lei tem todos os cidadãos como destinatários e estabelece os critérios para que seja feita a coleta, baseado na realização ou não de determinadas condutas. Desse modo, o princípio da isonomia está sendo respeitado. E é interessante a restrição da coleta a uma parcela da população em função de uma maior eficiência.

³¹ GOMES, L. F. *Funções da Pena no direito penal Brasileiro*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8334>>. Acesso em: 4 nov. 2017. Prevenção geral é a ameaça a todos para que não venham a delinquir, e a especial é evitar que o criminoso volte a delinquir.

³² TRINDADE, *op. cit.* p. 68.

1.4. Argumentos contrários

Os argumentos contrários à utilização da prova genética e à sua respectiva coleta compulsória, em geral envolvem afetação aos direitos individuais do investigado. A seguir descreverei cada uma delas.

1.4.1. Direito à não autoincriminação

Esse direito está previsto na Constituição Federal, no art. 5º, inc. LXIII, segundo o qual “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Conforme Lopes Jr.³³, no caso do processo penal – diferente do que ocorre no processo civil, em que a recusa do réu poderia ser resolvida com a “inversão da *carga da prova* e a presunção de veracidade das afirmações não contestadas” (grifos do autor) – o direito de não produzir provas contra si torna-se um obstáculo insuperável. Tal entendimento foi corroborado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1965 (caso Griffin vs California) segundo a qual “o acusador não pode se valer do direito ao silêncio para prejudicar o réu”³⁴. Gomes, por seu turno, defende que é da natureza humana não se incriminar e que isso “deriva do instinto de conservação (da preservação da existência ou da liberdade)”³⁵.

Ainda segundo Lopes Jr, a totalidade da carga probatória encontra-se nas mãos do acusador, de modo que não poderia ser exigido o fornecimento do material por parte do acusado. Por isso, o suspeito deveria ter o direito de se recusar a fornecer material, sem que isso lhe acarrete consequências jurídico-processuais³⁶. Do contrário, a pessoa estaria sendo obrigada a fornecer provas contra si. No caso do condenado, estaria fornecendo provas em relação a crime futuro, que sequer foi cometido.

³³ LOPES Jr., *op. cit.* p. 676.

³⁴ GOMES, L. F., *Princípio da não autoincriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significa-do-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>>. Acesso em 25 out. 2017.

³⁵ GOMES, *idem*.

³⁶ LOPES JR., *op. cit.* p 675.

Para Schiocchet, esse seria um *hard case* a ser enfrentado pelo STF, visto ser um direito fundamental e, portanto, cláusula pétrea³⁷. Essa autora considera que procedimentos menos invasivos, como bafômetro e padrões gráficos, são comportamentos ativos, e que o mesmo raciocínio poderia ser aplicado a comportamento de abrir a boca para um suabe.

Pode-se defender que o direito à não autoincriminação poderia englobar até mesmo comportamentos passivos, conforme Medida Cautelar em HC 96.219/SP, de relatoria do Ministro Celso de Melo, segundo a qual:

Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (...) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica.

1.4.2. Princípio da intangibilidade do corpo

Conforme já descrito, temos um problema de afetação à integridade física no caso em que o suspeito se recusar a fornecer material genético. Haveria, nesse caso, o desrespeito à intangibilidade do corpo humano.

Conforme Lopes Jr³⁸, permitir essa intervenção corporal sem o consentimento do sujeito passivo seria semelhante a permitir que se obtenha uma confissão mediante tortura.

Para Lima³⁹ o cerne da questão é se a coleta é invasiva ou não. Invasividade implicaria na penetração do organismo humano. Se ele se recusa, não se deve abrir a boca do indivíduo à força. Caso contrário, restaria configurada a penetração do corpo humano.

Ao menos na esfera cível, a intangibilidade do corpo foi corroborada pelo STF no HC 71.373. Nesse julgamento, a Corte considerou que a questão da paternidade deveria ser

³⁷ SCHIOCCHET, T. terceira palestra da terceira parte da audiência pública (visualizável a partir de 34 min). In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência pública - Coleta de material genético de condenados (3/3)*. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=huRzi0OgCTk&t=1444s>>. Acesso em 24 out. 2017.

³⁸ LOPES JR., A. 2014. *op. cit.* P. 676.

³⁹ LIMA, R. B. Segunda palestra da terceira parte da audiência pública (visualizável a partir de 17min30). In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência pública - Coleta de material genético de condenados (3/3)*. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=huRzi0OgCTk>>. Acesso em 24 out. 2017.

resolvida no campo jurídico e não por meio de coação física. O direito do filho de saber quem é o seu pai não foi considerado suficiente para impor um exame de sangue obrigatório.

1.4.3. Princípios de bioética

Podemos analisar a questão também sob o prisma da bioética. Afinal, é certo que o direito não deve ser um conhecimento isolado e, especialmente em assuntos atuais, em que há um forte envolvimento com questões científicas, seus fundamentos devem levar em conta outras áreas do conhecimento.

Dentre os princípios bioéticos que podem ser aplicados ao caso, Ruiz⁴⁰ defende a aplicação do princípio da beneficência, segundo o qual um exame médico deve servir para beneficiar o examinado. No caso do exame genético sobre o acusado, não haveria nenhum benefício a ele. Ocorre exatamente o contrário, visto que o exame em questão pode servir para incriminá-lo. Desse modo, segundo esse princípio, o suspeito poderia se recusar a se submeter a esse exame.

1.4.4. Presunção de periculosidade

Outra crítica apontada por Lopes Jr em relação à coleta obrigatória do condenado é a presunção de periculosidade⁴¹. Para esse autor, o legislador partiu dessa presunção em relação a todos os autores de determinados tipos penais abstratos. Isso representaria uma inequívoca discriminação e estigmatização desses condenados.

1.4.5. Presunção de inocência

Pode-se considerar, igualmente, que o princípio da presunção de inocência está sendo afetado. Em relação ao condenado, deveria se presumir a inocência, visto que não há crime sendo investigado ainda. Coleta-se provas para um crime que sequer aconteceu. A presunção de inocência é uma barreira que precisa ser superada para a condenação.

O juiz deverá iniciar o processo com a ideia da inocência do acusado e a condenação viria somente com o seu convencimento, mediante as provas de que é culpado. Ao réu não

⁴⁰ RUIZ, T. *A prova genética no processo penal*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 110.

⁴¹ LOPES Jr., A. *op. cit.* p 482.

cabe provar sua inocência. O juiz tem o dever de imparcialidade e da dúvida. O acusador tem a responsabilidade de derrubar a presunção de inocência e provar o que ele alega.

