

FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA  
SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – MESTRADO

**LEANDRO REIS DE SOUZA**

**PROVA GENÉTICA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONEXÕES POSSÍVEIS NO  
ÂMBITO PROCESSUAL PENAL**

PORTO ALEGRE

2023

**LEANDRO REIS DE SOUZA**

**PROVA GENÉTICA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONEXÕES POSSÍVEIS NO  
ÂMBITO PROCESSUAL PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados.

Orientador: Prof. Dr. André Machado Maya

PORTO ALEGRE

2023

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Reis de Souza, Leandro

Prova genética e presunção de inocência: conexões possíveis no âmbito do processo penal / Leandro Reis de Souza.

-- Porto Alegre 2023.

87 f.

Orientadora: André Machado Maya.

Dissertação (Mestrado) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2023.

1. Presunção de Inocência. 2. Prova Genética. 3. Banco de Dados Genético. 4. Direito Fundamental à Segurança. 5. Redução de Incertezas Inerentes à Autoria. I. Machado Maya, André, orient. II. Título.

**LEANDRO REIS DE SOUZA**

**PROVA GENÉTICA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONEXÕES POSSÍVEIS NO  
ÂMBITO PROCESSUAL PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, para obtenção do título de Mestre em Direito.

No dia \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2023, a dissertação foi \_\_\_\_\_ pelos membros da banca examinadora.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. André Machado Maya – Orientador  
Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP  
Porto Alegre/RS

---

Prof. Dr. Fábio Roque Sbardellotto  
Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP  
Porto Alegre/RS

---

Prof. Dr. Nereu Jose Giacomolli  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS  
Porto Alegre/RS

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço aos professores da Fundação Escola Superior do Ministério Público, especialmente, ao Dr. André Machado Maya, Dr. Anizio Pires Gavião Filho, Dr. Bruno Heringer Júnior, Dr. Fábio Roque Sbardellotto, Dr. Francisco José Borges Motta, Dr. José Tadeu Neves Xavier, Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparenberger e Dr. Rogério Gesta Leal, pelos ensinamentos, dedicação e excelência nas aulas ministradas no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito.

Agradeço ao meu orientador, professor Dr. André Machado Maya, pela orientação e contribuição durante todo o desenvolvimento da dissertação.

Aos demais profissionais da Fundação Escola Superior do Ministério Público, que contribuíram de forma essencial para o desenvolvimento das mais diversas atividades acadêmicas.

Aos colegas do programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado Acadêmico em Direito pela convivência e aprendizado durante os dois anos de curso.

Aos servidores da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul, em especial, aos colegas da Divisão de Comunicação Social, da Chefia de Polícia, e da Delegacia de Repressão ao Crime de Lavagem de Dinheiro, do Departamento Estadual de Investigações Criminais, que possibilitaram conciliar a atividade profissional com a realização da pesquisa.

Aos amigos pelos momentos de descontração necessários para renovar as energias e manter o foco na pesquisa.

Aos meus pais, Paulo Renato e Ana Maria, pela vida, exemplo e dedicação incondicional em todos os momentos.

À minha esposa, Lizandra, pelo amor, carinho e compreensão demonstrados no decorrer do curso.

Em especial, às minhas filhas, Luiza e Laura, pelo amor, carinho, risadas, brincadeiras, músicas, danças, passeios, aprendizados e todos os momentos inesquecíveis que passamos juntos. Obrigado por tornarem o caminho percorrido até aqui muito mais leve e agradável. Gratidão pela oportunidade de ser pai de vocês!

*“A verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós”.*

(Francesco Carnelutti)

*“A lei é igual para todos. Também a chuva molha todos, mas quem tem guarda-chuva abriga-se”.*

(Francesco Carnelutti)

## RESUMO

A pesquisa trata da possibilidade da utilização da prova genética, obtida através da identificação criminal genética do acusado, utilizada como instrumento para redução de incertezas inerentes à autoria, contribuir para a concretização do princípio da presunção de inocência. Para tanto, examinou-se a presunção de inocência e seus desdobramentos na persecução penal, discorrendo sobre o ônus da prova e o dever de recorrer aos recursos disponíveis para provar. A prova no processo penal foi apresentada como produto da racionalidade científica, trazendo a verdade processual como forma de estabilizar a controvérsia jurídica. Os limites à produção da prova foram contextualizados através da incidência da garantia contra a autoincriminação e da possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade. O direito fundamental à segurança, baseado no dever de proteção do Estado e de garantia dos direitos fundamentais, tratou, brevemente, da expansão do Direito Penal frente aos riscos da sociedade contemporânea. A prova genética, obtida através da coleta de perfil genético foi trazida como instrumento de identificação de pessoas e vestígios encontrados em locais de crime. Ao final, através do método hipotético-dedutivo, utilizando os procedimentos bibliográfico e jurisprudencial, foi demonstrado que a utilização da prova genética, obtida através da identificação criminal genética do acusado, reduz as incertezas inerentes à autoria, evita o erro judiciário e limita os sujeitos passíveis de serem atingidos pela persecução penal, contribuindo, assim, para a concretização do princípio da presunção de inocência. Por outro lado, verificou-se a impossibilidade da manutenção do banco de dados genético de forma seletiva.

**Palavras-chave:** presunção de inocência; prova genética; banco de dados genético; direito fundamental à segurança; redução de incertezas inerentes à autoria.

## ABSTRACT

The research deals with the possibility of using genetic evidence, obtained through the genetic criminal identification of the accused, used as an instrument to reduce uncertainties inherent to authorship, contributing to the implementation of the principle of presumption of innocence. To this end, the presumption of innocence and its consequences in criminal prosecution were examined, discussing the burden of proof and the duty to resort to available resources to prove. The evidence in the criminal process was presented as a product of scientific rationality, bringing procedural truth as a way of stabilizing the legal controversy. The limits to the production of evidence were contextualized through the incidence of the guarantee against self-incrimination and the possibility of applying the principle of proportionality. The fundamental right to security, based on the State's duty to protect and guarantee fundamental rights, briefly addressed the expansion of Criminal Law in the face of the risks of contemporary society. Genetic evidence, obtained through the collection of genetic profiles, was used as a tool for identifying people and traces found at crime scenes. In the end, through the hypothetical-deductive method, using bibliographic and jurisprudential procedures, it was demonstrated that the use of genetic evidence, obtained through the genetic criminal identification of the accused, reduces the uncertainties inherent to authorship, avoids miscarriage of justice and limits the subjects likely to be affected by criminal prosecution, thus contributing to the implementation of the principle of presumption of innocence. On the other hand, it was found to be impossible to maintain the genetic database selectively.

**Keywords:** presumption of innocence; genetic testing; genetic database; fundamental right to security; reduction of uncertainties inherent to authorship.



## SUMÁRIO

|                                                                                                                                                                                                                |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO .....</b>                                                                                                                                                                                      | <b>10</b> |
| <b>2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PROCESSO PENAL .....</b>                                                                                                                                                         | <b>13</b> |
| 2.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SEUS DESDOBRAMENTOS NA PERSECUÇÃO PENAL .....                                                                                                                                   | 14        |
| 2.2 O ÔNUS DE PROVAR E O DEVER DE RECORRER AOS RECURSOS DISPONÍVEIS PARA PROVAR .....                                                                                                                          | 19        |
| <b>3 A PROVA NO PROCESSO PENAL .....</b>                                                                                                                                                                       | <b>23</b> |
| 3.1 A PROVA COMO PRODUTO DA RACIONALIDADE CIENTÍFICA .....                                                                                                                                                     | 23        |
| 3.2 OS LIMITES À PRODUÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL .....                                                                                                                                                     | 26        |
| <b>3.2.1 A Garantia contra a Autoincriminação .....</b>                                                                                                                                                        | <b>28</b> |
| <b>3.2.2 O Princípio da Proporcionalidade .....</b>                                                                                                                                                            | <b>31</b> |
| 3.2.2.1 <i>O modelo de regras e princípios de Robert Alexy</i> .....                                                                                                                                           | 32        |
| 3.2.2.2 <i>A ponderação racional</i> .....                                                                                                                                                                     | 33        |
| 3.3 O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA E A PROVA GENÉTICA.....                                                                                                                                                  | 35        |
| <b>3.3.1 Os riscos da sociedade contemporânea.....</b>                                                                                                                                                         | <b>36</b> |
| 3.3.1.1 <i>Breves considerações sobre a sociedade de risco</i> .....                                                                                                                                           | 36        |
| 3.3.1.2 <i>A expansão do Direito Penal e o Direito Fundamental à Segurança</i> .....                                                                                                                           | 39        |
| <b>3.3.2 Os avanços científicos e a prova genética .....</b>                                                                                                                                                   | <b>42</b> |
| 3.3.2.1 <i>A identificação criminal</i> .....                                                                                                                                                                  | 42        |
| 3.3.2.2 <i>A prova genética</i> .....                                                                                                                                                                          | 44        |
| <b>3.3.3 A coleta de perfis genéticos .....</b>                                                                                                                                                                | <b>48</b> |
| 3.3.3.1 <i>A coleta consentida do perfil genético do acusado, o mandado de busca e apreensão domiciliar com finalidade genética e a coleta do perfil genético de parente em primeiro grau do acusado</i> ..... | 49        |
| 3.3.3.2 <i>A coleta não autorizada do perfil genético do acusado</i> .....                                                                                                                                     | 51        |
| 3.3.3.3 <i>A coleta dos materiais genéticos encontrados nos objetos apreendidos nos atos de polícia judiciária</i> .....                                                                                       | 54        |
| <b>3.3.4 O banco de dados de perfis genéticos .....</b>                                                                                                                                                        | <b>57</b> |
| <b>4 PROVA GENÉTICA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....</b>                                                                                                                                                         | <b>62</b> |
| 4.1 A IMPOSSIBILIDADE DO CADASTRO GENÉTICO DE CONDENADOS.....                                                                                                                                                  | 62        |
| 4.2 A REDUÇÃO DE INCERTEZAS INERENTES À AUTORIA E A CONCRETIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....                                                                                                               | 67        |

|                                     |           |
|-------------------------------------|-----------|
| <b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b> | <b>76</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>            | <b>80</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência, independente de distinções conceituais, parte de um estado de inocência do sujeito, e não de culpabilidade, que deve nortear o tratamento das pessoas, o regramento probatório e a proteção da liberdade. O processo penal, no Estado Democrático de Direito, inicia com a consideração do imputado como sujeito inocente, sendo seus efeitos irradiados a todas as fases da persecução penal.

O processo penal, baseado na justiça, objetivo último do direito, e na dignidade da pessoa humana, visa à punição dos culpados ou à absolvição dos inocentes, servindo tanto de meio de defesa social quanto de garantia do cidadão. O tratamento de inocência abarca a prática de todos os atos que atinjam o sujeito, da investigação ao processo, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O princípio da presunção de inocência veda formas de tratamento como se o sujeito já estivesse condenado, não podendo basear-se no que este foi ou é, mas sim, numa situação fática determinada. O estado de inocência induz a importantes regras probatórias, impondo limites legais à busca ilimitada da verdade; entretanto, não impede medidas cautelares de caráter investigatório, uma vez que elas não guardam relação com a antecipação da pena, mas à realização exitosa da persecução penal.

No processo penal, não há distribuição do ônus da prova, que compete à acusação. O imputado, em razão do princípio da presunção de inocência, é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. A defesa não tem o dever de descobrir ou contradizer hipóteses e provas, mas o interesse de comprovar suas teses, não devendo ficar inerte baseada unicamente na regra de julgamento imposta pelo *in dubio pro reo*.

Isso porque a prova permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato passado, atuando como argumento na escolha racional entre as diversas hipóteses trazidas ao processo. A reconstrução dos fatos investigados ocorre através da materialização da prova, que se dá de acordo com as regras do devido processo legal. A verdade do processo deve ser entendida como a verdade que o juiz busca nas provas juntadas aos autos, aproximando-se o máximo possível da verdade dos fatos.

Independente da prova existente nos autos, a verdade processual sempre será uma verdade reconstruída, relacionada diretamente ao grau de contribuição das partes e da determinação da certeza do juiz. Contudo, a busca da verdade não é o fim último do processo penal, sua busca não pode se dar a partir de uma premissa de que os fins justificam os meios, mas para a correta aplicação da lei penal.

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

Por outro lado, a persecução penal não pode ser inviabilizada pelo reconhecimento ilimitado da garantia contra a autoincriminação. Isso não significa na colaboração ativa do acusado nos atos persecutórios estatais, mas na possibilidade desta garantia *prima facie*, através do princípio da proporcionalidade, sofrer restrições, no caso concreto, quando colidir com outras normas constitucionais, como por exemplo, o direito fundamental à segurança.

O processo de globalização e a revolução tecnológica trouxeram novas incertezas e inseguranças para chamada sociedade contemporânea, surgida pós-revolução industrial. As transformações constantes, potencializadas pelo desenvolvimento dos meios de comunicação, colocaram em dúvida a capacidade de organização da sociedade, gerando incertezas e instabilidades.

As relações sociais, em razão de vivermos numa sociedade globalizada economicamente, socialmente e culturalmente, tornaram-se mais complexas, fomentando uma sensação de insegurança, agora, em escala global. A evolução tecnológica também impactou nas práticas delitivas, com mudança significativa quanto à conduta, à forma e à velocidade em que os crimes são praticados; criando, assim, novos riscos e potencializando outros já existentes.

O Estado, frente ao surgimento de novos riscos e potencialização de outros, com a pretensão de estabelecer uma sensação de maior segurança, cria novos dispositivos legais e amplia as ferramentas e metodologias de persecução penal. Com o advento da Lei 12.654/12, aprimoraram-se as técnicas de investigação, passando o perfil genético a ser considerado uma das formas possíveis de identificação criminal.

O avanço da ciência, no âmbito do processo penal, no que tange ao desenvolvimento das tecnologias sobre o genoma humano, apresenta resultados positivos quanto à identificação de vítimas e de autorias delitivas. A identificação genética de uma pessoa, analisada com os demais indícios e provas colecionados aos autos, pode configurar uma prova contundente da infração penal.

A eficácia da prova genética está condicionada, principalmente, à coleta do perfil genético do acusado e ao uso do banco de dados genético para armazenar as informações coletadas. Dentre as formas de obtenção do perfil genético do acusado, destaca-se a coleta

consentida, o mandado de busca e apreensão domiciliar com finalidade genética, a coleta do perfil genético de parente em primeiro grau, a coleta não autorizada e a coleta dos materiais genéticos encontrados nos objetos apreendidos nos atos de polícia judiciária.

A prova genética, cuja certeza se dá a partir de conhecimentos específicos, também deve ser submetida ao contraditório, sem hierarquia, taxatividade e pretensão de verdade. Assim como as demais provas periciais, a prova genética demonstra apenas o grau de probabilidade de um aspecto do delito, não se confunde com a prova de toda a complexidade que constitui o fato investigado.

Nas últimas décadas, as técnicas de análise do DNA evoluíram significativamente, possibilitando extrair com precisão a identificação das pessoas, bem como definir a quem pertence determinado material genético encontrado nos vestígios vinculados aos locais e objetos de interesse da investigação. Assim, diante da especificidade de algumas práticas delitivas, a prova genética permite reduzir as incertezas quanto à autoria delitiva.

Nesse contexto, através do método hipotético-dedutivo, utilizando os procedimentos bibliográfico e jurisprudencial, será verificada a possibilidade da utilização da prova genética, obtida através da identificação criminal genética do acusado, utilizada como instrumento para redução de incertezas inerentes à autoria, contribuir para a concretização do princípio da presunção de inocência.