1.4.6. Cadeia de custódia

Conforme Lopes Jr e Rosa⁴², uma possível manipulação das fontes de prova faz com que se perca a mesmidade da prova, no sentido de que aquela não é mais a mesma prova. Essa perda seria mais perigosa em provas que possuem uma maior valoração, como é o caso do DNA, que possui um aspecto de evidência – Aury Jr., inclusive, como será visto a seguir, discute o caráter de evidência dado à prova científica em que, por vezes, ela é considerada a “Rainha das Provas”. E defende que há riscos na coleta como, por exemplo, degradações no material biológico, como as provocadas por luz ou ação de microrganismos.

1.4.7. Princípio acusatório

A outra crítica, também defendida por Lopes Jr⁴³, é que a Lei nº 12.654/2012 fere o princípio acusatório. Essa crítica diz respeito aos poderes instrutórios do juiz. Conforme esse autor, esse poder deve ser restrito unicamente às partes, a saber, o Ministério Público e o acusado. Entretanto, em mais de um trecho da Lei é afirmado que a decisão quanto a colher material caberia ao juiz, o que indicaria uma postura inquisitorial deste.

Esse autor dá uma grande ênfase à importância da forma no processo penal. Nesse sentido, a exclusividade instrutória em poder das partes representaria uma proteção contra os exageros autoritários do Estado. Isso, entretanto, não estaria sendo respeitado quando a Lei nº 12.654/2012, ao inserir no art. 5º da Lei nº 12.037/2009 o seu parágrafo único, (c/c art. 3º, IV), prevê que a autoridade judiciária poderá agir de ofício ao decidir pela coleta obrigatória de material genético.

⁴² LOPES JR., A.; ROSA, A. M. *A importância da cadeia de custódia para preservar a prova pena*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>>. Acesso em 26 out. 2017. Esse autor define fontes de provas como elementos externos ao processo aptos a provar.

⁴³ LOPES JR., A. *op. cit.* p 680.

1.4.8. Mito de infalibilidade

Como já mencionado, a ciência não é infalível. Há, inclusive, na história recente, erros baseados em exames genéticos⁴⁴. Conforme defende Lopes Jr., a prova científica não deveria ser considerada a “Rainha das Provas”, e a crença de que o exame de DNA representaria uma verdade irrefutável poderia ser perigoso⁴⁵. Juízes poderiam basear suas decisões unicamente nessa prova, algo que não poderia ser adequado se, por exemplo, uma prova científica for de encontro às demais provas.

Conforme o posicionamento desse autor, o DNA não pode ser tratado como um dogma. Deve se questionar, por exemplo, como aquele material genético chegou naquele local. Além disso, material de má qualidade – em pequena quantidade, mal conservado ou contaminado – pode dar azo a interpretações erradas. Manipulação incorreta das amostras, ou mesmo mal-intencionadas, também podem gerar erros.

Essa observação está relacionada à crítica que esse autor faz ao que descreve como mito da verdade real. Segundo esse mito, não existe essa verdade. Aliás, para ele, a prova sempre vai ser indireta, defendendo que a prova direta somente seriam aquelas produzidas no momento da audiência.

A atividade instrutória seria, sim, uma reconhecimento, uma recontagem de um fato passado. A decisão judicial, então, seria um posicionamento em relação às histórias contadas pelas partes, e não uma busca da verdade real.

1.4.9. Privacidade informacional

Em relação à privacidade, poderíamos supor a afetação aos direitos dos suspeitos em relação a três elementos. Primeiramente, em relação ao seu perfil genético. Em seguida, em relação ao genoma. E por fim, em relação ao vestígio biológico.

⁴⁴ Por exemplo os casos de Amanda Knox – que, inicialmente, foi condenada pelo homicídio de “Meredith Kercher” após terem sido encontrados vestígios de DNA de Amanda na arma do crime e que, em seguida, foi inocentada – e da “the woman without a face”, suposto serial killer cujos vestígios de DNA foram encontrados em várias cenas de crime na Europa e, depois, verificou-se que se tratava de um caso de contaminação dos Suabes utilizados nas coletas desses vestígios.

⁴⁵ LOPES JR., A. *op. cit.* p 683.

Conforme Sauthier⁴⁶, “a privacidade informacional protege as informações pessoais [...] que possam conduzir à identificação da pessoa como tal”. Desse modo, a posse desse perfil por parte do Estado pode ser vista como algo lesivo à privacidade do indivíduo.

Além disso, para se chegar a esse perfil, acaba-se passando pelo DNA. A partir dele o Estado, supostamente, poderia gerar e armazenar genoma. Em posse do genoma, seria possível fazer mau uso desses dados genéticos, gerando prejuízos a esses indivíduos.

Por fim, temos as questões relacionadas às amostras biológicas em si. O Estado estaria de posse desse material, o que também poderia se considerar uma afetação à privacidade informacional. Inclusive, a legislação ainda não prevê como lidar com esses vestígios biológicos após a extração do perfil.

O sigilo informacional, no caso do DNA, pode afetar não só a pessoa do acusado, como também dos seus familiares. Assim, especialmente em relação aos dados codificantes, está-se afetando o direito à privacidade. A violação ocorreria em caso de acesso não autorizado e da divulgação indevida. De fato, se ocorre um vazamento de informações genéticas (e vazamentos de informação são fatos relativamente comuns, haja vista vazamentos de senhas), os danos poderiam ser enormes. Sobre essa questão, o Tribunal Europeu dos Direitos humanos se manifestou pela inviolabilidade da vida privada, tendo inclusive condenado o Reino Unido (Caso S. And Marper vs The United Kingdom –UK, 2008)⁴⁷ em razão dessa violação.

1.4.10. Indefinições da lei

A Lei nº 12.651/2012 possui alguns pontos de indefinição. Em relação ao investigado, não é especificado quais os crimes que o justificam. No caso do apenado, não é definido o que é exatamente violência de natureza grave contra pessoa e por quanto tempo seria armazenado seu perfil genético.

⁴⁶ SAUTHIER, R. A. *op. cit.* p. 138

⁴⁷ CUNHA, R. S. *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados por artigos*. Salvador: JusPodium, 2017, p. 1741.

Além disso há falta de definições legais relativas à proteção dos dados⁴⁸. Questões como o que fazer caso haja um vazamento, quais punições em caso de vazamento, quais proteções contra o mau uso por governos – por exemplo, como ocorre em países onde há uma pretensão de utilização de perfis genéticos para controle de imigração – precisariam ser respondidas.

1.4.11. Agressores conhecidos

Dentre os crimes que podem ser solucionados com auxílio do DNA, o estupro talvez seja o que mais se beneficie do uso dessa tecnologia, devido ao tipo de interação que ocorre entre o agressor e a vítima. Além disso, trata-se de um crime de grande comoção social, o que justifica um grande esforço da sociedade em solucioná-los.

A aplicabilidade e utilidade da genética aos casos de estupro, porém, pode ser menor do que se pode imaginar. Conforme aponta Schiocchet, 70% dos agressores sexuais são conhecidos das vítimas⁴⁹. Portanto, para esses casos, o Banco de Dados seria de pouca utilidade.