## 2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PROCESSO PENAL

A presunção de inocência, por influência do Cristianismo, tem origem no direito romano, com a incidência do *in dubio pro reo* como regra referente à valoração da prova. Diante das prisões consideradas injustas, a Carta Magna de 1215 vedou a perda da liberdade e da propriedade, exceto nas hipóteses previstas em lei, após a realização de um julgamento justo (Giacomolli, 2016, n.p.).

A primeira previsão legal que estabeleceu que o réu devesse ser tratado como inocente, até que se mostre sua culpa, foi obra do Iluminismo. A partir das críticas dos pensadores iluministas acerca dos sistemas penais e do poder punitivo do Estado em detrimento às liberdades individuais, o estado de inocência foi inserido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. No ano de 1808, o Código de Processo Penal francês instituiu o sistema misto, que serviu de modelo para toda Europa continental (Giacomolli, 2016, n.p.).

Após a Revolução Francesa, a presunção de inocência passou a ser suprimida, lentamente, dos sistemas processuais da Europa; emergindo, renovada, somente após as duas grandes guerras mundiais. No final do século XIX e início do século XX, em razão da ascensão da doutrina positivista italiana e do tecnicismo jurídico nazifascista, a presunção de inocência passou a ser rejeitada no âmbito processual penal. Assim, surgiram os sistemas criminais legitimadores de violências e os regimes totalitários, que resultaram, somados a outros fatores históricos, nas duas grandes guerras mundiais (Moraes, 2010, p. 173).

Na busca por uma convivência pacífica de todos os povos, independente das suas diferenças culturais, religiosas e sociais, adveio a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que reafirmou o princípio da presunção de inocência (Badaró, 2003, p. 286). O artigo 11 da declaração estabelece que toda pessoa acusada de um ato ilícito tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei (Organização das Nações Unidas, 1948).

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, prevê no artigo 6º que todo homem acusado de um crime tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpa seja provada de acordo com a lei (União Europeia, 1950). No ano de 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, aprovado na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, estabeleceu no artigo 14.2 que todo homem acusado de um crime tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpa seja provada de acordo com a lei (Organização das Nações Unidas, 1966). Da mesma forma, a Convenção Americana de Direitos humanos,

conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, no artigo 8.2, trouxe a presunção de inocência como uma das garantias processuais mínimas, definindo que toda pessoa acusada de um delito tem o direito que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente a sua culpa (Costa Rica, 1969).

Nesse contexto, visando atingir a paz, os direitos humanos passam a ser incorporados nos ordenamentos internos de diversas nações. Bobbio (1992, p.1) evidencia a relação entre direitos do homem, democracia e paz: “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”.

A partir desse momento, ocorre a reafirmação internacional do direito fundamental à presunção de inocência, com reflexo nas legislações processuais penais e, consequentemente, nas perseguições penais de diversos países, inclusive no Brasil.

## 2.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SEUS DESDOBRAMENTOS NA PERSECUÇÃO PENAL

A presunção de inocência ingressou no ordenamento jurídico brasileiro somente em 1988, quando da promulgação da atual Constituição Federal. O inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No ano de 1992, com a ratificação pelo Brasil da Convenção Americana de Direitos Humanos, através do Decreto 678, o conteúdo do tratado foi incorporado no âmbito interno do ordenamento jurídico brasileiro (Badaró, 2003, p. 289).

Os dispositivos das leis infraconstitucionais anteriores, incompatíveis com a Constituição Federal e a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos, restaram revogados, inclusive, os do Código de Processo Penal. Nesse sentido, cabe ressaltar que tanto o princípio da presunção de inocência quanto à presunção de não culpabilidade são equivalentes, independente das formulações e distinções conceituais. O âmbito de proteção da presunção de inocência, *prima facie*, deve ser entendido com a maior amplitude possível, compreendendo os princípios *in dubio pro reo* e *favor rei*, estendendo a eles a mesma força cogente da norma constitucional (Badaró, 2008, p. 64-65).

No princípio *in dubio pro reo*, a dúvida tem origem nos fatos, que, por sua vez, podem ou não estarem provados nos autos do processo. Por isso, tal princípio não incide apenas na decisão de mérito, quando o juiz decide se o imputado é culpado ou inocente, mas em todas as decisões em que a perseguição penal resulte em restrições aos direitos e garantias

do imputado. Por seu turno, o princípio *favor rei* indica ao julgador, dentre as opções mais favoráveis ao acusado, tecnicamente justificáveis, conforme a linha doutrinária, metodológica ou ideológica do intérprete, àquela que ele deve escolher (Moraes, 2010, p. 406).

A presunção de inocência está ligada à própria finalidade do processo penal, de promover um processo para a verificação jurisdicional da ocorrência de um crime e sua autoria. Trata-se de um componente basilar de um modelo processual penal alinhado com a dignidade e os direitos essenciais da pessoa humana. Toda pessoa nasce livre, sendo esta liberdade um dos seus direitos fundamentais (Giacomolli, 2016, n.p.).

O princípio do estado de inocência define, como regra, a manutenção da liberdade do cidadão, situando a prisão como a *ultima ratio* do sistema. O fato de a pessoa estar sendo investigada ou processada não afeta seu estado de inocência, não sendo permitida qualquer restrição desse *status* antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória (Giacomolli, 2016, n.p.).

O estado inocência só poderá ser afastado se houver prova plena do cometimento de uma infração penal, colocando-se como fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório. Contudo, tal direito não é absoluto, a liberdade pode ser juridicamente restringida quando existir expressa previsão legal e for observado o devido processo legal. A presunção de inocência, ao assegurar a todo e qualquer cidadão um prévio estado de inocência, garante o exercício do direito à liberdade frente ao interesse coletivo à repressão penal (Badaró, 2003, p. 283-284).

O atual Código de Processo Penal brasileiro, de 1941, baseado na ideologia da época, na sua redação original, não faz qualquer menção direta à presunção de inocência, tão somente a incidência do *in dubio pro reo* nas situações em que o juiz, após toda instrução processual, permanece em dúvida sobre a culpa do réu. No entanto, com a influência cogente do princípio da presunção de inocência, muitos pontos do Código de Processo Penal foram mitigados ou alterados posteriormente (Moraes, 2010, 159).

O Estado tem o dever tanto de garantir quanto de atuar para prevenir eventuais lesões ou reduções inconstitucionais que afetem a efetiva realização da presunção de inocência e dos demais direitos fundamentais. E, justamente, do desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, resulta o dever de proteção estatal. Para tanto, na sua tarefa de observar e proteger, o Estado faz uso da persecução penal, prevenindo riscos e fomentando a segurança (Moraes, 2010, p. 158-159).

Não significa, contudo, uma atuação invasiva que afete a liberdade ou outros direitos fundamentais de defesa, como a presunção de inocência, na busca pela chamada verdade



processual. As normas penais devem atuar como limitadores das condutas contrárias ao pleno exercício dos direitos fundamentais. Por outro lado, as normas processuais penais não impedem a punição do imputado, elas são destinadas a garantir a fruição de tais direitos (Moraes, 2010, p. 253).

A presunção de inocência, reconhecida como direito fundamental, deve ser compreendida de acordo com a teoria dos princípios, como uma norma-princípio, *prima facie*, ou seja, mandamento de otimização que deve ser cumprido dentro da maior eficácia possível, de acordo com as condições fático-jurídicas do caso concreto. O controle de eventuais conformações ou restrições, dentre outras ferramentas metodológicas, pode ser solucionada através da aplicação do princípio da proporcionalidade (Mendes, 2008, p. 640).

No Estado Democrático de Direito, o processo penal inicia com a consideração do imputado como sujeito inocente, devendo ser seus efeitos irradiados tanto aos sujeitos processuais quanto extraprocessuais. O estado de inocência do sujeito deve nortear o regramento probatório, a proteção da liberdade e o tratamento como ser humano (Giacomolli, 2016, n.p.).

Por outro lado, a presunção de inocência, entendida como obstáculo à outorga de consequências jurídicas sobre o imputado antes do trânsito em julgado, não impede medidas cautelares legítimas de caráter investigatório. O propósito dessas medidas não guarda relação com a antecipação da pena, mas, fundamentalmente à exitosa persecução penal (Mendes, 2008, p. 634).

O processo penal não tem como propósito único a apuração da culpa do imputado, de qualquer forma; pelo contrário, baseado na justiça, objetivo último do direito, e na dignidade da pessoa humana, visa à punição dos culpados ou a absolvição dos inocentes. Portanto, o processo penal não pode ser visto somente como meio de defesa social, mas, também, de garantia do cidadão (Moraes, 2010, p. 339).

A presunção de inocência, fundada no sentido mais amplo de igualdade, fraternidade e liberdade, se inter-relaciona com outros direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal, que garantem sua realização de forma mais abrangente, voltada à realização de um processo justo. Dessa forma, a presunção de inocência caracteriza-se pela posição de equilíbrio no desenvolvimento da persecução penal (Moraes, 2010, p. 346).

Outro aspecto importante refere-se ao tempo razoável do processo, prevista no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal. A presunção de inocência, face à situação desfavorável do imputado na persecução penal, exige do Estado um processo o mais célere

possível. O prolongamento excessivo do processo penal descredibiliza a versão do acusado, principalmente, nas hipóteses da prisão provisória, que ocorre, ou deveria ocorrer, em situações excepcionais (Moraes, 2010, p. 351).

Nesse ponto, cabe ressaltar, que a presunção de inocência não veda toda e qualquer prisão no curso do processo, mas sim as prisões automáticas ou obrigatórias. Em razão da medida de coação anterior a decisão final ser excepcional, qualquer restrição à presunção de inocência, independente da intensidade, deve ser acompanhada de justificação constitucional e proporcionalidade (Badaró, 2018, p. 68).

A prisão deve ter natureza cautelar e fundada em juízo concreto de necessidade. Tal excepcionalidade, conforme consagrado pela doutrina, deverá ser demonstrado pela constatação do *fumus delicti commissi*, caracterizado pelo grau de probabilidade e o binômio materialidade e autoria, e do *periculum libertatis*, relacionado ao perigo advindo da manutenção da liberdade do imputado (Lopes Júnior, 2021, n.p.).

No ano de 2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, por maioria de votos, decidiu que é constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal que prevê que ninguém poderá ser preso antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, exceto por prisão em flagrante ou no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva, devidamente fundamentadas pelo juiz competente (Brasil, STF, 2019).

A previsão do esgotamento de todas as possibilidades de recurso para o início do cumprimento da pena está em consonância com o princípio da presunção de inocência, positivado no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal. A decisão não afasta a possibilidade da prisão antes do trânsito em julgado, desde que atendidos os requisitos do Código de Processo Penal; entretanto, a execução antecipada da pena sem a demonstração dos requisitos para a prisão viola o princípio constitucional da presunção de inocência (Brasil, STF, 2019).

A presunção de inocência é compreendida, respeitadas diferentes classificações, pelas normas de tratamento, probatória e de juízo. A norma de tratamento garante que o imputado seja tratado como inocente na persecução penal, onde os efeitos de uma eventual condenação sejam aplicados somente após o trânsito em julgado. Tal norma também restará violada quando um ato persecutório estatal é executado de forma indevida e abusiva, com emprego de violência física ou outra medida desproporcional, acarretando prejuízos à pessoa do imputado (Moraes, 2020, p. 506).

A norma de tratamento abarca a prática de atos de investigação, processuais e todos

aqueles que atinjam o sujeito. Os efeitos da presunção de inocência, produzidos no interior do processo e fora dele, vedam formas de tratamento como se o imputado já estivesse condenado, exigindo a justificativa da prática de qualquer ato, processual ou não, que induza antecipação de um juízo de censurabilidade (Giacomolli, 2016, n.p.).

A norma probatória, por sua vez, tem por fundamento a inadmissibilidade processual da prova ilícita, a necessidade de motivar a decisão judicial e o duplo grau de jurisdição na área penal. Isso significa que a presunção de inocência somente restará afastada por intermédio da prova incriminadora, apta a demonstrar a materialidade e a autoria do crime, obtida e produzida de forma lícita e livre de opiniões e convicções que, por si só, influenciem na decisão do julgador (Moraes, 2010, p. 463-465).

A norma de juízo impõe ao julgador o dever de motivar, de forma racional e fundamentada, todas as decisões penais que resultem restrição aos direitos e garantias do imputado. Cabe ao magistrado à análise subjetiva do material probatório produzido na instrução criminal, tanto para afastar a presunção de inocência e condenar o imputado, caso suficiente, quanto para absolver ou escolher outra medida jurídica adequada, quando insuficiente (Badaró, 2003, p. 284).

A presunção de inocência, assim, associa-se ao *in dubio pro reo*, funcionando como uma verdadeira regra de julgamento. Para a imposição de uma sentença penal condenatória, exige-se que a prova penal elimine qualquer dúvida razoável sobre fato relevante, capaz de gerar a certeza subjetiva necessária no julgador (Badaró, 2003, p. 285).

O critério adotado para estabelecer a norma de juízo atende um critério político ao preferir o *in dubio pro reo* ao *in dubio pro societate*. Não existindo certeza, mas dúvida sobre os fatos, prefere-se a absolvição de um culpado à condenação de um inocente. Isso porque, ao ponderar os interesses em conflito, o erro judiciário quanto à absolvição é menos grave que a condenação (Badaró, 2003, p. 299).

Dessa forma, a prova incriminadora lícita deve atingir para o julgador o estado subjetivo de certeza necessário de autoria e materialidade. Na hipótese de dúvida razoável, baseada na racionalidade, prevalecerá o estado de inocência do imputado. A certeza de culpabilidade somente poderá ser alcançada se as provas incriminadoras forem capazes de dirimir qualquer dúvida racionalmente justificável (Moraes, 2010, p. 472-475).

Os desdobramentos da presunção de inocência na persecução penal tornam a relação jurídica entre cidadão e Estado mais equilibrada. Isso porque impede que o imputado receba tratamento de condenado antes do reconhecimento da sua culpa, bem como impõe a

necessidade do devido processo legal para sua verificação, resultando a mais favorável escolha jurídica em qualquer decisão judicial penal (Moraes, 2010, p. 347).

Outro desdobramento da norma probatória da presunção de inocência, que será tratado no próximo tópico, refere-se ao ônus probatório e as possibilidades de prova disponíveis para acusação e defesa influir no convencimento do julgador; que resultará, de acordo com a análise subjetiva, em certeza ou dúvida, a depender do material probatório produzido no processo.

## 2.2 O ÔNUS DE PROVAR E O DEVER DE RECORRER AOS RECURSOS DISPONÍVEIS PARA PROVAR

O ônus pode ser entendido como um encargo cujo exercício é necessário para alcançar interesse próprio. O cumprimento do ônus interessa à pessoa onerada, estando situado no campo de liberdade. O dever, entendido como um imperativo perante a sociedade, também se trata de uma posição jurídica passiva, que ocasiona uma desvantagem para aquele que deve cumpri-lo. O descumprimento do ônus, diferentemente do dever, não acarreta qualquer punição, mas a sanção processual consistente em não atingir a decisão judicial pretendida (Badaró, 2003, 175-176).

No âmbito da prova, a doutrina subdivide o ônus em objetivo e subjetivo. No aspecto objetivo, diante da ausência ou insuficiência de prova que resulte dúvida sobre fato relevante, o ônus da prova coloca-se como uma regra de julgamento destinada ao juiz a respeito do conteúdo da sentença a ser proferida. No que tange ao aspecto subjetivo, o ônus da prova deve ser entendido como o encargo que as partes têm de buscar as fontes de prova capazes de comprovar as afirmações feitas por elas no decorrer do processo (Badaró, 2018, p. 437).

No processo penal, o ônus da prova decorre da regra de julgamento do *in dubio pro reo*, revelando seu conteúdo garantista. O reconhecimento do benefício da dúvida concretiza o aspecto probatório da presunção de inocência. Assim, o ônus da prova assume uma dimensão positiva no processo penal, apresentando-se com um mecanismo técnico-processual da garantia política da presunção de inocência (Badaró, 2003, p. 300).

Em decorrência do princípio da presunção de inocência, não há distribuição do ônus da prova, que compete à acusação. Partindo da premissa que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. A carga de descobrir hipóteses e provas é da acusação, tendo a defesa o direito, e não o dever, de contradizê-las. O juiz, revestido da imparcialidade e da dúvida, deve aceitar a tese acusatória somente se essa restar

suficientemente provada (Ferrajoli, 2002, p. 121).

A prova produzida no processo será considerada suficiente para dar suporte a um juízo condenatório quando afastar a dúvida razoável tanto em relação à existência do crime quanto à sua autoria, fornecendo um conjunto sólido acerca da satisfação da pretensão acusatória. Nesse contexto, a suficiência restará alcançada quando o exame do material probatório permitir, de forma racional, a “quebra” do estado de inocência do acusado (Giacomolli, 2016, n.p.).

Assim, cabe à acusação a desconstituição do estado de inocência. A peça acusatória deve descrever todas as circunstâncias do fato, além de precisar o objeto da prova e os meios e fontes de prova. O encargo probatório da acusação não se restringe à demonstração da existência do fato e da autoria, mas de todos os elementos e circunstâncias do crime imputado, além da sanção e da quantidade de pena pretendidos (Giacomolli, 2016, n.p.).

A atribuição da carga probatória ao acusador, baseada no princípio da presunção de inocência, é reforçada pelo princípio do *in dubio pro reo*, que define como regra que o réu não será condenado sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada. Caso não se tenha alcançado esse grau de convencimento em relação à prova da autoria e da materialidade, a absolvição será imperativa (Lopes Júnior, 2021, n.p.).

O inciso V do artigo 386 do Código de Processo Penal, em consonância com o princípio da presunção de inocência, no tocante à norma de juízo, estabelece que o réu seja absolvido no caso de não existir prova dele ter concorrido para a infração penal; não exigindo prova da sua inocência. Ademais, o inciso VI do mesmo dispositivo legal prevê que o juiz absolverá o réu quando existir circunstâncias que excluam o crime, o isentem de pena ou quando houver fundada dúvida sobre sua existência (Brasil, 1941).

A defesa, em resposta à acusação, poderá simplesmente negar os fatos, alegar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos ou, ainda, alegar que os fatos ocorreram de forma diversa. Independente da resposta, o ônus da prova recairá sempre sobre a acusação, uma vez que a dúvida sobre qualquer alegação da defesa se traduz automaticamente em dúvida sobre a tese acusatória (Badaró, 2003, p. 340).

O réu pode ser absolvido mesmo que permaneça em silêncio e não apresente nenhuma prova da sua inocência. Para isso, depende que o órgão acusador não consiga provar os fatos imputados ao réu ou, ainda, que seja reconhecida alguma excludente. Trata-se de uma faculdade à defesa, cujo exercício visa buscar a solução que lhe seja mais favorável (Badaró, 2003, p. 231).

A primeira parte do artigo 156 do Código de Processo Penal estabelece que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer (Brasil, 1941). Contudo, a primeira e principal alegação é realizada pelo Ministério Público, na denúncia, identificando a autoria e a materialidade. Ademais, não há distribuição da carga probatória no processo penal brasileiro, não cabendo ao réu provar a negativa de autoria ou a presença de alguma excludente (Lopes Júnior, 2021, n.p.).

Por outro lado, existe entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que os exames da tipicidade e da ilicitude não dizem respeito à matéria de prova, sendo meros juízos de valoração quanto à existência ou não do fato em relação à norma penal. Tal entendimento, diante do princípio da presunção de inocência, defende que compete à acusação somente a prova quanto à materialidade do fato e de sua autoria, não se impondo o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer excludente de ilicitude ou culpabilidade (Pacelli, 2018, p. 276).

A imposição para que o réu prove a existência de alguma excludente significaria a inversão do ônus da prova, o que é incompatível com o princípio da presunção de inocência. Contudo, a defesa, ao perder uma chance probatória, alicerçada somente na presunção de inocência, assumirá o risco de uma sentença desfavorável. Caso o encargo probatório da tese acusatória restar atendido, estará superada, de forma racional, qualquer dúvida quanto à inocência do réu (Lopes Júnior, 2021, n.p.).

A não exigência da carga probatória por parte da defesa e o *in dubio pro reo* não podem suprimir o direito de o acusado provar e produzir a contraprova dentro do processo penal. O acusado, embora não possua o ônus probatório, baseado no exercício do contraditório, tem o interesse em tornar crível a sua alegação, a fim de provar sua inocência ou criar no julgador uma dúvida razoável que leve a sua absolvição (Giacomolli, 2016, n.p.).

Por isso, a produção de provas não está restrita à acusação. A defesa também tem interesse em comprovar suas teses, apontando falhas do órgão acusatório, desfazendo provas contrárias ao interesse defensivo, levantando contradições em depoimentos, perícias e acareações, apresentando documentos e valendo-se de todos os meios lícitos para a demonstração da sua inocência (Lopes Júnior, 2021, n.p.).

Na sistemática do processo penal, acusação e defesa, em todos os momentos processuais, possuem o direito de influir no convencimento do julgador, baseado no direito fundamental à prova, na igualdade de oportunidades e no afastamento de qualquer obstáculo à demonstração fática pretendida pelas partes. Os elementos produzidos dentro do processo, materializados como prova, tem o objetivo de verificar as alegações sobre a ocorrência de

determinados fatos, tratando-se do instrumento de análise do tema probatório, que pode ser constatado de forma oral, documental ou material (Giacomolli, 2016, n.p.).

Diante do reconhecido direito de investigação da acusação, em respeito ao princípio da igualdade de partes, que confere igual direito à defesa, a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, através do Provimento n.º 188/2018, preocupada com o material probatório disponível nos autos para formação da convicção do juiz, regulamentou o exercício da prerrogativa profissional do advogado quanto à realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Independente das possíveis discussões quanto à constitucionalidade do provimento, a OAB, dentre outras questões, através da investigação defensiva, objetiva propiciar maior participação do investigado na fase inquisitória (Brasil, OAB, 2018).

Isso não significa que a defesa possui o encargo da prova, mas a oportunidade de provar fatos e circunstâncias capazes de gerar dúvida ou até mesmo afastar completamente a tese acusatória, pois o que comporta demonstração é a culpa e não a inocência. A defesa, ao não provar nenhuma das suas teses, como de estar em lugar diverso no momento do crime, por exemplo, permitirá a acusação avançar na demonstração da tese acusatória (Giacomolli, 2016, n.p.).

A defesa possui interesse em provar suas teses, devendo, para tanto, recorrer a todos os meios de provas disponíveis. Apesar de ter o ônus da prova a seu favor, não basta à defesa alegar fatos que lhe são favoráveis, tem de poder influenciar o convencimento judicial, provando que os fatos alegados se apresentam como verdadeiros (Badaró, 2003, p. 301). Assim como não há dúvida de que o ônus da prova recai sobre a acusação, também é verdade que a qualidade probatória de determinado meio de prova poderá ser fortalecida diante da fragilidade ou inconsistência de uma alegação articulada pela defesa (Pacelli, 2018, p. 313).

Nesse sentido, conforme será abordado no próximo capítulo, o direito à prova deve ser plenamente exercido, não só pela acusação, mas também pela defesa, a fim de efetivar, ao final do processo, o pleno exercício da presunção de inocência.

### 3 A PROVA NO PROCESSO PENAL

O direito atua sempre que alguém pratica uma conduta definida em lei como crime, suficiente para causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem ou valor juridicamente protegido. Tal compromisso é monopólio do Estado, uma atividade jurisdicional irrenunciável, rejeitando-se qualquer forma de solução privada ou unilateral dos conflitos (Pacelli, 2018, p. 270).

O direito à prova, integrante do processo constitucional, emerge do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, que assegura aos acusados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes (Brasil, 1988). O processo penal, através das regras legais que disciplinam a investigação e o devido processo legal, faz uso da prova penal para reconstrução histórica dos fatos que interessam ao direito (Badaró, 2003, p. 159).

O objeto da prova sempre será a alegação de um fato, e não o fato em si mesmo. Isso porque, no mundo real, os fatos ocorreram ou não ocorreram, não admitindo qualquer valoração; enquanto no processo, os conhecimentos, percepções, opiniões e juízos alegados pelas partes podem ou não corresponderem aos fatos, ou seja, podem ser verdadeiros ou falsos (Badaró, 2003, p. 159).

A prova permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato passado, servindo como um elemento de persuasão para que as partes convençam o juiz das suas teses. Nesse contexto, a prova atua como argumento na escolha racional entre as diversas hipóteses sobre os fatos trazidas ao processo, assumindo uma função argumentativa (Badaró, 2003, p. 161).

#### 3.1 A PROVA COMO PRODUTO DA RACIONALIDADE CIENTÍFICA

No sistema probatório brasileiro o juiz é livre na formação do seu convencimento, não estando comprometido com nenhum critério de valoração prévia da prova, podendo optar por qualquer daquelas que lhe pareça mais convincente. Contudo, exige-se do julgador a sua fundamentação, através da argumentação racional, das razões que o levaram a escolher determinada prova (Pacelli, 2018, p. 279).

Por essa razão, o sistema probatório é do livre convencimento motivado, não possuindo o julgador uma liberdade absoluta no reconhecimento da prova mais forte, no acolhimento de uma linha de argumentação ou na superação da dúvida razoável. Da mesma forma, não há uma liberdade valorativa da prova, que se dá pela racionalização do conjunto



probatório constante nos autos. Tanto o convencimento quanto a valoração da prova submetem-se à exigência da fundamentação, nos termos do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, que se dá através da exteriorização dos fatos e do direito, de forma racional, no processo (Giacomolli, 2016, n.p.).

A convicção do julgador, de acordo com o artigo 155 do Código de Processo Penal, é formada pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial (Brasil, 1941). Os fatos e as circunstâncias de uma determinada prática delitiva são introduzidos no processo penal através da prova. A funcionalidade essencial da prova é convencer o julgador acerca do que as partes pretendem no processo criminal, influenciando na construção da decisão, para que se alcance a tutela jurisdicional efetiva (Giacomolli, 2016, n.p.).

O processo é o instrumento que permite ao julgador conhecer a verdade sobre os fatos. A busca pela verdade é o único critério aceitável para uma decisão justa, mesmo que se admita a impossibilidade de alcançá-la de maneira absoluta. A verdade aqui posta não se confunde com a certeza, ela se refere ao reflexo fiel do objeto no pensamento da pessoa. A certeza é um critério da verdade, constitui a manifestação subjetiva da verdade (Badaró, 2003, p. 25-26).

Carnelutti (1965, p. 4-12) afirma que “a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós”. Para chegar à verdade é necessário conhecer tanto o que o objeto em questão é quanto o que ele não é, de modo que a verdade será ignorada até se conhecer todas as informações que compõe essa verdade. Diante da impossibilidade de chegar à verdade, deve-se buscar a certeza no processo. A certeza, que sempre advém de uma dúvida, deve ser entendida como uma escolha, ainda que seja para recusar uma efetiva escolha.

Nesse sentido, a certeza do juiz é a verdade do processo, que, por sua vez, pode não corresponder à verdade dos fatos. Tal premissa deriva da assertiva que o processo é um instrumento falível, capaz de construir a certeza do juiz sobre um erro, ou, ainda, não conseguir demonstrar a verdade de modo a torná-la crível ao magistrado. Assim, verdade e certeza podem andar separadas (Badaró, 2003, p. 26).

Diante da impossibilidade do juiz alcançar a verdade absoluta, mostra-se adequado que a certeza seja verificada de acordo com graus de probabilidade, como forma de explicar racionalmente o raciocínio judicial aplicado na valoração da prova. O juiz, ao atingir altíssimo grau de probabilidade de que tenha ocorrido um fato, alcança a certeza subjetiva necessária para decidir com base no que foi provado. Caso contrário, restando o estado subjetivo da dúvida, o julgador deve valer-se do princípio *in dubio pro reo* (Badaró, 2003, p. 53).

A prova não irá trazer ao juiz a certeza absoluta sobre a alegação de um determinado fato, mas a aproximação da certeza possível, aquela que se pode atingir diante dos limites processuais para obtenção da verdade. A impossibilidade de se atingir uma verdade absoluta não significa a impossibilidade de um acerto verdadeiro no processo. A verdade do processo deve ser entendida como a verdade que o juiz busca nas provas existentes nos autos, aproximando-se o máximo possível da verdade dos fatos (Badaró, 2003, p. 36-37).

A reconstrução dos fatos investigados ocorre através da materialização da prova, que se dá de acordo com as regras legais que disciplinam a investigação e o devido processo legal. A verdade processual traduz um valor que legitima a atividade jurisdicional, trata-se de uma verdade necessariamente relativa, que reflete a maior aproximação possível daquilo que se denomina verdade (Lopes Júnior, 2021, n.p.).

A verdade processual sempre será uma verdade reconstruída, independente dos métodos utilizados para a comprovação dos fatos alegados em juízo, estando relacionado ao grau de contribuição das partes e da determinação da certeza do juiz. A busca da verdade não é o fim último do processo penal, sua busca não pode se dar a partir de uma premissa de que os fins justificam os meios, mas sim para a correta aplicação da lei penal (Pacelli, 2018, p. 274).

A retrospectiva do processo penal tem a finalidade, através das provas, de criar condições para a atividade cognitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitima o poder concretizado na sentença. A decisão judicial não é, necessariamente, a revelação da verdade, mas a escolha dos significados que parecem válidos ao juiz; tendo como resultado final seu convencimento, construído nos limites do contraditório e do devido processo legal (Lopes Júnior, 2021, n.p.).

As provas são os meios através dos quais se faz essa reconstrução aproximada de um determinado fato histórico, com o objetivo de instruir e proporcionar o conhecimento suficiente para o julgador tomar uma decisão. A construção da verdade processual, após transitar em julgado a decisão final, produz a certeza jurídica, que poderá, ou não, corresponder à verdade dos fatos, mas irá estabilizar a controvérsia objeto da jurisdição penal, incidindo, assim, todas as consequências legais e constitucionais (Pacelli, 2018, p. 270).

Partindo-se da premissa de que é possível a reconstrução dos fatos, ainda que esta não reflita uma verdade absoluta, a prova assume a função de fundamentar a escolha pela versão dos fatos que possa se definir como verdadeira. Contudo, a ausência de prova que forneça o grau de convencimento de uma das hipóteses fáticas, relevantes para a decisão da causa, não significa a confirmação da hipótese contrária, mas sim a incerteza sobre o fato

(Badaró, 2003, p. 161-162).

A prova se coloca como um mecanismo que permite a escolha racional entre as diversas hipóteses sobre os fatos debatidos no processo. O procedimento de construção da verdade deve obedecer a um rigor procedimental, a fim de não legitimar uma pretensão punitiva injustificada. Assim, as provas permitirão ao julgador verificar, de acordo com critérios racionais de valoração, a correção ou a falsidade da imputação de um fato definido como crime a alguém (Alencar, 2017, p. 209).