1.4.12. Efeitos sobre a prevenção

Conforme aponta Schiocchet, é difícil de diagnosticar a prevenção delitiva⁵⁰. Essa autora também argumenta que não há pesquisas conclusivas sobre a eficiência do BDPG. Então ainda se discute a eficiência desse banco de dados sobre a prevenção.

Richter também destaca que, mesmo no Banco de dados genético do Reino Unido, não há avaliação sobre casos que são resolvidos pelo uso do DNA⁵¹. Assim haveria dúvidas sobre a eficiência do uso do banco genético.

⁴⁸ SOUZA, C. A. P. Quarta palestra da terceira parte da audiência pública (visualizável a partir de 50min30). In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência pública - Coleta de material genético de condenados (3/3)*. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=huRzi0OgCTk&t=1444s>>. Acesso em 24 out. 2017.

⁴⁹ SCHIOCCHET, *op. cit.*

⁵⁰ SCHIOCCHET, *idem.*

⁵¹ RICHTER, V. S. Quinta palestra da terceira parte da audiência pública (visualizável a partir de 1h07min30). In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência pública - Coleta de material genético de condenados (3/3)*. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=huRzi0OgCTk&t=1444s>>. Acesso em 24 out. 2017.

1.5. Posicionamento da doutrina

A seguir, será analisado o posicionamento da doutrina a respeito do tema em estudo. Serão verificadas as opiniões de autores da área de Direito Processual Penal, bem como dos especialistas que se manifestaram na Audiência Pública referente ao julgamento do RE 973837/MG (vide seção 1.6 para mais detalhes desse RE). Como será visto, a doutrina tem se dividido acerca da possibilidade de o suspeito se recusar a fornecer material genético. Porém, como regra, aceitam os benefícios da investigação genética, mas com algumas ressalvas – alguns autores, com muitas ressalvas.

Para Lopes Jr⁵², a obrigatoriedade de o investigado fornecer material genético viola o princípio do *nemo tenetur se detegere* (esse autor reconhece essa violação mesmo em relação à identificação papiloscópica). No caso do investigado, ele critica fortemente o termo genérico “essencial às investigações policiais”, em que bastaria uma boa retórica policial e decisionismo judicial para que abusos ocorram. E também critica a possibilidade de o juiz determinar a identificação genética de ofício, o que fere o princípio acusatório.

Esse autor argumenta que o réu pode perfeitamente se recusar a fornecer material genético⁵³. Ele reconhece a necessidade de um banco de dados para que haja uma investigação genética eficiente, porém aponta que deve ser feita coleta de células descartadas (como de escovas de dentes ou de roupas de cama) ou que a coleta seja feita com o consentimento do suspeito.

Em relação à recusa do investigado Tourinho Filho⁵⁴ afirma que, diante da não obrigatoriedade de se fornecer provas contra si mesmo, a previsão de coleta obrigatória fere a CRFB/88.

Gomes⁵⁵ também possui um entendimento semelhante a esse. Ele defende que o princípio da não autoincriminação implica no direito de “não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória”. Para esse autor, o direito ao silêncio estaria no mesmo patamar dos direitos já reconhecidos pelo STF de não fornecer padrões

⁵² LOPES JR., *op. cit.* p. 226.

⁵³ LOPES JR., *idem.* p. 675.

⁵⁴ TOURINHO FILHO, F. C. *Processo Penal*, Volume 1 – 35ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵⁵ GOMES, *op. cit.*

vocais e padrões gráficos. Como opções à coleta compulsória, ele defende a coleta de materiais descartados do corpo e a legislação complementar dos estados.

Cunha⁵⁶ defende a coleta de condenados sob o argumento de que o Estado deve ser eficiente no combate à criminalidade, sem desconsiderar as garantias ao cidadão. Porém, afirma que a coleta obrigatória é “inconstitucional e inconvenção”, devido ao direito de não se produzir provas contra si mesmo. Portanto, o Estado, no caso da recusa, deve colher material despreendido do corpo a fim de inserir esse indivíduo no banco de dados.

Esse autor, por outro lado, ao tratar do art. 186 do CPP, parágrafo único⁵⁷, defende que é um equívoco a previsão de que o juiz não poderá tomar o silêncio do réu em prejuízo deste⁵⁸. Seguindo esse raciocínio, a negativa do investigado em fornecer material genético – se for tomado como um fato análogo ao silêncio tratado nesse artigo do CPP – também poderia ser interpretada em desfavor deste. Ou seja, o investigado poderia se recusar, mas, se o fizesse, essa recusa poderia ser levada em conta pelo juiz ao elaborar a sentença.

Pacelli e Fisher⁵⁹ fazem uma diferenciação entre direito ao silêncio e o princípio da não autoincriminação. Para esses autores, esse direito refere-se a um controle das decisões judiciais a fim de que o silêncio não sirva de convencimento judicial. Esse princípio estaria relacionado ao respeito a direitos fundamentais, como o direito à incolumidade física, à honra, etc. Eles argumentam, então, que o indivíduo não teria o direito de não participar de medida probatória contra si, se assim o desejar, mas apenas que deve se garantir a proteção efetiva do acusado contra ações lesivas a direitos individuais. Portanto, o Estado poderia submeter os indivíduos a exames obrigatórios como o bafômetro ou o exame genético, desde que, no caso concreto, fossem respeitados aqueles direitos individuais.

Mais especificamente sobre a Lei nº 12.654/2012, esses autores se posicionam favoravelmente à sua aplicação no caso do investigado. Citam que já está previsto

⁵⁶ CUNHA, R. S. *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados por Artigos*. Salvador: JusPodium, 2017. p. 1741.

⁵⁷ Código de Processo Penal, art. 186, parágrafo único: “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”

⁵⁸ CUNHA, *op. cit.*, p. 509.

⁵⁹ PACELLI, E. E FISHER, D. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 9ª ed. São Paulo, 2017. p. 410.

constitucionalmente, no art. 5º, XII, hipótese de limitação de direitos individuais para fins de persecução penal, conforme previsão legal e autorização judicial. Essa limitação, para eles, não fere o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Acrescentam ainda que a identificação genética respeita a dignidade e a não culpabilidade de maneira semelhante às formas já aceitas da identificação datiloscópica e fotográfica. Por fim, eles defendem que, diferentemente do caso do bafômetro⁶⁰, no exame genético a pessoa pode ser coagida⁶¹.

Esses autores, por outro lado, tecem críticas às previsões dessa Lei em relação aos condenados. Eles consideram que as hipóteses de inclusão no BDPG são demasiadamente amplas. Por exemplo, há crimes previstos na Lei 12.654/12 em que não há vestígios biológicos⁶². Além disso, em relação a uma parte dos crimes que deixam esse tipo de vestígio, não haveria motivos para crer em reiterações criminais – no caso, os crimes passionais. Nesse sentido, eles defendem a aplicação da lei somente nos crimes em que, segundo o entendimento deles, possuem uma probabilidade maior de reincidência. Seria o caso de crimes sexuais ou “crimes de execução sumária, praticados sem qualquer motivação que não seja a eliminação de pessoas para satisfação de interesses escusos e em circunstância não reconhecida pelo direito”⁶³. Portanto, eles defendem, no caso dos condenados, que seja feita uma interpretação conforme da Lei com aplicação restrita a esses casos.