Não há hierarquia de provas, todos os meios de prova podem ou não ter aptidão para demonstrar a veracidade dos fatos. A prova pericial, *a priori*, não tem supremacia em relação à prova testemunhal ou documental; o que ocorre, é que alguns meios de prova podem não ser admitidos como suficientes, por si só, no caso concreto, para sustentar a ocorrência de um fato relevante no processo (Pacelli, 2018, p. 281).

A efetividade do direito à prova depende da igualdade de oportunidades e do afastamento de possíveis obstáculos à pretensão das partes, garantindo o pleno exercício do contraditório. A prova científica, por mais alto grau de especializadas que possuir, também deve ser submetida ao contraditório, sem hierarquia, taxatividade e pretensão de verdade. O que estiver fora do contraditório não é prova (Giacomolli, 2016, n.p.).

A igualdade de oportunidades probatórias pode ser entendida, de acordo com a teoria aristotélica, como preceito básico de um direito justo. A equidade é a forma da justiça conforme a lei. O juiz não tem a posse da justiça, mas a faz atuar ligando-a a uma pessoa. A justiça, porém, revela um caráter de irregularidade, a presença do acaso na ação humana, responsável pela sua indeterminação parcial. Nesse sentido, somente com a atuação das partes, de maneira equitativa, complementada com outros preceitos fundamentais, poderá obter-se efetivamente preceitos de direito justo (Ferraz Júnior, 2003, p. 205-206).

Dessa forma, as provas desempenham a função de reconstrução da realidade histórica, sobre a qual o juiz pronunciará a certeza quanto à verdade dos fatos, para fins da formação da coisa julgada. No entanto, a produção da prova no processo penal possui limites legais impostos pelo ordenamento jurídico, que vedam a busca ilimitada da verdade.

### 3.2 OS LIMITES À PRODUÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL

O processo penal assegura às partes um verdadeiro direito fundamental à prova, baseado nos critérios de um regime de inclusão. Tal direito abrange a possibilidade tanto da acusação quanto da defesa propor as fontes de prova e exigir a sua incorporação ao processo,

a fim de influir no convencimento do julgador (Giacomolli, 2016, n.p.).

As fontes de prova, pessoais ou reais, derivam diretamente do fato delituoso, sendo introduzidas no processo através dos meios de prova. O direito dispõe de diversos meios de prova para chegar à verdade processual, dentre eles, a prova documental, a prova testemunhal, o reconhecimento de pessoas ou coisas e a prova pericial (Lopes Júnior, 2021, n.p.).

Os meios de prova requeridos pelas partes, em regra, devem ser admitidos, exceto aqueles considerados ilícitos. A regra é pela admissibilidade dos meios de prova, concebidos a partir de um critério de inclusão. O juiz somente poderá indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, resultantes da ausência de conexão entre o fato a ser demonstrado pelo meio de prova requerido e o tema probatório (Badaró, 2018, p. 409)

Por sua vez, os meios de obtenção da prova ou meios de investigação referem-se a procedimentos, regulados por lei, para a colheita de fontes ou elementos de prova, como por exemplo, a busca pessoal ou domiciliar. A eficiência da obtenção de elementos de provas úteis depende do caráter surpresa da medida, sendo o resultado do procedimento submetido posteriormente ao contraditório (Badaró, 2018, p. 391-394).

O Código de Processo Penal, a partir do artigo 155, até o artigo 250, trata da prova no processo penal (Brasil, 1941). Algumas leis especiais também fazem referência à prova. A Lei 12.850/13, que trata da organização criminosa e da investigação criminal, prevê a colaboração premiada, a captação ambiental, a ação controlada, o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a interceptação telefônica, o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, a infiltração de agentes, dentre alguns dos meios de obtenção de prova (Giacomolli, 2016, n.p.).

O exercício do direito à prova não se restringe a obtenção, introdução e produção no processo, ela se estende até à valoração da prova, na fase decisória. Ressalvado os procedimentos do Tribunal do Júri, a prova pode ser produzida a qualquer tempo, desde que respeitado o contraditório. Contudo, o mau exercício do direito à prova pode levar a exclusão daquelas obtidas ilicitamente (Pacelli, 2018, p. 282).

O inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal estabelece os limites à produção da prova, considerando inadmissíveis àquelas obtidas por meios ilícitos (Brasil, 1988). O Código de Processo Penal, no artigo 157, reproduz a mesma vedação, prevendo o desentranhamento das provas ilícitas do processo, assim entendidas as obtidas em violação às normas constitucionais ou legais (Brasil, 1941).

A vedação das provas ilícitas atua, ao mesmo tempo, na tutela de direitos e garantias individuais, proibindo práticas abusivas para obtenção da prova, e na qualidade do material

probatório introduzido e valorado no processo. A norma assecuratória de inadmissibilidade das provas ilícitas protege os direitos e às garantias normalmente atingidos durante as diligências investigatórias, impedindo a produção probatória irregular (Pacelli, 2018, p. 283).

Importante ressaltar que a vedação da prova ilícita não ocorre somente em relação ao meio escolhido, mas também aos resultados que podem ser obtidos com a utilização de determinado meio de prova. Um meio de obtenção de prova, considerado lícito mediante autorização judicial, quando implementado sem a devida autorização, torna-se ilícito quanto aos resultados. Um exemplo dessa situação é a coleta de material genético para fins probatórios sem autorização judicial, que afeta, dentre outros direitos e garantias do investigado, a garantia contra a autoincriminação (Pacelli, 2018, p. 283).

Nesse sentido, os direitos e às garantias fundamentais do acusado atuam como obstáculo ao arbítrio estatal na busca incondicional à verdade processual. A garantia contra a autoincriminação, que abrange todos os atos processuais, permite que o investigado não participe na formação da culpa, agindo na tutela da sua integridade física (Malaquias, 2014, p. 145).

### **3.2.1 A Garantia contra a Autoincriminação**

A noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. Cabe à Constituição Federal, através das garantias e do seu conteúdo material fundado nos direitos fundamentais, suprir as lacunas das legislações infraconstitucionais, a fim de garantir a realização efetiva da igualdade, da democracia e da justiça (Streck, 2004, p. 148).

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

Amparada no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988) e na letra g do §2º do artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (Costa Rica, 1969), a garantia contra a autoincriminação permite que o acusado não participe da formação da culpa, resguardando sua integridade física e suas liberdades individuais de intimidade e privacidade (Pacelli, 2018, p. 312).

A garantia contra autoincriminação, por reclamar uma atitude omissiva por parte do Estado, que deve se abster de ingerir na esfera da autonomia pessoal e, de forma geral, no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, é entendida como uma das garantias integrantes do direito de defesa. A presunção, no caso dos direitos de defesa, deve ser em favor da sua aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível, a fim de viabilizar seu pleno exercício (Sarlet, 2006, p. 288-292).

A garantia contra a autoincriminação, no desdobramento do direito ao silêncio, permite à possibilidade do réu, no sistema acusatório, não auxiliar o juiz e o acusador na obtenção de informações sobre os fatos que constam na acusação, exonerando este do dever de lealdade no processo penal. Assim, permite uma conduta omissa do réu em relação à descoberta da verdade, cabendo somente a ele à decisão de colaborar com a investigação e fornecer sua versão dos fatos, sob pena de violação da regra constitucional (Tucci, 2009, p. 305).

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

A garantia contra a autoincriminação objetiva proteger a pessoa contra os possíveis excessos cometidos pelo Estado na persecução penal, impedindo violências físicas e morais que visam à colaboração do acusado na investigação criminal (Queijo, 2012, p. 77). Pode-se afirmar que tal garantia abarca o direito de não produzir ou colaborar na produção de quaisquer provas, até mesmo quanto à realização de exames periciais, sendo considerado um princípio internacional reconhecido para a aplicação de um processo justo (Giacomolli, 2016, n.p.).

A participação do acusado na produção da prova é possível somente em casos excepcionais, com expressa previsão legal e quando inexistir risco de afetação dos direitos fundamentais da pessoa (Malaquias, 2014, p. 164-172). A consecução da paridade de armas deve se concretizar não somente pela concessão das mesmas oportunidades formais de atuação, mas por promover o equilíbrio entre as partes decorrentes de uma posição processual desvantajosa. Não pode o Estado exigir que o acusado faça prova em seu desfavor que dependem do seu comportamento ativo (Trois Neto, 2011, p. 132).

O exercício da garantia contra a autoincriminação não pode importar no desfavorecimento do imputado, causar-lhe qualquer desvantagem ou gerar alguma repercussão positiva na apuração da responsabilidade penal (Tucci, 2009, p. 305-307). Queijo (2012, p. 313) corrobora com esse entendimento, dando ênfase ao fato de que a recusa do réu em submeter-se às provas que dependam da sua colaboração não configuram, em nenhuma hipótese, crime de desobediência ou presunção de culpabilidade.

Este também é o posicionamento de Giacomolli (2016, n.p.), que é taxativo ao afirmar que o fato de o acusado fazer uso da garantia contra a autoincriminação não pode prejudicá-lo no processo penal, seja no plano indiciário, na cognição ou na execução da pena. Tal comportamento não implica confissão, tão pouco altera o encargo probatório da acusação, não precisando o acusado dar qualquer explicação ao fato de, por exemplo, permanecer em silêncio.

Por outro lado, a Lei 12.654/12, que alterou as Leis de Identificação Criminal e de Execução Penal, resultou numa restrição à garantia contra a autoincriminação, uma vez que autoriza a extração do perfil genético do acusado. Agora, havendo necessidade para a investigação e autorização judicial, pode ser feita a extração compulsória de material genético do imputado para comprovação da autoria do crime (Lopes Júnior, 2021, n.p.).

A identificação criminal não resulta no reconhecimento da culpa ou da inocência do réu, mas sim, na correta identificação da pessoa que está sob investigação ou respondendo a processo. Inexiste, portanto, qualquer sentido para se evitar a identificação criminal, que deveria ser obrigatória, a fim de diminuir o erro judiciário e aumentar a segurança jurídica (Pacelli, 2018, p. 324).

A coleta de material biológico para obtenção de perfil genético não pode ser invalidada, sem fundamentação, sob a alegação da restrição à garantia contra a autoincriminação. A identificação criminal genética, vista como medida excepcional, controlada pela exigência de ordem judicial fundamentada, não acarreta qualquer inconstitucionalidade, desde que respeitada a proibição de ingerências abusivas, em consonância com a Constituição Federal e os Tratados Internacionais (Pacelli, 2018, p. 321).

O reconhecimento da inexistência absoluta do dever de colaborar do acusado, em todos os casos, baseado na garantia contra a autoincriminação, consagraria, fatalmente, a impunidade, impedindo o desencadeamento ou seguimento da persecução penal. Um dos critérios possíveis de ser adotado refere-se à distinção entre a cooperação ativa daquela meramente passiva, como por exemplo, no caso de coleta de sangue, o que não se confunde com a obrigação na produção de provas (Queijo, 2012, p. 364-366).

A garantia contra a autoincriminação, assim como os demais direitos e garantias constitucionais, não é absoluta, devendo qualquer restrição estar prevista em lei, sem eliminar ou afetar o conteúdo essencial do direito restringido. Nesse sentido, a regulamentação e atividade jurisdicional devem pautar-se pelos critérios da proporcionalidade ou da razoabilidade (Trois Neto, 2011, p. 102).

A persecução penal não pode ser inviabilizada pelo reconhecimento ilimitado da garantia contra a autoincriminação. Isso não resulta na colaboração inarredável do acusado em busca de uma verdade baseada no combate à criminalidade, mas a possibilidade desse princípio *prima facie*, através do princípio da proporcionalidade, ser afetado no caso concreto (Queijo, 2012, p.26).

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como alternativa metodológica para solucionar, de forma racional, a colisão de princípios. A garantia contra autoincriminação entendida no âmbito da teoria dos princípios possibilita sua otimização na maior medida possível e, dessa forma, sua coexistência com outros princípios colidentes.

### **3.2.2 O Princípio da Proporcionalidade**

Os princípios previstos na Constituição Federal não se apresentam de forma intangível, uma vez que podem sofrer limitações em decorrência um dos outros quando não for possível a realização conjunta de todos. Cada um dos princípios constitucionais deve ser submetido, no caso concreto, ao teste da proporcionalidade em relação aos demais valores constitucionais colidentes (Badaró, 2018, p. 94).

Destaca-se que o teste da proporcionalidade não autoriza a violação ou redução de princípios constitucionais. O teste consiste numa ferramenta utilizada para restringir, de forma legítima, o âmbito de proteção da norma de Direito Constitucional colidente. A garantia contra a autoincriminação, assim como os demais princípios constitucionais, não é absoluta em suas manifestações, podendo ser mitigada, de forma proporcional, quando colidir com outras normas constitucionais (Moraes, 2010, p. 502-503).

A restrição de um princípio em detrimento de outro, nos casos de colisão, é limitada pelo núcleo essencial do princípio restringido, que não pode ser afetado, sob pena de exclusão do próprio princípio (Feldens, 2012, p. 43). Dessa forma, para correta compreensão do tema, adotou-se, sem prejuízo as demais teorias, a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.



### 3.2.2.1 O modelo de regras e princípios de Robert Alexy

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

O modelo de regras e princípios constitui a base da estrutura da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, possibilitando estabelecer racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Essa distinção torna-se mais clara nos casos de conflitos de regras e colisões de princípios. No conflito de regras, caso não exista uma cláusula de exceção que elimine o conflito, uma das regras deverá ser declarada inválida. Por outro lado, na colisão de princípios, sob determinadas condições, um terá precedência em face de outro, sem que o princípio cedente tenha que ser declarado inválido (Alexy, 2008, p. 85-94).

No processo penal, à luz da teoria dos direitos fundamentais, os princípios da legalidade, do juiz natural, entre outros, configuram verdadeiras regras. Isso porque são considerados mandamentos definitivos do sistema processual, frutos de sopesamento prévio realizado pelo legislador constituinte, assegurando aos acusados um direito e ao Estado um dever definitivo na persecução penal (Badaró, 2018, p. 98).

A definição de que direitos fundamentais são princípios passíveis de colisões, tendo como resultado a ponderação racional justificada pela argumentação racional, remete ao teste da proporcionalidade, que é dividido em três princípios parciais. Os princípios parciais da adequação e da necessidade tratam das possibilidades fáticas, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito trata das possibilidades jurídicas (Gavião Filho, 2011, p. 240-241).

O juízo de adequação verifica se a intervenção de um direito fundamental promove o fim de realizar outro direito fundamental. Não exige que a medida seja efetivamente adequada a realizar o interesse que merece maior proteção, mas que seja apta a promover a sua realização. Trata-se de uma relação de causalidade entre a medida restritiva adotada e o fim a que se destina (Badaró, 2018, p. 98).

Por sua vez, o juízo de necessidade ou de intervenção mínima escolhe entre as medidas que promovem a realização de um direito fundamental, aquela que menos intervém no direito fundamental em sentido contrário. O cidadão tem direito à menor desvantagem possível entre as diversas medidas aptas a atingir a finalidade de proteção ou realização do

direito fundamental. Busca-se invadir a esfera de liberdade do cidadão o mínimo possível, considerando as medidas alternativas para se obter o mesmo fim (Badaró, 2018, p. 99).

A proporcionalidade em sentido restrito, onde se encontra a ponderação, exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A ponderação refere-se à ideia de otimização relativa das possibilidades jurídicas, formulada de acordo com a primeira lei da ponderação, que diz: quanto mais alto o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro (Alexy, 2007, p. 111).

Desse modo, é preciso verificar se as vantagens produzidas pela adoção do meio superam as desvantagens advindas da sua utilização. Para tanto, aplica-se o teste da proporcionalidade, que se apresenta como uma ferramenta metodológica que permite ao operador do direito formular julgamentos racionais sobre a intensidade das restrições e os graus de importância dos princípios.

#### *3.2.2.2 A ponderação racional*

O modelo de ponderação é alvo de diversas críticas quanto à concepção, à estrutura e à possibilidade de justificar um juízo de ponderação de maneira racional. Jürgen Habermas, um dos principais críticos da ponderação, destaca três objeções: a incomensurabilidade dos princípios, a perda da força normativa dos direitos e as sentenças irracionais (Alexy, 2007, p. 108).

A primeira objeção destaca a impossibilidade de medir os princípios de acordo com uma escala de valores. A segunda afirma que a ponderação retira a força normativa dos direitos fundamentais, reduzindo ao plano dos objetivos, programas e valores, levando, assim, a sentenças irracionais. Por sua vez, a terceira objeção diz que o direito é retirado do âmbito do válido e inválido, do correto e do falso, sendo transferido para o âmbito das ideias de conveniência e do poder discricionário, acarretando, assim, a perda da pretensão de correção (Alexy, 2007, p. 109).

A racionalidade da ponderação, segundo Robert Alexy, poderá ser alcançada de acordo com as regras da estrutura e as regras das razões. As regras da estrutura correspondem aos passos da ponderação e a atribuição de graus de intervenção em um princípio e de importância de realização em outro; enquanto as regras das razões referem-se à justificação da atribuição desses graus (Gavião Filho, 2015, p. 160).

Inicialmente, cabe destacar que a atribuição de graus de intervenção em um princípio

e de importância de realização em outro ocorre mediante a aplicação de um esquema dedutivo, relacionado ao conceito de correção, chamado de fórmula peso. O objetivo é demonstrar a determinação das intensidades de afetação e de importância de acordo com a escala tríade, que pode ser simples ou dupla, classificando as intensidades em leve, médio ou grave (Sieckmann, 2014, p. 250-251).

A primeira lei da ponderação, que se refere à ideia de otimização relativa das possibilidades jurídicas, pode ser desmembrada em três passos. O primeiro passo consiste em comprovar o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio; o segundo, em comprovar a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário; e, por fim, o terceiro, em comprovar se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro (Alexy, 2007, p. 111).

O grau de segurança para adoção de uma determinada medida, por sua vez, é verificado com a chamada segunda lei da ponderação, que diz: quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção (Alexy, 2007, p. 150). Dessa formulação, derivam as seguintes regras: quanto mais grave a intensidade da intervenção em um princípio, maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras justificadoras dessa gravidade, e quanto mais alto é a importância de realização de um princípio, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras dessa importância (Gavião Filho, 2015, p. 155-156).

Essas duas regras, que se referem aos dois primeiros passos da ponderação, estabelecem que devem ser apresentadas premissas apoiadoras tanto mais seguras quanto possível, aumentando, assim, a carga de argumentação em relação às premissas fáticas. Do terceiro passo da ponderação, resulta a regra que diz: determinado o grau de intensidade de intervenção em um princípio e o grau de importância de realização de outro princípio, eles devem ser postos em uma relação de prevalência (Gavião Filho, 2015, p. 157-159).

A regra resultante do terceiro passo da ponderação, ao comparar, no caso concreto, os graus de intervenção e importância entre os princípios colidentes, afasta uma das principais objeções do teste da proporcionalidade: a incomensurabilidade dos princípios. Dessa forma, as circunstâncias fáticas estabelecem uma relação de precedência de um princípio sobre outro, ou seja, quando da relação de precedência condicionada resulta a precedência de um princípio sobre o outro, está ordenada a consequência jurídica do princípio ganhador da primazia (Gavião Filho, 2015, p. 160).

Superadas as regras da estrutura, faz-se necessário analisar as regras que se referem à justificação da atribuição de graus de intervenção em um princípio e de importância de

realização em outro, chamadas de regras das razões. A ponderação será racional se a regra de precedência puder ser justificada por intermédio de uma argumentação racional. Para tanto, a justificação das proposições de precedências condicionadas e das regras correspondentes pode se valer de todas as regras da argumentação jurídica e do discurso prático geral (Gavião Filho, 2015, p. 161-162).

As razões da ponderação devem observar as exigências da justificação externa, referente às relações das premissas empregadas, e da justificação interna, que trata da justificação de cada uma das premissas empregadas. Os juízos de valor e de dever usados nas razões da ponderação, observadas as regras e as primazias dos argumentos jurídicos interpretativos, devem ser passíveis de universalização e saturação. Ainda, os juízos de valor e de dever usados nas razões da ponderação que se afastam das proposições dos precedentes devem ser justificados (Gavião Filho, 2015, p. 163-168).

O aplicador do direito, ao observar as regras da estrutura e as regras das razões, afasta as objeções apresentadas e alcança a racionalidade da ponderação. Nesse sentido, a garantia contra a autoincriminação, assim como os demais princípios constitucionais, pode sofrer restrições quando colidir com outras normas constitucionais, como por exemplo, o direito fundamental à segurança.

### 3.3 O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA E A PROVA GENÉTICA

A sociedade contemporânea, inserida no processo de globalização econômico, cultural e social, tem como principal característica o crescimento exponencial da tecnologia, e por consequência, dos meios (formas) de comunicação. As inegáveis facilidades trazidas pelo avanço tecnológico, nas mais diversas áreas do conhecimento, assim como aprimoraram processos, otimizaram o tempo, diminuíram o custo e aproximaram as pessoas, trouxeram novos riscos e potencializaram outros já existentes, mudando radicalmente a forma de vida da sociedade.

Com o avanço em escala global da criminalidade organizada, o respeito aos direitos individuais na persecução penal é contraposto à necessidade de se garantir a segurança da população. A tradicional função do processo penal, de limitar o exercício do poder punitivo do Estado, protegendo as liberdades individuais, cede espaço para a função de concretização da proteção dos direitos fundamentais. Assim, diante do dever objetivo de assegurar a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, impõe-se ao Estado o direito (fundamental) à segurança.

### 3.3.1 Os riscos da sociedade contemporânea

A revolução tecnológica e o processo de globalização, com o incremento de novas incertezas e instabilidades, tornaram as relações sociais contemporâneas mais complexas, fomentando uma sensação de insegurança na sociedade. Isso porque a relação entre evolução tecnológica e incrementos de riscos, nesse contexto, é inegável. Tal evolução, como não poderia ser diferente, também serve às práticas delitivas, criando novos riscos e potencializando outros já existentes (Maya, 2019, p. 55).

A sociedade contemporânea, assim entendida pós-revolução industrial, pode ser também denominada como sociedade do medo, caracterizada por uma sensação geral de insegurança. A fonte de dúvidas, incertezas e ansiedades é constituída pela própria diversidade, complexidade social e abundância informativa; que, diante da falta de critérios para verificação do que é certo ou errado, verdadeiro ou falso, trazem desinformação e insegurança para sociedade (Silva Sánchez, 2013, p. 40-41).

#### 3.3.1.1 Breves considerações sobre a sociedade de risco

Na década de 1980, Ulrich Beck denominou como sociedade de risco a complexa modernidade que estava a surgir após a revolução industrial. Para o sociólogo alemão, a sociedade, inserida num processo de globalização, com bases sólidas na indústria, na família e na religião, estava migrando para uma sociedade moderna, dinâmica e alicerçada na revolução científica (Maya, 2019, p. 53).

A sociedade de risco surge da continuidade dos processos de modernização autônoma, alheios aos seus próprios efeitos e ameaças, que dominam o pensamento das pessoas e das instituições da sociedade industrial. Esse período é marcado pelo surgimento de um novo modelo de capitalismo, influenciado pela globalização, pelo individualismo excessivo, pela escassez de recursos ecológicos e por turbulências dos mercados financeiros (Maya, 2017, p. 99).

A desincorporação das formas sociais industriais faz surgir uma nova modernidade, denominada modernidade reflexiva, relacionada à instabilidade e à imprevisibilidade proporcionada pela constante evolução do conhecimento. A modernidade reflexiva pode ser compreendida pela autoconfrontação com os efeitos da sociedade de risco que não podem ser tratados e assimilados no sistema da sociedade industrial (Beck, 1997, p.16).

Os riscos sempre estiveram presentes na sociedade, mesmo antes da revolução industrial; entretanto, estavam vinculados às causas naturais, e não às consequências e efeitos imediatos das atividades humanas. O processo de globalização fez com que a sociedade se preocupasse com os perigos e riscos advindos de uma nova dimensão global, onde as transformações constantes e os indeterminados resultados colocam em dúvida a sua capacidade de organização (Beck, 1997, p. 31).

A ideia de risco fabricado pela intervenção do homem, como resultado do avanço científico e tecnológico, em detrimento a concepção de risco externo decorrente dos perigos da natureza, é denominada por Giddens como modernidade tardia. A pretensão de utilizar a ciência e a tecnologia para controlar o futuro da humanidade potencializou, na medida das incertezas inerentes ao avanço do conhecimento, a própria existência humana (Maya, 2017, p. 99).

O conceito de sociedade de risco, cunhado por Beck, não se caracteriza pela análise do risco de forma estática ou isolada, mas pela afetação desses riscos nas relações sociais frente ao medo e à insegurança. Nesse contexto, como forma de enfrentar esses riscos, o indivíduo moderno torna-se mais individualista, rompendo com vínculos tradicionais da sociedade industrial e aproximando-se de fenômenos culturais e sociais (Beck, 1998, p. 126).

A globalização não se restringiu somente ao aspecto econômico, de eliminação de barreiras às transações comerciais e ampliação dos mercados, mas também aos aspectos da integração e da informação, como consequência da revolução tecnológica. O processo de globalização resulta no surgimento de uma nova delinquência, internacional e organizada, voltada contra os interesses financeiros da comunidade global (Silva Sánchez, 2013, p. 103).

Bauman (2008, p. 127-132) ressalta que os riscos criados e potencializados pela evolução científica disseminam na sociedade os sentimentos de insegurança e desamparo, que somados aos efeitos da globalização e da lógica capitalista, geram desemprego e violência, configurando, assim, um cenário pessimista da sociedade. De acordo com Giddens (2002, p. 21), o mundo moderno pode ser entendido como um mundo em descontrole, onde as mudanças sociais afetam mais fortemente os comportamentos dos indivíduos quando comparadas com as sociedades anteriores.

A fluidez das instituições, a inconstância das relações e a insegurança generalizada na sociedade contemporânea são características de uma modernidade líquida. As relações sociais, econômicas e de produção, são frágeis e flexíveis, refletindo no avanço crescente da criminalidade e da insegurança, característicos da sociedade de consumo. Neste cenário,

constata-se a transição de uma modernidade pesada e sólida para uma modernidade leve e líquida, muito mais dinâmica (Bauman, 2008, p. 133).

No século XXI, com a ampliação do alcance da internet, o avanço dos meios de comunicação e a massificação das redes sociais, a sociedade torna-se globalizada economicamente, socialmente e culturalmente (Maya, 2019, p. 55). Castells (1999, p. 67-70) denomina esse fenômeno como sociedade em rede, ou sociedade da informação, cuja complexidade está relacionada ao uso da tecnologia no contexto social, político e econômico, mas agora, em escala global.

A evolução tecnológica não ocorre de forma isolada, ela depende de diversos fatores que propiciam a interatividade entre os sistemas de inovação, capazes de gerar a troca de ideias, de problemas e de possíveis soluções. A globalização permite que as aplicações da tecnologia sejam usadas fora dos seus limites tecnológicos, possibilitando, através das modificações e atualizações, na sua inovação (Castells, 1999, p. 73).

É inegável que as novas tecnologias trazem efeitos positivos quanto ao crescimento econômico e à qualidade de vida das pessoas. Contudo, a população experimenta uma crescente dificuldade de adaptação diante das sociedades que se encontram em constante aceleração, com o aumento da complexidade e a diminuição dos prazos para tomada de decisão (Silva Sánchez, 2013, p. 42).

A revolução das comunicações potencializa a sensação de insegurança frente ao domínio do curso dos acontecimentos. Isso porque a informação, frequentemente, apresenta-se de modo contraditório, sem estabelecer critérios claros para sua verificação, impedindo qualquer juízo de certeza sobre os fatos (Silva Sánchez, 2013, p. 43).

O meio ambiente, com a evolução do processo de produção de bens, o sistema econômico-financeiro, em face da revolução da internet e dos meios de comunicação, dentre outros riscos, são potencializados pelo desconhecimento dos efeitos dessas ameaças e pela exploração desses riscos por parte da imprensa e das redes sociais. A paz pública, diante dos crimes cibernéticos e das novas ferramentas à disposição do crime, também se depara com a potencialização e o surgimento de riscos (Maya, 2019, p. 55).

A criminalidade, com o avanço da tecnologia, passa a adotar novos instrumentos para produzir resultados efetivamente lesivos às pessoas, fazendo com que surjam novas modalidades delitivas. A vinculação do progresso técnico com o desenvolvimento da criminalidade organizada, que opera internacionalmente, constitui um novo risco para a sociedade e o Estado (Silva Sánchez, 2013, p. 36).

As novas técnicas utilizadas pelo crime organizado nas condutas delitivas tornaram as ações mais rápidas, quase instantâneas, dificultando a investigação criminal. Esses novos riscos, que atingem diretamente o Direito Penal, advindos do desenvolvimento tecnológico, geram uma sensação de incerteza na sociedade, exigindo novos mecanismos no combate da criminalidade (Silva Sánchez, 2013, p. 37-38).

A implementação de mecanismos processuais aptos a propiciar um resultado eficaz, com respeito aos direitos e garantias fundamentais, é uma exigência da sociedade contemporânea. Os crimes praticados por organizações criminosas se caracterizam pela eliminação das provas que possam levar a elucidação dos fatos. A necessidade e a obrigação de tutela penal exigem métodos de investigação adequados a essa formatação social, sem as quais a persecução penal não será efetiva (Maya, 2019, p. 60).

O Estado, diante desse cenário, de incertezas e instabilidades advindas da revolução tecnológica, da informação e do processo de globalização, com a pretensão de propiciar mais segurança, busca dar mais eficiência à persecução penal; expandindo, assim, o Direito Penal.

### *3.3.1.2 A expansão do Direito Penal e o Direito Fundamental à Segurança*

O aumento descontrolado da população e sua desordenada concentração urbana estão entre as consequências indesejáveis da sociedade industrial. Esse cenário, somado a marginalização de grandes contingentes populacionais, o estímulo ao consumo por meios eletrônicos de comunicação e a exploração política da miséria configuram o cenário propício para a propagação da violência (Moreira Neto, 1991, p. 137).

A sociedade contemporânea é marcada por um período de incerteza, insegurança e risco. Cabe ao Estado a proteção objetiva de riscos e perigos efetivos relacionados à segurança externa, advindos das ameaças estrangeiras, e à segurança interna, provenientes das ameaças existentes dentro do território nacional. Isso não significa que o Estado deva se abster em relação ao sentimento de insegurança dos cidadãos; pelo contrário, tem o dever de esclarecer a população, a fim de afastar o perigo real ou esclarecer suas dimensões verdadeiras (Baltazar Júnior, 2010, p. 188).