Por fim, esses autores também creem no risco de se inverter o curso normal das investigações– o chamado direito penal do autor. Com isso, poderia se partir de informações de autores de crimes passados para a identificação do crime presente, ao invés de se partir dos vestígios disponíveis e se tentar chegar ao autor.

Nucci⁶⁴, por seu turno, defende a identificação criminal em todos os casos, desde que não gere humilhação pública. Usa como exemplo o fato de que, quando fazemos documentos, colhemos fotos e digitais, e isso não é considerado inconstitucional. Ele

⁶⁰ Esses autores afirmam que se submeter ao exame de bafômetro é um comportamento ativo de modo que, diante da recusa, a pessoa não pode ser compelida a fazer o exame.

⁶¹ Essa coação poderia ser aplicada de maneira análoga à que ocorre com o exame clínico ou à perícia médica, que pode ser realizado compulsoriamente quando o indivíduo se nega a se submeter ao exame do bafômetro.

⁶² Por exemplo, os crimes previstos nos incisos VII-B (falsificação de produtos farmacêuticos) e VIII (favorecimento da prostituição), da Lei 8.072/90, normalmente não deixam vestígios biológicos.

⁶³ PACELLI e FISHER, *op. cit.* p. 420.

⁶⁴ NUCCI, G. S. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p 414.

defende a constitucionalidade da identificação genética no campo criminal— defende, inclusive, que o perfil genético deveria ser coletado no cenário de identificação civil, para todas as pessoas.

Costa Neto⁶⁵ defende que, da mesma forma que a justiça pode compelir o réu a se identificar e a conduzi-lo coercitivamente a uma audiência – o que não fere o direito ao silêncio – e que se pode prender alguém – em nome de interesses coletivos –, também é razoável aceitar que ele seja compelido a fornecer material genético. Essa coleta coercitiva, bem como a obrigação de participar do reconhecimento visual, seriam considerados comportamentos passivos – diferentemente de fornecimento de amostra gafroscópica e de voz. E, de fato, conforme Sauthier⁶⁶, só haveria desrespeito ao direito ao silêncio quando a informação provém da consciência do investigado.

Sobre a presunção de inocência, Costa Neto⁶⁷ enfatiza que a coleta deve ser justificada pelo juiz, e deve ser algo fundamental para a investigação. Não se trata de uma coleta indiscriminada.

Sauthier⁶⁸ destaca que a implantação do BDPG e a coleta obrigatória de material genético envolve uma oposição entre o eficientismo (em relação à persecução penal) versus garantismo (em relação aos direitos fundamentais do investigado). Porém destaca que os direitos fundamentais também possuem uma dimensão objetiva⁶⁹, na qual o Estado tem o dever de agir para proteger os cidadãos. Ou seja, também há questões de direitos fundamentais que reforçam a implantação do BDPG e a respectiva coleta compulsória de material genético.

Para esse autor esse tipo de oposição entre eficientismo e garantismo não é privilégio da Lei nº 12.654/2012, mas surge também em outras medidas estatais⁷⁰. Porém, como ele

⁶⁵ COSTA NETO, J. Quarta palestra da primeira parte da audiência pública (visualizável a partir de 1h33min30). In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência pública - Coleta de material genético de condenados (1/3)*. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=IYRedqA8pHw&t=7s>>. Acesso em 24 out. 2017.

⁶⁶ SAUTHIER, *op. cit.*

⁶⁷ COSTA NETO, *op. cit.*

⁶⁸ SAUTHIER, *op. cit.* p. 187.

⁶⁹ Dimensão subjetiva refere-se à imposição de abstenções estatais e dimensão objetiva refere-se à obrigação de o Estado agir para proteger seus cidadãos, como ocorre na repressão penal.

⁷⁰ SAUTHIER, *op. cit.* p. 188. Prisões provisórias, quebra de sigilo, dentre outros.

ênfatiza, há críticas a essas medidas, porém possíveis deformações “decorrem mais de uma atuação dissociada por parte do aplicador do direito do que propriamente do arcabouço jurídico previsto em lei”. E com a formatação da Lei 12.654/2012 é possível atingir os resultados eficazes sem deixar de respeitar a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

Esse autor avalia a coleta compulsória de DNA segundo a teoria das barreiras, de Alexy. Segundo este, é natural considerarmos que haja colisão entre direitos fundamentais. O direito fundamental colidido, então, é a barreira que vai transformar o direito fundamental não restringido (*primea facie*) em um direito definitivo – que se transformaria em regra. No caso em questão, o direito a uma persecução penal eficiente é o direito *primea facie*. Os direitos fundamentais do suspeito, por outro lado, funcionam como a barreira. O sopesamento desses direitos determina o direito definitivo, ou seja, até que ponto os direitos fundamentais do suspeito limitam o direito a uma persecução penal eficiente. Nesse sentido, poderia se buscar uma justificativa teleológica, ou seja, relativo a relevância social, que justificaria uma afetação aos direitos fundamentais do suspeito em prol da persecução penal.

Esse autor também defende que, a fim de que o BDPG seja eficiente, é necessário haver uma restrição aos direitos do condenado. Ou seja, a “vis coativa” se faz necessária. Impedir isso iria na “contramão de uma tendência mundial amplamente majoritária”. De fato, para esse autor a coleta compulsória é o ponto mais problemático, mas não é o único. Também há afetações em relação à privacidade e à intimidade. Porém destaca que, em relação a isso, há um tratamento elogiável por parte da Lei nº 12.654/2012.

Por fim esse autor destaca a importância de se buscar alternativas à coleta compulsória – como a partir de objetos das vítimas – desde que seja possível obter um resultado igualmente exato. Porém ênfatiza a necessidade da permissão da coleta coativa – ele afirma que essa previsão deve valer, inclusive, para situações em for necessária a coleta no corpo da vítima, e até mesmo em partes que impliquem em pudor⁷¹, nos crimes de ação penal pública incondicionada.

⁷¹ SAUTHIER, *op. cit.* p 189

Desse modo, há autores que se aliam mais com o garantismo que, portanto, defendem o direito de recusa, e há outros que se posicionam mais com o eficientismo, ou seja, defendem a coleta compulsória. Via de regra, é aceito que a coleta voluntária e a alimentação do BDPG com células desprendidas do corpo são consideradas preferíveis à coleta compulsória.