A resposta imediata do Estado frente ao surgimento de novos riscos e potencialização de outros, com a pretensão de estabelecer uma sensação de maior segurança, em regra, se dá pela expansão do Direito Penal. A criação de novos dispositivos legais visa contemplar fatos até então não abarcados pelo Direito Penal; que, inseridos numa sociedade



da informação, ganham relevância e importância em grande velocidade, criando expectativas na sociedade (Maya, 2019, p. 56).

Por sua vez, a expansão do controle penal não ocorre somente mediante a criação de novos bens jurídico-penais, mas também pela ampliação dos espaços de riscos jurídicos penalmente relevantes, pela flexibilização das regras de imputação e pela relativização dos princípios políticos criminais de garantia. Nas últimas décadas, o princípio da intervenção mínima, essência do modelo garantista, vem perdendo espaço para uma demanda social de mais proteção frente ao surgimento de novos riscos (Silva Sánchez, 2013, p. 26-27).

Dessa forma, o Direito Penal, com a necessidade da prevenção e da tutela antecipada, passa a tipificar condutas que atentam contra bens coletivos, adotando, preferencialmente, delitos de perigo abstrato. Na busca de uma maior efetividade da intervenção penal, ocorrem significativas mudanças no sistema de responsabilização, flexibilização de garantias materiais e processuais, preferências por normas penais em branco, inclinação pela política da tolerância zero, aumento de leis de emergência e leis com viés securitário (Faria Costa, 2010, p. 60).

No Brasil, nas últimas décadas, com o advento da Lei 12.850/2013, que trata das organizações criminosas e dos meios de obtenção de prova, aliado ao incremento dos institutos da colaboração premiada, do acordo de leniência e do acordo de não persecução penal, ocorreu uma “aceleração” da persecução penal quanto ao enfrentamento dos crimes de lavagem de dinheiro, empresariais e praticados contra a administração pública. E justamente, por tentar acompanhar a velocidade em que os delitos são praticados, num contexto de prevenção frente aos novos riscos, é que ocorre a flexibilização tanto das regras de Direito Penal quanto de Processo Penal (Maya, 2019, p. 57-59).

A Constituição Federal, nos artigos 5º e 6º, inseridos no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, traz a segurança, no seu aspecto formal, com um dos direitos fundamentais. Estabelece, ainda, expressamente no artigo 144, que a segurança pública é um dever do Estado e um direito e responsabilidade de todos, a fim de garantir a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio (Brasil, 1988).

A sociedade, beneficiária da segurança pública, também é responsável por ela, devendo colaborar, sempre que possível, com a investigação criminal, compartilhando informações e realizando denúncias, que podem ser anônimas, das mais diversas práticas delitivas. Contudo, a segurança não se restringe a perspectiva limitada e restritiva de direitos e garantias, como instrumento de polícia. O núcleo axiológico da segurança, prevista na Constituição Federal de 1988, assentada na democracia e na promoção dos direitos

fundamentais, traz a segurança como um direito fundamental que garante o exercício dos demais direitos e garantias dos cidadãos (Romão, 2020, p. 168).

Os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que constituem limites à persecução penal, são fontes da sua legitimação. A segurança é um bem jurídico que condiciona o exercício dos direitos fundamentais, abrangendo a esfera de proteção tanto dos direitos individuais, como a liberdade, a integridade corporal e a propriedade; quanto dos direitos coletivos, como o meio ambiente, a ordem econômica e a paz (Baltazar Júnior, 2010, p. 187).

Contudo, o direito à segurança não se limita a função de proteger e garantir outros direitos, ele conforma e condiciona o exercício de direitos fundamentais, garantindo a proteção de direitos materiais e o livre desenvolvimento da personalidade humana. Assim, o direito à segurança, que também abrange a segurança jurídica, assume uma perspectiva tanto formal quanto material de direito fundamental, intitulado direito fundamental à segurança (Lorenzoni, 2019, p. 77).

O direito fundamental à segurança, baseado na dignidade da pessoa humana, entendida como limite e tarefa do Estado e da população, é próprio do Estado Democrático de Direito. O conteúdo objetivo dos direitos fundamentais permite a elaboração de deveres de proteção penal por parte do Estado. A proteção não ocorre somente no nível normativo, mas também efetivo, de realidade contra agressões de terceiros, os quais, também são titulares de direitos fundamentais que devem ser protegidos (Sarlet, 2015, p. 56).

O processo penal, assim como visa garantir os direitos dos sujeitos processuais contra as ingerências do Estado, objetiva assegurar a efetividade da tutela penal. Diante dos novos riscos e a potencialização de outros, baseado no dever constitucional de proteção, cabe ao Direito Penal a modernização quanto aos mecanismos de prevenção e repressão das práticas delitivas que ofendem bens jurídicos complexos (Fischer; Pereira, 2018, p. 72).

A proteção dos direitos fundamentais e a aplicação da lei penal não são incompatíveis. O Estado, incumbido do dever de proteção, utiliza tanto o Direito Penal quanto o Direito Processual Penal como recurso para a proteção dos direitos fundamentais. Ao restringir a liberdade do réu ou do investigado, visando garantir o direito à segurança, o Estado também garante os direitos fundamentais das vítimas, que podem, no caso de omissão, serem violados (Baltazar Júnior, 2010, p. 212).

A persecução penal, utilizada pelo Estado como resposta frente aos riscos novos e potencializados da sociedade contemporânea, advindos do processo de globalização e da evolução constante da tecnologia e dos meios de comunicação, necessita adequar-se ao novo formato do chamado “mundo moderno”, sob risco de não ser efetiva. O Direito Penal pode, e

deve, fazer uso dos avanços científicos para responder as práticas delitivas de alta velocidade, inseridas num contexto social globalizado e de relações sociais complexas.

### **3.3.2 Os avanços científicos e a prova penal genética**

O avanço da ciência e as alterações ocorridas na Lei de Identificação Criminal aprimoraram as técnicas de investigação. Com o advento da Lei 12.654/12, o perfil genético passou a ser considerado uma das formas possíveis de identificação criminal. A individualização da conduta certa e determinada, através da identificação genética, pode configurar prova contundente da infração penal.

As alterações ocorridas na Lei de Identificação Criminal aprimoraram as técnicas de investigação. O perfil genético coletado de uma pessoa, como forma de identificação criminal, ao ser comparado com materiais genéticos deixados no local de um determinado crime, pode configurar, colecionados aos demais indícios e informações existentes no processo, uma prova consistente de autoria (Pacelli, 2018, p. 321).

A identificação genética não se restringe à acusação, podendo a defesa requerer a identificação criminal como forma de afastar a responsabilidade criminal do imputado. O réu, embora sujeito de direitos e não mero objeto do processo, deve suportar certas intervenções corporais com finalidades probatórias. A garantia contra autoincriminação deve ser entendida no âmbito da teoria dos princípios, a fim de possibilitar sua otimização na maior medida possível (Pacelli, 2018, p. 315).

Nesse sentido, importante verificar como são compreendidas a identificação criminal e a prova genética no ordenamento jurídico brasileiro, bem como quais as formas previstas na legislação para a coleta e armazenamento de perfil genético.

#### ***3.3.2.1 A identificação criminal***

A identificação criminal é entendida como a reunião de informações válidas e confiáveis que permitem individualizar uma determinada pessoa submetida à persecução criminal (Lopes Júnior, 2021, n.p.). A Constituição Federal, no inciso LVIII do artigo 5º, inseriu, como direito individual, a inviabilidade de se proceder à identificação criminal da pessoa civilmente identificada, salvo nas hipóteses previstas em lei (Brasil, 1988).

A Lei 12.037/09, que dispõe sobre a identificação criminal, nos seus artigos 1º e 5º, prevê que as pessoas que não apresentem identificação civil, submetidas à persecução penal,

serão identificadas através dos processos datiloscópico e fotográfico. A identificação civil, conforme disposto no artigo 2º da referida lei, restará atestada mediante a apresentação da carteira de identidade, carteira de trabalho, carteira profissional, passaporte, carteira de identificação funcional ou outro documento que permita sua identificação (Brasil, 2009).

De acordo com o artigo 3º da Lei 12.037/09, somente será admitida a identificação criminal da pessoa civilmente identificada por aspectos intrínsecos dos documentos apresentados (relacionados à rasura, falsificação, insuficiência de informações, estado de conservação ou distância temporal ou da localidade da expedição), pela existência de informações conflitantes entre os documentos apresentados, pelo uso de nomes e qualificações diferentes constante nos registros policiais, ou, ainda, mediante autorização judicial, quando for essencial às investigações policiais (Brasil, 2009).

A Lei 12.654/12, contudo, que prevê a coleta de material genético como forma de identificação criminal, alterou a Lei 12.037/09, que disciplina a identificação criminal, e a Lei 7.210/84, que regula a execução penal (Brasil, 2012). No que se refere à identificação criminal, a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético poderá ocorrer, mediante autorização judicial, quando for essencial às investigações, conforme previsto no parágrafo único do artigo 5º da Lei 12.037/09 (Brasil, 2009).

O requisito legal de ser essencial às investigações somente restará atendido quando o pedido estiver devidamente fundamentado, além de demonstrado, no caso concreto, a impossibilidade de obter a prova da autoria de outro modo, constituindo a coleta de material genético a *ultima ratio* do sistema. A coleta de material genético para fins probatórios pode ocorrer em virtude da investigação da prática de qualquer delito, não existindo um rol de crimes estabelecido para este fim (Lopes Júnior, 2021, n.p.).

Em razão da coleta de material genético reportar restrição aos direitos fundamentais do acusado, a autorização judicial torna-se indispensável, devendo o juiz decidir de forma fundamentada, ponderando e justificando a necessidade e adequação da medida. Isso porque a restrição à garantia contra a autoincriminação e a esfera de privacidade do acusado não podem ser vistas como uma banalização da intervenção corporal (Lopes Júnior, 2021, n.p.).

A coleta de material genético prevista no artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, incluído pela Lei 12.654/12, teve sua redação alterada pela Lei 13.964/19, conhecida como pacote anticrime (Brasil, 2019). A nova redação estabelece que o condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, de forma obrigatória, à identificação do perfil genético (Brasil, 1984). Nestas hipóteses, a extração de DNA

ocorrerá quando do ingresso do condenado no estabelecimento prisional, sem necessidade de autorização judicial, tendo como único requisito legal a natureza do crime objeto da condenação (Lopes Júnior, 2021, n.p.).

A identificação criminal por perfil genético, portanto, possui duas finalidades distintas. Enquanto a coleta de material genético prevista na Lei de Identificação Criminal possui um fim probatório, destinado a servir de prova num caso concreto; a coleta na Lei de Execução Criminal representa uma obrigação para os condenados nos crimes previstos no artigo 9º-A, destinada a alimentar o banco de dados de perfis genéticos, e assim, servir de prova para qualquer investigação criminal, inclusive àquelas sem indícios de autoria (Pacelli, 2018, p. 321).

Nesse contexto, a identificação genética apresenta-se como uma das formas possíveis de identificação criminal da pessoa a quem se imputa um delito. Na hipótese de a investigação criminal encontrar material genético nos vestígios existentes no local do crime, que exija a prova genética, a identificação criminal genética do acusado será indispensável.

### *3.3.2.2 A prova genética*

A integração dos conhecimentos disponibiliza formas de produção probatória essenciais para que o grau de certeza da decisão criminal resulte na redução do erro judiciário. Esses meios de obtenção de prova, para que sejam utilizados no processo, devem ser sempre submetidos aos princípios do processo penal e analisados, especialmente, sob o viés do princípio da dignidade humana (Guedes; Felix, 2014, p. 173).

A prova pericial é uma prova técnica que pretende certificar a existência de fatos cuja certeza se dá a partir de conhecimentos específicos. Apesar de não existir uma hierarquia de provas, o próprio processo penal exige, diante do seu aspecto garantista, a necessidade de uma preocupação maior com uma especificidade da prova para comprovação de determinados fatos (Pacelli, 2018, p. 280).

A exigência da prova técnica ocorre quando existir determinado elemento do crime que só possa ser provado através da utilização de um meio de conhecimento técnico. Isso não significa na consagração da certeza científica, mas no reconhecimento de que determinados meios de prova, embora previstos expressamente em lei, são incapazes de gerar a certeza mais segura em relação a fatos específicos (Pacelli, 2018, p. 281).

As provas periciais, inclusive as provas genéticas, serão sempre provas relativas, não existindo valor decisivo ou necessariamente de maior prestígio que as outras. A perícia

não configura a materialidade do delito, constitui, na verdade, uma porção do tipo penal, esclarecendo aspectos relacionados à sua autoria (Lopes Júnior, 2021, n.p.).

O exame de DNA tem caráter subsidiário à investigação criminal, uma vez que, por si só, a coincidência de perfis genéticos não equivale à culpabilidade do acusado. O convencimento do juiz deve ocorrer em conjunto com as demais provas do processo, a fim de complementar as circunstâncias fáticas não trazidas pela prova genética (Ruiz, 2016, n.p.).

A prova pericial demonstra apenas o grau de probabilidade de um aspecto do delito, não se confunde com a prova de toda a complexidade que constitui o fato. A compatibilidade do perfil genético do acusado com o material genético encontrado no local de um crime de homicídio, por exemplo, comprova apenas que o acusado esteve no local dos fatos. A prova de que o acusado matou a vítima deve ser obtida através de outros instrumentos probatórios (Lopes Júnior, 2021, n.p.).

Outra questão fundamental a ser enfrentada pela investigação criminal, no caso de compatibilidade genética, é verificar o nexo causal. O conjunto de provas deverá esclarecer as circunstâncias que resultaram na identificação do material genético no local do crime, a fim de evitar a responsabilização penal indevida, baseada unicamente na prova genética (Lopes Júnior, 2021, n.p.).

O juiz não está vinculado ao laudo, podendo recebê-lo ou refutá-lo, no todo ou em parte. Caso contrário, o julgador seria um mero homologador de laudos, o que é incompatível com o devido processo penal. Apesar da prova genética, em razão do seu caráter científico, exercer papel relevante na formação da convicção do julgador, não possui supremacia jurídica sobre os demais meios de prova (Lopes Júnior, 2021).

Nos últimos anos, ocorreu grande avanço nas técnicas para mapear e sequenciar o genoma humano, o que possibilitou a tipagem do DNA e a consequente identificação de pessoas (Medeiros, 2009, p.7). O desenvolvimento das tecnologias sobre o genoma humano, no âmbito do processo penal, apresenta resultados positivos quanto à identificação de vítimas e de autorias delitivas (Callegari; Wermuth; Engelmann, 2012, n.p.).

O DNA – ácido desoxirribonucleico – foi utilizado pela primeira vez no ano de 1986, na Inglaterra, na identificação de um homicida que vitimou e violentou duas moças. Na oportunidade, três mil e quinhentos homens aceitaram submeter-se ao exame de DNA, tendo o homicida, após apresentar um amigo no seu lugar para realizar o exame, sido devidamente identificado. Posteriormente, o exame de DNA passou a ser utilizado amplamente na Europa e nos Estados Unidos, tanto pela acusação quanto pela defesa. No Brasil, sua utilização passou a ser corriqueira, principalmente nos exames de paternidade, a partir do final da década de

1990 (Queijo, 2012, p. 292-293).