Vale destacar o posicionamento de Pacelli e Fisher. Esses autores, a despeito de se posicionarem favoravelmente à coleta compulsória, consideram as previsões legais muito ampla e que, deste modo, não estaria devidamente alinhado ao eficientismo. Ou seja, para eles, seria mais eficiente – conforme os objetivos da Lei de prevenir a reiteração criminal – que se restringisse a coleta, no caso de condenados, a casos como de crimes sexuais ou de execução sumária.

Por fim, apesar de a doutrina ser bem dividida entre posições em favor da recusa e em favor da coleta obrigatória, há um leve predomínio em favor da coleta compulsória. Esse predomínio se dá com algumas ressalvas – como no caso citado, da opinião de Pacelli e Fisher.

1.6. RE 973837/MG

Esse Recurso Extraordinário – que está pendente de julgamento – visa discutir a constitucionalidade do fornecimento obrigatório de material genético para composição do banco de dados de perfil genético, no caso do condenado. Tem como principal fundamento o direito do condenado de não produzir provas contra si mesmo.

Esse recurso teve repercussão geral reconhecida pelo STF. Foram convidados especialistas para opinarem sobre o assunto em uma audiência pública. Alguns dos argumentos presentes neste estudo tiveram como base essa audiência.

O resultado desse julgamento representará o primeiro posicionamento do STF sobre o assunto. Espera-se que, caso a Corte Suprema se posicionasse pela constitucionalidade dessa Lei, isso impulsionaria sua real implementação nos estados.

2. JURISPRUDÊNCIA DO STJ

O DNA é um artifício recente de que dispõe a justiça brasileira – e mesmo a mundial – e, por isso, são poucos os casos relacionados a esse assunto a figurarem dentre os julgados do STJ. A seguir, revisaremos alguns deles a fim de se deduzir o posicionamento dessa Corte sobre essa matéria. Também serão avaliados alguns julgados que, apesar de não tratarem especificamente sobre genética, versam sobre assunto semelhante e suas conclusões podem ser aplicadas ao objeto deste estudo.

Inicialmente, pode-se verificar que o STJ já se manifestou favoravelmente à recusa do condutor em se submeter ao exame de alcoolemia⁷². Diante da previsão específica da Lei nº 12.760/2012 em que os únicos meios para aferição do nível de alcoolemia seriam exames de sangue e do bafômetro, não caberia ao Judiciário o papel de legislar “por meio da jurisdição, dar validade à norma que se mostra de pouca aplicação em razão da construção legislativa deficiente”⁷³. Como a legislação previu somente esses dois meios de prova, e como o condutor não estaria obrigado a se submeter a ele, não caberia ao judiciário determinar outros meios em substituição a esses dois.

Seguindo esse raciocínio e trazendo a discussão para a questão da investigação genética, se se considerar que há lesão à integridade física do suspeito na coleta compulsória de DNA, o julgador não deveria suprir essa incompletude legal e determinar que se desrespeitasse esse princípio fundamental, procedendo-se à coleta compulsória – ou especificando de que forma seria essa coleta a fim de se adequar a esse direito fundamental. Assim, por analogia, o suspeito poderia se recusar a fornecer material genético.

Entendimento semelhante encontramos no RHC 30302/SC⁷⁴. Nesse caso, a 5ª turma do STJ considerou que o fornecimento de DNA seria um comportamento ativo. Desse modo, pode-se crer que o investigado, na aplicação do seu direito à não autoincriminação, poderia se recusar a fornecer material genético.

⁷² Conforme temas 446 e 447 dos recursos repetitivos

⁷³ REsp 1111566

⁷⁴ RHC 30302/SC: “tal regra deve ser interpretada de forma extensiva, e engloba cláusulas a serem expressamente comunicadas a quaisquer investigados ou acusados, quais sejam: o direito ao silêncio, o direito de não confessar, o direito de não produzir provas materiais ou de ceder seu corpo para produção de prova”

Sobre a prova genética, na decisão do RHC 69127/DF⁷⁵, o relator enfatiza que (as provas genéticas) “não consistiram no único elemento de prova produzido”. Conforme outro julgado⁷⁶, para que o DNA possa ser utilizado, não deverá ser a única prova do caso. Isso prevenirá o réu de possíveis condenações injustas – baseadas, por exemplo, em contaminações durante os exames ou algum erro de procedimento – e demonstra a preocupação dessa Corte na correta aplicação da prova genética em conjunto com as demais. Nesse sentido, não se considera que a prova científica esteja acima das demais – aliás, esse tipo de prova poderia até mesmo ser afastada⁷⁷. Desse modo, há um posicionamento favorável ao uso do BDPG, porém desde que aplicado em conjunto com outros elementos probatórios – nesses julgados não é enfrentada a questão da coleta compulsória visto que a coleta foi autorizada pelos suspeitos.

Sobre conflitos com o princípio do *nemo tenetur se detegere*, o ministro Arnaldo Esteves Lima, defendeu que

Não há falar em sobreposição de um direito fundamental sobre outro. Eles devem coexistir simultaneamente. Havendo aparente conflito, deve o magistrado buscar o verdadeiro significado da norma, em harmonia com as finalidades precípua do texto constitucional, ponderando entre os valores em análise, e optar por aquele que melhor resguarde a sociedade e o Estado Democrático.⁷⁸

Por analogia a essa manifestação, se considerarmos que a eficiência da persecução penal é algo que melhor resguarde a sociedade e o Estado Democrático, pode-se defender a constitucionalidade do BDPG e da coleta obrigatória de DNA, em detrimento dos direitos fundamentais do suspeito.

Em uma das poucas manifestações do STJ com enfrentamento à questão da recusa de fornecimento de DNA, o julgador considerou que a coleta obrigatória é legal⁷⁹. Nessa decisão foi negado o provimento à liminar que pedia que não fosse denegada a coleta

⁷⁵ RHC 69127/DF. “Admite-se a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, seja durante as investigações, [...] seja quando o réu já tiver sido condenado pela prática de determinados crimes”

⁷⁶ AgRg no REsp 1497542 / PB.

⁷⁷ HC 316780/PI: “a perícia não é prova plena e poderá até mesmo ser afastada no decorrer da persecução criminal.”

⁷⁸ HC 93874/DF.

⁷⁹ HC 407.627/MG (decisão monocrática).

obrigatória. Ou seja, a Ministra manteve a decisão do Tribunal *a quo* que determinava a coleta obrigatória. Decisões monocráticas posteriores⁸⁰, porém, determinam que seja aguardado o posicionamento da Corte Suprema sobre esse assunto.

Pode-se mencionar, também, o que diz a Súmula nº 522, segundo a qual “a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”. Desse modo, o STJ reforça que a autodefesa do réu não lhe permite dar uma falsa identidade. Seguindo o mesmo raciocínio, o procedimento previsto de identificação do investigado reporta-se obrigatório. O direito do réu de não se auto incriminar não lhe dá o direito de não se identificar. E, igualmente, não lhe daria o direito de recusar ao fornecimento de material genético, desde que autorizado pelo juiz.

A coleta coercitiva do material guarda semelhanças com a exigência da utilização das algemas, já que "não se revela desproporcional ou desarrazoado o emprego de algemas quando, pelas circunstâncias da ocasião, a sua utilização se justifica como cautela à integridade física dos presentes"⁸¹. Ou seja, seguindo esse raciocínio, realizar a coleta coercitiva, ainda que se ferisse o princípio da intangibilidade do corpo, mas desde que realizada com a devida cautela, também poderia ser considerado algo razoável.

Por fim, podemos citar a decisão relacionada ao exame de raio-x em aeroportos⁸², na qual o STJ considerou legal a utilização obrigatória desse exame. O mesmo raciocínio, aplicado ao caso dos exames genéticos, reforçaria o entendimento de que é possível a realização da coleta compulsória.

Deste modo, encontra-se julgados do STJ tanto que embasam a recusa quanto que embasam a coleta obrigatória. Favorável a recusa temos principalmente o caso do exame de alcoolemia, que se baseia no princípio do *nemo tenetur se detegere*. No sentido contrário, temos os julgados do exame de raio-x e da obrigatoriedade de uso das algemas, bem como da súmula 522. Assim pode-se considerar que há um leve posicionamento favorável à coleta obrigatória. A decisão monocrática do HC 407.627/MG reflete isso.

⁸⁰ Por exemplo HC 297715 e REsp 1561468.

⁸¹ RHC 25.475/SP

⁸² HC 149.146/SP

Porém, conforme esses julgados, deve haver respeito à integridade física do envolvido. E, também, para ter validade, a prova genética não poderá ser a única do processo, conforme expresso no RHC 69127/DF.

3. DISCUSSÃO

Como verificado ao longo deste trabalho, a prova genética tem um potencial para trazer grandes benefícios ao sistema jurídico brasileiro e, em especial, à persecução penal. Porém, a previsão de um fornecimento obrigatório acarreta significativas afetações aos direitos fundamentais do suspeito, que não podem ser menosprezadas. Acredito que são totalmente defensáveis posições tanto favoráveis à coleta compulsória quanto à possibilidade de recusa. Por fim, me posiciono em favor da coleta compulsória, conforme será visto a seguir.

Não há dúvidas de que há princípios constitucionais que embasam a juridicidade da recusa do suspeito. Dois dos mais centrais são o da não autoincriminação e o da intangibilidade do corpo.

A não autoincriminação trata-se de direito fundamental, previsto na Constituição Federal e de um importante instrumento do processo penal que tende a impedir abusos do Estado para com o indivíduo. A intangibilidade do corpo é também um princípio de suma importância e está relacionado ao princípio, central na nossa Constituição, da dignidade da pessoa humana – e, como citado previamente, já foi reconhecido pelo STF no HC 71.373.

Por outro lado, como visto ao longo do texto, também há princípios constitucionais que embasam a coleta obrigatória. Apesar de o mais evidente ser a eficiência da persecução penal, também são importantes os direitos da vítima – que lhe garante que o Estado irá se esforçar para encontrar o culpado pela sua agressão –, o direito à liberdade – considerando que uma persecução criminal ineficiente ocasionalmente pode prender inocentes –, e o direito à vida – especialmente as eventuais futuras vítimas de um criminoso em série.

A fim de solucionar esse conflito de princípios pode-se seguir o critério da proporcionalidade. É possível se adotar a proposta de Trois Neto⁸³ segundo a qual devem-se seguir, ordenadamente, três subpreceitos: a medida estatal, no caso a coleta compulsória, deverá obedecer a um fim legítimo; deverá acarretar o menor grau de afetação; e, por fim, deve-se ponderar os direitos fundamentais em conflito. Em outras palavras, adequabilidade, necessidade e justificabilidade.

Em relação ao primeiro subpreceito, está demonstrada que a coleta de vestígios é adequada. Conforme enfatiza Sauthier⁸⁴, a busca pela identificação do criminoso trata-se de um dever estatal. Além disso a investigação e a identificação genética são altamente eficientes, possuindo uma baixíssima taxa de erros.

Em relação ao segundo subpreceito, entendo que deverá haver a aferição da necessidade no caso concreto. Afinal, poderá haver a coleta de DNA em objetos, como, por exemplo, das roupas ou escova de dentes no suspeito. Além disso, especialmente no caso do condenado, pode-se lançar mão de medidas administrativas – como condicionar a progressão de regime ao fornecimento voluntário do DNA⁸⁵ e saídas temporárias – para compeli-lo a proceder ao fornecimento. Além do que, o fato de o apenado estar sob a custódia do estado permite que sejam adotadas medidas seguras para fazer essa coleta indireta, como isolamento do preso em cela separada para esse fim – apesar de que seria uma ação de difícil implementação, considerando a estrutura precária do sistema prisional brasileiro.

No caso do investigado, ao contrário, essas medidas não são possíveis, portanto, nesse caso, o subpreceito da necessidade da coleta compulsória é mais aparente. Haveria, é verdade, a possibilidade de determinação de busca e apreensão de objetos na casa do suspeito. Porém esse não seria um ambiente controlado como uma cela, preparada especificamente para esse fim, o que poderia comprometer a acurácia da identificação.

Ainda sobre a questão da necessidade, retomemos o caso do HC 71.373. Esse caso possuía uma solução no campo jurídico, a saber a presunção *juris tantum* de paternidade –

⁸³ TROIS NETO, P. M. C. *apud* SAUTHIER, *op. cit.* p.168

⁸⁴ SAUTHIER, *op. cit.* p. 166

⁸⁵ TRINDADE, *op. cit.* p. 46

apesar de que, nesse caso, o direito de o filho conhecer seu pai biológico não foi assegurado. Essa solução, inclusive foi positivada no art. 2º-A na Lei nº 8.560/1992⁸⁶, e também já estava previsto pelo STJ em sua Súmula nº 301⁸⁷. No caso do processo penal, entretanto, esse tipo de solução jurídica não é possível. Não é concebível, no caso do investigado, presumir sua culpa em relação ao crime em questão. No caso do condenado, menos ainda, visto que os crimes a serem solucionados pelo BDPG muitas vezes nem foram cometidos ainda, pois coleta tem como um dos seus fins enriquecer esse banco e contribuir para a persecução criminal futura. Assim não se pode presumir qualquer culpabilidade ou se substituir a solução técnica com qualquer solução jurídica, conforme foi feito em relação aos casos de determinação de paternidade. Essa impossibilidade reforça a necessidade da coleta coativa na esfera penal.

Em todo caso, diante das limitações materiais do Estado – pois uma coleta em objetos que envolva uma busca e apreensão na casa do investigado certamente tem um custo maior que a simples coleta direta de seu corpo – e das dificuldades de se garantir a precisão dos dados coletados – a coleta de células a partir de objetos envolve um risco maior de contaminação, além da dificuldade de se obter um DNA íntegro – o juiz pode entender que seja necessário se proceder à coleta compulsória.