A estrutura do DNA – composta por cerca de três bilhões de nucleotídeos ligados uns aos outros, e formada por uma escada espiralada com corrimões de fosfato e sacarose e degraus composto pelas bases de adenina, timina, guanina, citosina, unidas por pontes de hidrogênio, dispostas em um eixo central – proporciona, por meio da análise dos cromossomos, a identificação segura dos portadores das células selecionadas. Tais combinações repetidas em cada célula darão as características próprias de cada pessoa, as quais são imutáveis por toda a vida (Medeiros, 2009, p. 13).

O DNA permite identificar a quem pertence o sangue, o sêmen, os ossos, os dentes, os órgãos, os pêlos, os cabelos, a urina, a saliva e outros fluidos corpóreos, bem como as características individuais genéticas de cada pessoa. Cada célula tem no seu núcleo exatamente a mesma sequência de DNA, o que permite que as características genéticas de cada pessoa possam ser estudadas a partir de qualquer tipo de material biológico, de qualquer parte do seu corpo (Machado; Silva; Amorim, 2010, p. 538).

A evolução técnica da análise do DNA, ocorrida nas últimas décadas, permite extrair com precisão a identificação das pessoas, bem como definir a quem pertence determinado material genético que possa ser utilizado com prova (Medeiros, 2009, p. 15). O código genético de cada indivíduo, com exceção dos gêmeos idênticos e univitelinos, é geneticamente diferente do outro. A identificação genética do ser humano é estável, ou seja, sua individualidade biológica é permanente. Tal premissa permite afirmar que cada pessoa é representada de forma exclusiva através de seu DNA e na igualdade e invariabilidade deste em todas as células do organismo ao longo de sua vida (Ruiz, 2016, n.p.).

A introdução da ferramenta RFLP (*restriction fragment length polymorphism*) possibilitou a identificação humana com maior poder individualizador. A descoberta do DNA genômico de sequências hipervariáveis, VNTRs (*variable number tandem repeats*) e, posteriormente, em unidades menores de repetições STRs (*shorts tandem repeats*), permitiu que o exame de DNA pudesse ser realizado com quantidades ínfimas de qualquer material biológico, permitindo, assim, melhores resultados na amplificação dos fragmentos de DNA presentes em materiais degradados (Medeiros, 2009, p. 13-15).

Existe, ainda, a análise seriada da expressão gênica SAGE (*serial analysis of gene expression*), criada em 1995, que possibilita uma ampla visão da atividade gênica em sua totalidade com apenas uma pequena amostra biológica (Ruiz, 2016, n.p.). A técnica mais utilizada pelo corpo médico forense é STR (*shorts tandem repeat*), que, por ser automatizada e ter grande poder de discriminação, permite a análise de amostras degradadas. Por sua vez, o

PCR (*polymerase chain reaction*), responsável pelo processo pelo qual as células replicam seu DNA, viabiliza análises pormenorizadas (Medeiros, 2009, p. 78).

O perito forense, ao realizar o exame de DNA, deve ter à sua disposição o mapa genômico, a amostra devidamente acondicionada e preservada, com a indicação da sua natureza e o local onde foi coletada; para, assim, realizar comparações e chegar às conclusões que interessam o conjunto probante. Na comparação entre DNAs de duas pessoas, analisam-se somente as regiões chamadas de marcadores genéticos, sendo escolhidas àquelas que apresentam maior variação individual e facilidade de estudo (Medeiros, 2009, p. 44).

De acordo com o teorema de *Bayes*, geralmente utilizado pelo perito forense como critério de valoração estatística e de probabilidade, o cálculo de culpabilidade ou inocência deve considerar também a frequência que os marcadores genéticos analisados estão presentes na população em geral, para estabelecer a frequência dos fenótipos dos diferentes marcadores nos numerosos grupos da população. Dessa forma, o juiz poderá analisar o laudo pericial criticamente, verificando a porcentagem de identificação da pessoa questionada (Ruiz, 206, n.p.).

O DNA não é tão deteriorável como as marcas deixadas pelas digitais, que podem ser parciais ou não identificáveis, sendo objeto de análise até mesmo o corpo carbonizado ou mumificado (Ruiz, 2016, n.p.). Apesar de ser um vestígio biológico, o DNA é considerado pelos peritos forenses um dos exames periciais mais seguros e completos (Medeiros, 2009, p. 74).

Dentre algumas características importantes de serem destacadas está o fato de o DNA manter-se em perfeitas condições mesmo sob efeito do calor de até 100° C. O disparo de arma de fogo, apesar de breve, expõe o cartucho a altas temperaturas, capaz de degradar o DNA extensivamente. Contudo, as atuais tecnologias permitem que os perfis de DNA sejam obtidos a partir das células deixadas nos cartuchos quando a arma de fogo foi municada (Medeiros, 2009, p. 74).

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

As evidências existentes na cena do crime sempre são de grande valia para a investigação criminal. A grande dificuldade encontrada na análise de vestígios biológicos trata-se da preservação da amostra. A coleta de DNA deve ser realizada pelo menor número



de pessoas, a fim de evitar a contaminação por mistura biológica. Dentre os procedimentos a serem adotados, destaca-se a utilização de um par de luvas para cada vestígio, o acondicionamento individual e em recipientes adequados, a redução do contato direto com as evidências e a não utilização de formol, fixador, reagente químico ou reveladores nocivos àquela substância armazenada (Medeiros, 2009, p. 76).

A prova pericial genética, ao apontar o autor certo da infração penal, sem qualquer duplicidade, evita que o inocente reste processado, condenado e punido no lugar do culpado. Dessa forma, a coleta de material genético apresenta-se como um dos meios mais eficazes para identificação tanto de pessoas quanto de vestígios vinculados aos locais e objetos de interesse da investigação, tornando-se uma ferramenta fundamental no combate as práticas delitivas de alta velocidade.

### **3.3.3 A coleta de perfis genéticos**

As intervenções corporais, como no caso da coleta de DNA, afetam, em certa medida, a inviolabilidade pessoal, devendo sua aplicação submeter-se às exigências extremamente rígidas. É necessário, além da expressa previsão legal e do controle judicial, comprovar a necessidade de realização do exame pericial, que pode ocorrer pela complexidade do crime ou pela impossibilidade de obtenção de outras provas (Pacelli, 2018, p. 315).

Atualmente, as provas genéticas desempenham papel fundamental no procedimento investigatório, sendo decisivas no momento de definir ou excluir a autoria de um delito. Não existe qualquer óbice quanto à coleta de amostras de sangue, cabelos, pelos ou outras células corporais que se encontram no próprio local dos fatos, nas vestes da vítima ou em outros objetos ali dispensados (Medeiros, 2009, p. 83).

Em razão do avanço da tecnologia de coleta de perfis de DNA, poucas células são suficientes para se obter o perfil genético, podendo derivar, por exemplo, da saliva, do suor ou do sêmen encontrados nos objetos relacionados ao crime. Contudo, a eficácia da prova genética está condicionada a comparação entre o material genético encontrado nos vestígios do crime com aquele a ser proporcionado pelo acusado (Lopes Júnior, 2021, n.p.).

Nesse sentido, faz-se necessário verificar as diferentes formas de obtenção do perfil genético do acusado, direitas e indiretas, bem como o entendimento jurisprudencial sobre o tema.

### *3.3.3.1 A coleta consentida do perfil genético do acusado, o mandado de busca e apreensão domiciliar com finalidade genética e a coleta do perfil genético de parente em primeiro grau do acusado*

A forma de obtenção do perfil genético do acusado que apresenta o entendimento mais pacífico na doutrina e na jurisprudência é, sem dúvida, aquela resultante do consentimento do acusado em fornecer seu DNA, permitindo a intervenção corporal como conteúdo de autodefesa (Lopes Júnior, 2021, n.p.). A intervenção corporal consentida é mais amplamente aceita em virtude de o acusado ter disponibilidade sobre o seu corpo, não existindo obstáculos para a intervenção corporal, desde que realizada de maneira ínfima e sem danos (Ruiz, 2016, n.p.).

A prática da coleta de perfil genético consentida é comum nos casos em que o acusado objetiva trazer ao processo provas da sua inocência, fornecendo, assim, seu material biológico. Apesar do consentimento do acusado em fornecer seu material genético, é imperativo que este seja claramente informado a respeito de suas garantias processuais, como a garantia contra autoincriminação, sob pena da prova ser considerada ilícita (Ruiz, 2016, n.p.).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem adotado esse entendimento. Na Apelação Criminal n.º 70074377102, julgada pela Sétima Câmara Criminal, referente ao crime de estupro de vulnerável, os Desembargadores acordaram, à unanimidade, em afastar a preliminar suscitada pela defesa quanto à nulidade do processo-crime resultante da coleta de material genético com o consentimento do acusado. A controvérsia refere-se ao fato de o réu ter sido conduzido pelos agentes da Superintendência de Serviços Penitenciários – SUSEPE para realizar o exame de coleta de DNA, sem que lhe fosse perguntado se queria realizá-lo, violando, segundo a defesa, o princípio da garantia contra a autoincriminação (Brasil, TJ-RS, Sétima Câmara Criminal, 2017).

O Desembargador Relator José Conrado Kurtz de Souza ressaltou a admissibilidade de todos os meios de prova no processo penal, desde que não contrários à lei, à moralidade e à dignidade da pessoa humana. Destacou que em virtude de o réu ter autorizado, por meio de documento assinado, a coleta do seu material genético para a realização do exame de DNA, inexistiu qualquer violação a garantia contra autoincriminação (Brasil, TJ-RS, Sétima Câmara Criminal, 2017).

Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado. Os Ministros da Quinta Turma, à unanimidade, negaram provimento ao Recurso Ordinário em Habeas Corpus

n.º 69.127-DF, interposto contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que condenou o réu pelos crimes de estupro e de tentativa de estupro. Nas razões, a defesa alegou que o exame de DNA realizado consistiu em prova ilícita, devido ter sido coletado sem a intimação prévia do advogado do recorrente. A tese defensiva, por sua vez, não foi acolhida (Brasil, STJ, Quinta Turma, 2016).

O Ministro Relator Félix Fischer argumentou que o recorrente autorizou a realização do exame. Ressaltou, ainda, que com o advento da Lei 12.654/12, passou a ser admitida a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, seja durante as investigações, para apurar a autoria do delito, seja quando o réu já tiver sido condenado por algum dos crimes definidos pela legislação (Brasil, STJ, Quinta Turma, 2016).

Em decisão recente, os ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, denegaram o Habeas Corpus n.º 651.424-BA, impetrado pela defesa visando ao trancamento da ação penal. A defesa sustentou que o perfil genético do paciente, compatível com as amostras de sangue encontradas no veículo utilizado no cometimento dos crimes de homicídio qualificado e duplo homicídio tentado, foi obtido através da coleta não consentida e sem autorização judicial do seu material genético (Brasil, STJ, Sexta Turma, 2022).

A Ministra Relatora Laurita Vaz afirmou que não há ilicitude na prova produzida a partir do material genético do paciente, tendo em vista que antes da coleta o réu assinou o termo de consentimento livre e esclarecido, tendo anuído com a coleta de amostras de sangue e saliva, sendo prescindível autorização judicial. Ademais, existindo nos autos elementos probatórios suficientes sobre os indícios de autoria, notadamente, diante da prova técnica que atesta a compatibilidade do perfil genético e os vestígios encontrados no interior do veículo, inexistente a possibilidade de trancamento da ação penal (Brasil, STJ, Sexta Turma, 2022).

Diante da dificuldade de realizar a coleta consentida do material genético do acusado, apontada como necessária pela investigação preliminar, a autoridade policial poderá representar ao Poder judiciário pela expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar com finalidade genética. A medida visa à apreensão de objetos que possam conter amostras de DNA do acusado, normalmente encontradas em objetos de uso pessoal e de higiene, como roupas e escovas de dente (Lopes Júnior, 2021, n.p.).

Cabe à autoridade policial, no cumprimento do mandado de busca e apreensão, identificar a quem pertence cada um dos objetos apreendidos, a fim de possibilitar, posteriormente, a identificação dos materiais genéticos ali encontrados. Contudo, tal medida será insuficiente caso a investigação criminal não comprove que o objeto apreendido contendo amostras de DNA foi usado pelo acusado. A comprovação, a depender do caso

concreto, poderá ocorrer através de fotos, vídeos, redes sociais, depoimentos de amigos e familiares, dentre outras formas (Lopes Júnior, 2021, n.p.).

O laudo pericial, nessa hipótese, por tratar-se de uma coleta indireta, responderá somente quanto à possível compatibilidade existente entre o material genético encontrado nos objetos apreendidos durante o cumprimento do mandado de busca e aquele encontrado no local do crime ou em outro objeto relacionado à prática delitiva. Os peritos, em face da ausência do DNA do acusado, não podem fazer qualquer afirmação que vincule o seu perfil genético aos materiais genéticos encontrados nos objetos apreendidos na sua residência (Lopes Júnior, 2021, n.p.).

Outra possibilidade de coleta, diante da ausência de amostra do DNA desprendida do corpo do acusado, trata-se da coleta do material genético de uma terceira pessoa, alheia às investigações. Imprescindível, diante do objetivo da coleta, que este terceiro seja parente em primeiro grau do acusado, em razão da semelhança hereditária carregada nos genes, a fim de surtir interesse na investigação criminal para a indicação ou não da autoria de determinado delito (Ruiz, 2016, n.p.).

Nesse caso, o laudo pericial indicará a probabilidade da existência do vínculo genético testado através de cálculos estatísticos de possível compatibilidade genética entre a linha paterna ou materna do periciado ou periciada e o material genético encontrado no local do crime ou em outro objeto relacionado à prática delitiva. Assim, no caso de compatibilidade do perfil de cromossomo “Y”, os peritos podem afirmar que o acusado, seus filhos homens, seu avô e todos ascendentes e descendentes da linha paterna tem o DNA compatível com o material genético questionado. O mesmo vale em relação à linha materna, com a utilização de DNA mitocondrial (Ruiz, 2016, n.p.).

Nesse contexto, cabe à investigação criminal, através dos demais meios de prova, identificar, dentre as pessoas que apresentam compatibilidade genética com o material genético questionado, àquela que é a autora do fato investigado. Contudo, na hipótese da recusa do parente do acusado em realizar a coleta do perfil genético, não cabe qualquer imposição de medida coercitiva, mesmo que importe na única medida capaz de esclarecer a autoria do delito (Ruiz, 2016, n.p.).

### *3.3.3.2 A coleta não autorizada do perfil genético do acusado*

O legislador, através da Lei 12.654/12, estabeleceu a possibilidade de coleta do perfil genético sem o consentimento do acusado. A coleta não autorizada do DNA do acusado como

elemento probatório, através da intervenção corporal, sem dúvida, é uma das formas mais controversas de obtenção do perfil genético (Lopes Júnior, 2021, n.p.).

No ano de 2014, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no Habeas Corpus n.º 70061747622, enfrentou essa questão, fundamentando a decisão através da aplicação do princípio da proporcionalidade. O paciente, que responde pelo crime de homicídio, requereu a suspensão da eficácia da decisão que determinou sua condução compulsória ao Posto Médico Legal para coleta do seu perfil genético. O objetivo da coleta era realizar, posteriormente, o confronto do perfil genético do acusado com o material genético encontrado junto ao corpo da vítima (Brasil, TJ-RS, Primeira Câmara Criminal, 2014).

O Desembargador Relator Jayme Weingartner Neto argumentou que a identificação criminal através da coleta de material biológico, quando essencial às investigações policiais, pode ser aplicada ao caso. A medida gera tensão, no caso concreto, do direito à intimidade, do direito à liberdade, do direito à intangibilidade corporal e da garantia contra a autoincriminação com o direito fundamental à segurança, o dever de proteção geral do Estado, a persecução penal e a tutela jurisdicional adequada (Brasil, TJ-RS, Primeira Câmara Criminal, 2014).