Por isso que, apesar de haver mecanismos alternativos de coleta, no caso concreto essas alternativas são mais caras e de difícil execução e podem, até mesmo, ser inviáveis. Dessa forma, a fim de que a investigação genética seja compatível com o sistema jurídico e seja efetiva, é necessário seja possível a realização da coleta compulsória. Porém, sob a ótica da necessidade, somente deve ser admitida a coleta compulsória no corpo do preso mediante justificativa do magistrado atestando a inviabilidade de outras formas de coleta e também após reiteradas tentativas de convencê-lo a fornecer voluntariamente, com a aplicação de sanções administrativas.

Sob a questão da necessidade, podemos também retomar caso do exame do bafômetro. A lei 12.760/2012 resolveu o problema da obrigatoriedade do exame ao prever o

⁸⁶ Art. 2º-A, parágrafo único, da Lei 8.560/1992, incluído pela Lei nº 12.004/2009: A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

⁸⁷ Súmula nº 301, do STJ: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.

exame clínico como forma de suprir o teste do bafômetro. Porém esse tipo de solução não é possível no caso da investigação genética, especialmente em relação ao condenado, em que há o objetivo de enriquecimento do banco. Deste modo, novamente vê-se que a previsão da coleta compulsória de DNA mostra-se necessária.

Em relação ao terceiro subpreceito, o da justificabilidade, há que se fazer uma ponderação de princípios. Estamos tratando da utilização da prova genética na elucidação de crimes realmente graves, como homicídio e estupro. Isso, por si só, reforça essa justificabilidade. Cabe mencionar que, no caso do HC 71.373, o exame em questão era de sangue, ou seja, a invasividade do procedimento muito maior e, por isso, seria um procedimento menos justificável. No caso da coleta para perfis genéticos estamos falando de uma técnica mais amenas, que não envolve qualquer lesão ao corpo.

Para fundamentar essa discussão, podemos fazer uso da ponderação, conforme proposto por Robert Alexy⁸⁸. Segundo a análise dessa técnica feita por Trindade⁸⁹, as intervenções são classificadas como *leves* – pois o exame é, antes de tudo, uma forma de demonstração de inocência – e os objetivos – fornecimento de ferramenta efetiva para a demonstração de acusações e condenações indevidas, instrumento para demonstração da inocência; proteção mais efetiva ao direito à vida, proteção mais efetiva à dignidade, redução da impunidade, amenização gradual da obsessão pela confissão – são classificados como *sérios*, o que conduz a uma decisão em favor dos objetivos. Ou seja, como estamos diante de um embate entre uma intervenção leve e um objetivo sério, justifica-se realizar a coleta compulsória⁹⁰.

Também podemos citar a Sumula Vinculante 11. Nessa se considerou lícito o uso de algemas – algo que, da mesma forma que a passagem coativa do suabe na boca suspeito, poderia ser considerado algo agressivo e que, eventualmente, poderia machucá-lo. Porém,

⁸⁸ MENDES, G. F. *et al.*, *apud* MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 425. A ponderação realiza-se em três planos, intensidade da intervenção, importância dos fundamentos justificadores da intervenção e ponderação propriamente dita. Nesta última, deve-se utilizar a Lei das Ponderações, segundo a qual, “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção”

⁸⁹ TRINDADE, *op. cit.* p. 55.

⁹⁰ Conforme apontado por Trindade, ainda que a intervenção fosse considerada séria, o embate deveria ser solucionado pelo legislador ordinário, e não pela corte Suprema.

deveria ser justificado e apenas seria lícito “em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia”. A Corte Suprema, quando tiver que julgar a coleta forçada de material genético (RE 973837/MG), da mesma forma, poderá incluir em sua decisão uma condição semelhante. De toda forma, o juiz do caso concreto deverá se posicionar sob a justificabilidade.

Isso posto, apesar da afetação ao princípio da não autoincriminação e da intangibilidade do corpo, considero que a possibilidade de recusa do suspeito deverá ser afastada. Apesar de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais embasarem essa recusa, os posicionamentos favoráveis à coleta compulsória, a meu ver, se sobrepõem àqueles. E, como visto, a ponderação de princípios também justifica essa coleta.

Entretanto, há que se exigir uma fundada justificação por parte do magistrado, sempre se dando preferência a sanções ou incentivos administrativos que estimulem o condenado a fornecer o material voluntariamente. Também, diante da recusa reiterada, deve se dar preferência à coleta sobre objetos pertencentes aos suspeitos⁹¹. A coleta compulsória sob o corpo deverá ser utilizada como último recurso, após reiteradas tentativas de outras vias, e com fundada justificativa do magistrado.

É importante que, diante da recusa do suspeito e da impossibilidade fática de realização da coleta por vias indiretas, há que se determinar a realização a coleta coercitiva. É importante a previsão dessa possibilidade a fim de estimular a coleta voluntária – se o suspeito souber que ele pode se recusar é bem provável que ela vá se negar. Além da possibilidade, no caso de apenado, de sofrer sanções administrativas, há a possibilidade de ele de fato ser objeto de um procedimento que o obrigue a fornecer as células que talvez seja menos agravável que se submeter à coleta voluntária – por exemplo, ter seus objetos pessoais revirados.

Assim sendo, acredito que um razoável número de suspeitos – de condenados, pelo menos – irão consentir em fornecer seu material genético voluntariamente. Considerando novamente as limitações financeiras do nosso país, isso irá, provavelmente, consumir os

⁹¹ Uma alternativa adicional, no caso do condenado, seria a coleta de DNA após algum procedimento cirúrgico a que o condenado tenha que ser submetido, desde que essa coleta esteja de acordo com os preceitos da ética médica.

recursos estatais disponíveis a esse fim. Mesmo que não sejam cadastrados todos perfis genéticos que estão previstos atualmente – por exemplo, se não for executada, de fato, a coleta obrigatória–, a mera possibilidade de coleta coercitiva – e desde que o Estado possua estrutura para tanto deverá – deverá desestimular a recusa, o que permitirá a construção de um BDPG de qualidade. Como resultado, deveremos ter a elucidação de crimes que, de outro modo, ficariam sem solução ou levariam inocentes à cadeia.

Diante dessa possibilidade, há que se fazer uma avaliação prática, no futuro, dos resultados dessa Lei, quando for implementada mais amplamente. Há que se verificar se as sanções administrativas disponíveis foram suficientes para aumentar os fornecimentos voluntários. Há também que se verificar se os estados da federação de fato implementaram o BDPG – através da edição de leis que se fizerem necessárias e da criação de infraestrutura devida. E de se verificar se essas leis foram efetivas no convencimento desses apenados.

Também há que se verificar, na prática, se, diante da recusa do suspeito, foi possível fazer a coleta do DNA em seus objetos. Aspectos como a garantia da exatidão da identificação e recursos gastos nesse procedimento – certamente mais custoso que uma simples passada de suabe na boca – devem ser verificados.

Porém, a fim de garantir a integridade física do suspeito seria importante que o Estado regulasse esse procedimento. Assim, a meu ver, uma possível solução de julgamento para o STF que alinhe essa legislação com o respeito à intangibilidade do corpo – além da exigência de uma justificção por parte do magistrado em relação aos três subpreceitos supramencionado –, seria a determinação de que fosse editada uma portaria do Ministério da Justiça contendo o procedimento a ser seguido pela autoridade que fosse realizar a coleta compulsória. Algo como, realizar uma interpretação conforme a constituição determinando que esse procedimento somente poderia ser considerado constitucional se houvesse tal portaria.

Ainda sobre a solução de julgamento do STF, conforme a crítica de Pacelli e Fisher, descrita na seção 1.5 – de que as previsões para a coleta para o condenado eram muito amplas – faria sentido, do ponto de vista da eficiência, uma interpretação conforme da Lei 12.654/2012 que admitisse a coleta compulsória somente nos casos em que fosse mais provável a reiteração criminosa, conforme apontam esses autores. Isso produziria um BDPG

menor, porém possivelmente de maior qualidade. A eficiência do banco provavelmente será a mesma, porém, como será coletado de menos indivíduos, implicará em uma afetação menor a direitos individuais.

Cabe destacar o benefício que essa lei traz como ferramenta em favor de inocentes. Ainda mais tratando-se de crimes de grande repercussão, o Estado, por vezes, a fim de dar uma resposta a sociedade e encontrar um culpado – e, especialmente, diante da falta de recursos –, incrimina inocentes, algo que, além do efeito negativo direto de levar a cadeia um inocente, deixa solto um culpado – e, assim, favorece o surgimento de novas vítimas.

A outra crítica apontada por Pacelli e Fisher⁹² de que o banco de dados de condenados representaria um direito penal do autor, a meu ver, na prática, não procede. Devido à tecnologia computacional empregada no BDPG é improvável que se utilize informações pessoais presente no banco (como criminosos que praticaram aquele crime no passado) para tentar incriminar aqueles indivíduos. Pelo funcionamento do banco, somente é possível se chegar aos dados pessoais desses condenados a partir da ocorrência do *match*. E este só ocorrerá se houver vestígio biológico dessa pessoa no local do crime.

Outro aspecto importante é que a previsão da coleta obrigatória inibe ações estatais como em casos de confissão mediante tortura⁹³. Nesses casos, os presos podem mesmo serem compelidos a se recusarem a fornecer o material genético como forma de acobertar casos de tortura.

Desse modo, apesar de ser possível a defesa da possibilidade de recusa, defendo que deve ser considerada a possibilidade da coleta coercitiva. Esta opção, entretanto, deverá ser considerada apenas em último caso. Antes disso, deve-se dar preferência por tentar convencer o suspeito a fornecer voluntariamente e por fazer a coleta de DNA em objetos pessoais.

⁹² PACELLI e FISHER *op. cit.* p. 419.

⁹³ TRINDADE, *op. cit.* p. 72. “a tolerância às intervenções corporais é um ‘limite legal’ à garantia contra a autoincriminação forçada.”

CONCLUSÃO

Este estudo realizou seu objetivo de analisar a Lei 12.654/2012 e a respectiva possibilidade de recusa ao fornecimento de DNA. Analisou-se os prós e contras dessa Lei, bem como da coleta coercitiva. Verificou-se que tanto a Doutrina como a Jurisprudência se dividem quanto ao tema. Em relação, especificamente, à Jurisprudência do STJ, verificou-se que há poucos julgados sobre o tema. Portanto, tentou-se deduzir um posicionamento dessa corte a partir de temas correlatos.

Como resultado, verificou-se que não deverá ser considerada a possibilidade de recusa por parte do suspeito. Apesar de ser defensável essa possibilidade, os princípios que justificam a coleta compulsória se sobrepõem aos da recusa. Entretanto a coleta compulsória, em si, deverá ser considerada apenas como última opção.

Verificou-se, também, necessidade de uma implantação efetiva dessa Lei nos estados. Nesse sentido, é importante também que haja o julgamento mais ágil do RE 973837/MG, visto que a dúvida quanto à constitucionalidade da coleta coercitiva pode estar justificando essa lentidão dessa efetiva implantação.

Por fim, após essa implantação, sugere-se estudos futuros a fim de verificar os se houve sucesso na repressão e prevenção dos crimes em questão.

REFERÊNCIAS

COSTA NETO, J. Quarta palestra da primeira parte da audiência pública (visualizável a partir de 1h33min30). In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência pública - Coleta de material genético de condenados (1/3)*. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=IYRedqA8pHw>>. Acesso em 24 out. 2017.

CUNHA, R. S. *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados por artigos*. Salvador: JusPodium, 2017, p. 1741.

GOMES, L. F. *Funções da Pena no direito penal Brasileiro*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8334>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

GOMES, L. F. *Princípio da não autoincriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significa-do-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>>. Acesso em 25 out. 2017.

LIMA, R. B. Segunda palestra da terceira parte da audiência pública (visualizável a partir de 17min30). In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência pública - Coleta de material genético de condenados (3/3)*. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=huRzi0OgCTk>>. Acesso em 24 out. 2017.

MENDES, G. F. *et al.*, *apud* MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, G. S. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LOPES JR., A. *Direito processual penal*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., A.; ROSA, A. M. *A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>>.

PACELLI, E. e FISHER, D. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 9ª ed. São Paulo, 2017.

POPPER, K. R. *A lógica da pesquisa científica*. 9ª ed. São Paulo: Cultrix, 1978.

RICHTER, V. S., Quinta palestra que pode ser vista a partir dos 1h50min30 do vídeo. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência pública - Coleta de material genético de condenados (3/3)*. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=huRzi0OgCTk>>. Acesso em 24 out. 2017.

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

SCHIOCCHET, T. Terceira palestra da terceira parte da audiência pública (visualizável a partir de 34 min). In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência pública - Coleta de material genético de condenados (3/3)*. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=huRzi0OgCTk&t=1444s>>. Acesso em 24 out. 2017.

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

SILVA, R. V. *Garantia da não auto incriminação*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8467>. Acesso em 21 out. 2017.

SOUZA, C. A. P. Quarta palestra da terceira parte da audiência pública (visualizável a partir de 50min30). In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência pública - Coleta de material genético de condenados (3/3)*. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=huRzi0OgCTk&t=1444s>>. Acesso em 24 out. 2017.

TOURINHO FILHO, F. C. *Processo Penal*, Volume 1 – 35ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TRINDADE, B. T. *Banco de dados de perfis genéticos: exame da sua constitucionalidade e efetividade*. 92f. Monografia (graduação em Direito) – Faculdade de Direito. Brasília: Universidade de Brasília, 2015.