O Relator, no seu voto, ao aplicar o princípio da proporcionalidade, analisou os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. O subprincípio da adequação restou devidamente atendido, sendo a prova pretendida apta a gerar maior segurança quanto à autoria delitiva. Contudo, devido ao réu estar preso em razão do material probatório já presente nos autos, evidenciou-se a existência de outros meios menos gravosos de alcançar o objetivo da persecução penal (Brasil, TJ-RS, Primeira Câmara Criminal, 2014).

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em sopesar o grau de intervenção na esfera íntima do acusado, a gravidade do delito e os resultados alcançados, também não foi contemplado, inexistindo, para sua aferição, qualquer informação nos autos acerca do procedimento a ser utilizado para coleta do material genético. Os Desembargadores acordaram, à unanimidade, por confirmar a liminar e conceder a ordem. Portanto, a coleta de material genético do acusado de forma compulsória, apesar de possível, não passou no filtro da proporcionalidade (Brasil, TJ-RS, Primeira Câmara Criminal, 2014).

Entretanto, existem decisões do próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul posicionando-se pela autorização da coleta compulsória do material genético do acusado. No Habeas Corpus n.º 70076369479, julgado pela da Sétima Câmara Criminal, a

defesa alegou que o encaminhamento do paciente ao Instituto Geral de Perícias para coletar DNA, contra sua vontade, com o fim de produção de provas, é flagrantemente inconstitucional, violando o direito ao silêncio. O acusado teve a prisão preventiva decretada pela prática dos delitos, em tese, de estupro e de roubo majorado (Brasil, TJ-RS, Sétima Câmara Criminal, 2018).

O Desembargador Relator Ivan Lemar Bruxel argumentou que o direito do réu a não se autoincriminar não pode ser tomado de forma absoluta, devendo ser ponderado com outros valores tutelados pelo Estado. A coleta de DNA se apresenta como prova que exige colaboração passiva do paciente, a qual preserva sua integridade física e respeita o primado da dignidade humana, não sendo alcançada pelo *nemo tenetur se detegere* (Brasil, TJ-RS, Sétima Câmara Criminal, 2018).

De acordo com o Relator, trata-se da colisão dos direitos fundamentais da integridade física do investigado, através de procedimento minimamente invasivo, e do direito social à persecução penal e à paz social, decorrentes do interesse público na busca da verdade e na garantia da ordem pública. Ao aplicar o princípio da proporcionalidade, no caso concreto, verificou-se que o sacrifício imposto à integridade física era mínimo, enquanto o fundamento autorizador apresentou-se como de extrema relevância social. A ordem foi denegada por maioria dos votos (Brasil, TJ-RS, Sétima Câmara Criminal, 2018).

Por sua vez, no ano de 2022, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus n.º 162.703-RS, acordaram, à unanimidade, dar provimento ao recurso interposto pela defesa que sustentava à nulidade do processo em razão da coleta compulsória de material biológico do paciente e da inclusão das suas informações no Banco Nacional de Perfis Genéticos, por força da *decisum* sem fundamentação idônea e da prerrogativa de o suspeito não produzir prova contra si (Brasil, STJ, Sexta Turma, 2022).

O Ministro Relator Rogério Schietti Cruz argumentou que uma das limitações à busca da verdade na persecução penal é a impossibilidade de se obrigar ou induzir o acusado a colaborar com a averiguação das próprias condutas e cooperar com sua incriminação. O princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, tutela a integridade física do acusado (Brasil, STJ, Sexta Turma, 2022).

O Relator ressaltou que não foram indicadas minimamente as razões pelas quais é necessária à coleta do perfil genético do acusado, tampouco restou demonstrada a existência de dados coletados em cenas de crime que viabilizariam o confronto com os perfis dos suspeitos, não tendo vislumbrado, portanto, a utilidade da medida na investigação em trâmite ou em futuras. Ademais, além de não haver proporcionalidade na medida, não há sentença

contra o recorrente, dúvida acerca da identificação do investigado ou comprovação de que a identificação genética do recorrente é essencial para a investigação criminal (Brasil, STJ, Sexta Turma, 2022).

A coleta não autorizada do perfil genético do acusado, apesar de não estar pacificada na jurisprudência, tem encontrado abrigo em algumas decisões judiciais, principalmente, quando fundamentadas através da aplicação do princípio da proporcionalidade. No entanto, nas hipóteses em que a coleta do perfil genético não estiver prevista em lei e o acusado se negar a fornecer seu material biológico, a prova constituída da extração compulsória será considerada ilícita (Beck; Ritter, 2015, p. 335).

### *3.3.3.3 A coleta dos materiais genéticos encontrados nos objetos apreendidos nos atos de polícia judiciária*

A obtenção de material genético poderá ocorrer também de forma indireta, quando a autoridade apreende um objeto que fora descartado espontaneamente pelo acusado. Não se trata do material recolhido na cena do crime, mas de DNA obtido, por exemplo, através de uma cusparada ou da saliva encontrada na bituca de um cigarro. Nessa hipótese não há qualquer afronta a autoincriminação ou a presunção de inocência, podendo estas evidências, se comparadas aos materiais genéticos encontrados no local do crime, configurar uma prova relevante no convencimento judicial (Medeiros, 2009, p. 81-82).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem se posicionado. No julgamento do recurso de Apelação Criminal n.º 70071800981, interposto pelo Ministério Público, que requereu a anulação da sentença absolutória do juízo *a quo* e a condenação do réu pelo crime de latrocínio, os Desembargadores da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado acordaram, à unanimidade, que, no caso concreto, não houve qualquer ato que pudesse implicar na afetação dos direitos intransponíveis do acusado (Brasil, TJ-RS, Oitava Câmara Criminal, 2017).

A discussão, no mérito, tratava-se do exame pericial realizado em duas baganas de cigarro descartadas pelo acusado no interior da Delegacia, que permitiram a confrontação do material genético com o tecido sanguíneo que corresponde a achado pericial oriundo da porta de entrada da residência da vítima. A defesa sustentou a nulidade do laudo pericial sob o argumento da ofensa ao princípio *nemo tenetur se detegere* (Brasil, TJ-RS, Oitava Câmara Criminal, 2017).

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

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

A coleta de materiais genéticos dispensados ou descartados pelo acusado não necessita de autorização judicial. A prova que porventura vier a ser constituída, após ser comparada com as amostras questionáveis do local do crime, será considerada válida, não resultando na afronta dos direitos e garantias constitucionais do indivíduo, nem mesmo na invasão da esfera da intimidade ou da vida privada do acusado (Ruiz, 2016, n.p.).

A polícia judiciária, em alguns casos, para evitar a coleta coercitiva de material genético do acusado, utiliza-se de algumas estratégias, como por exemplo, arrecadar um cigarro ou um copo com água utilizado pelo acusado que está sendo interrogado. Tal iniciativa visa obter seu material genético através da saliva, a fim de ser analisado posteriormente pelos peritos forenses (Ruiz, 2016, n.p.).

No Habeas Corpus n.º 354.068-MG, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a defesa sustentou que a prova pericial genética, produzida nos autos da ação penal que apura os crimes de extorsão, estupro, homicídio e ocultação de cadáver, carece de licitude. De acordo com a tese defensiva, a coleta indireta do perfil genético, extraído do material encontrado no copo e na colher de plásticos supostamente utilizados pelo paciente no interior da unidade de custódia, foram obtidos de forma clandestina e sem autorização, agredindo seu direito à intimidade (Brasil, STJ, Quinta Turma, 2018).



O Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca ressaltou que o material biológico obtido pela autoridade policial, após o descarte de um copo e uma colher de plásticos, para que o Estado identifique a autoria delitiva, não viola o direito à intimidade. O paciente, no momento em que dispensou o copo e a colher, deixou de ter o controle sobre o que outrora lhe pertencia, não podendo evitar o conhecimento de terceiros (Brasil, STJ, Quinta Turma, 2018).

O Estado, como titular do *jus puniendi*, na busca da verdade, respeitando os direitos e garantias fundamentais, tem o dever de arrecadar os vestígios do crime. Em que pese a não concordância do paciente na coleta do material biológico, o exame de DNA é permitido mesmo sem o seu consentimento quando o objeto investigado já está fora de seu corpo e foi abandonado por seu titular (Brasil, STJ, Quinta Turma, 2018).

O recolhimento do material genético do paciente não ocorreu à força, uma vez que o copo e a colher de plásticos utilizados pelo paciente já haviam sido descartados. Com efeito, o material genético não foi recolhido de forma clandestina, deixando ao material biológico de fazer parte do corpo do acusado, passando a se tornar objeto público. A Quinta Turma, à unanimidade, não conheceu do pedido (Brasil, STJ, Quinta Turma, 2018).

A coleta de material biológico de um cigarro utilizado e dispensado tão somente por iniciativa do acusado pode, no caso concreto, atender as exigências dos subprincípios da proporcionalidade. Essa situação assemelha-se a hipótese da coleta de materiais genéticos dispensados ou descartados pelo acusado, que prescinde de autorização judicial e não afronta à esfera da intimidade ou à garantia contra autoincriminação (Ruiz, 2016, n.p.).

Isso não significa que o Estado está autorizado a ludibriar o acusado. É necessário analisar se a obtenção do perfil genético, durante os atos de polícia judiciária, foi precedida de algum comportamento ardil dos agentes públicos. A conduta ativa da autoridade ao oferecer qualquer objeto para o acusado, ou obrigá-lo a utilizá-lo, de forma premeditada, com o fim específico de obter o seu perfil genético, importa na ilicitude da prova (Ruiz, 2016, n.p.).

O resultado da coleta de material biológico obtido através da conduta ativa da polícia judiciária, mesmo sem expressa vedação legal, configura violação aos direitos do acusado, sendo dever do Estado adverti-lo quanto ao alcance das suas garantias, em especial, a não autoincriminação. O princípio da proporcionalidade, nessa hipótese fática, não pode ser aplicado. A estratégia de enganar o acusado quanto ao objetivo da realização da perícia, evidentemente, não atende ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, bem como está em desacordo com o devido processo legal (Ruiz, 2016, n.p.).

As amostras de saliva, sangue, urina, cabelo ou outros tecidos orgânicos coletados em objetos descartados pelo acusado, de acordo com a doutrina e jurisprudência, não encontra

qualquer óbice quanto a sua utilização como prova no processo penal. A dissonância no entendimento ocorre nas hipóteses em que o acusado for obrigado ou induzido a utilizar os objetos que contenham seu perfil genético, principalmente, no que tange a violação do direito a ampla defesa e a garantia contra a autoincriminação (Beck; Ritter, 2015, p. 335).

Contudo, para elaboração dos laudos periciais de compatibilidade ou incompatibilidade genética, é necessário fazer uso do banco de dados genético para armazenar as informações tanto de perfis genéticos coletados quanto de materiais genéticos identificados nos vestígios das práticas delitivas.

### **3.3.4 O banco de dados de perfis genéticos**

O banco de dados de perfis genéticos é constituído por um conjunto de impressões digitais do DNA destinado à identificação e individualização das pessoas que contém os dados nele armazenados. A partir das sequências de DNA armazenadas no banco de dados, é possível afirmar com probabilidade extremamente alta que uma amostra biológica se originou de determinada pessoa (Suxberger; Furtado, 2018, p. 813).

O Banco Nacional de Perfis Genéticos, instituído pelo Decreto n.º 7.950/13, tem por objetivo armazenar os dados de perfis genéticos coletados para subsidiar as investigações criminais. O Decreto, além de criar o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, dispõe sobre a composição e o funcionamento do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (Brasil, 2013).

O controle do Banco Nacional de Perfis Genéticos compete ao Poder Executivo. O Ministério Público, a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil e a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa podem participar das reuniões do Comitê Gestor, sem direito a voto. O Comitê é responsável por padronizar procedimentos e técnicas de coleta, análise, manutenção e armazenamento dos dados de perfil genético inseridos da Rede Integrada; além de promover a coordenação das ações dos órgãos gerenciadores de banco de dados de perfis genéticos e a integração dos dados nos âmbitos da União, dos Estados e do Distrito Federal (Beck; Ritter, 2015, p. 329).

No ano de 2009, através de um termo de compromisso, o FBI disponibilizou para o Brasil o *software Combined ADN Index System – CODIS*, programa de gerenciamento de perfis genéticos, desenvolvido pelo FBI em parceria com quatorze laboratórios especialistas em questões forenses. Em 2010, o Instituto Nacional de Criminalística oficializou a utilização do CODIS, instalando quinze laboratórios estaduais, um laboratório federal e dois bancos de

dados genéticos nacionais, um para fins criminais e outro para encontrar pessoas desaparecidas. A estrutura de laboratórios e bancos nacionais de perfis genéticos compõe a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (Corazza; Carvalho, 2014, p. 425).

As informações armazenadas nos bancos estaduais de perfis genéticos devem ser sincronizadas às do Banco Nacional de Perfis Genéticos. A troca de informações entre os bancos nacionais e internacionais, por sua vez, ocorre por intermédio da Organização Internacional de Polícia Criminal, a Interpol (Corazza; Carvalho, 2014, p. 426).

O perfil genético armazenado no banco de dados constitui-se de uma parte das informações contidas na amostra de DNA, extraídas de regiões denominadas não codificantes, ou seja, não revelam as características físicas ou de saúde do periciado, podendo ser utilizado somente para sua individualização. Contudo, para alguns biólogos, o avanço da ciência está caminhando para descobrir características fenotípicas do indivíduo a partir de regiões não codificantes do DNA (Suxberger; Furtado, 2018, p. 814).

Nesse sentido, o parágrafo 1º do artigo 5º-A da Lei 12.037/09 estabelece que os perfis genéticos armazenados no banco de dados devem revelar somente a determinação de gênero dos periciados, sendo vedada a identificação dos traços somáticos ou comportamentais, assegurando o direito à intimidade (Ruiz, 2016, n.p.). Importante ressaltar que o Banco Nacional de Perfis Genéticos é constituído apenas de informações codificadas virtualmente, não contendo o material biológico coletado, como no caso dos biobancos de sangue, sêmen, tecidos e órgãos (Suxberger; Furtado, 2018, p. 814).

Os perfis genéticos armazenados no Banco Nacional são aqueles coletados conforme o disposto no inciso IV do artigo 3º da Lei 12.037/09 e artigo 9º-A da Lei 7.210/84 (Brasil, 2018). Por sua vez, a exclusão de perfis genéticos ocorre de acordo com o artigo 7º-A da Lei 12.037/09, quando o réu for absolvido ou, em caso de condenação, mediante requerimento, decorridos vinte anos do cumprimento da pena (Brasil, 2009).

O armazenamento dos dados de perfil genético obtido em razão da identificação criminal, quando essencial às investigações, exige autorização judicial. No caso dos condenados por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, o armazenamento prescinde de autorização judicial, ocorrendo a extração do DNA, e posterior inserção dos dados, quando do ingresso no estabelecimento prisional (Guedes; Felix, 2014, p. 164).

A Lei 12.654/12, que prevê a coleta de perfil genético, não estabeleceu a forma e o procedimento para a extração de material biológico quando o acusado não consentir com a

coleta; tampouco definiu a espécie de material a ser coletado: saliva, sangue, cabelo ou outro material genético (Guedes; Felix, 2014, p. 165-166). O tema, contudo, foi disciplinado através da Resolução n.º 9/2018, do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Dados de Perfis Genéticos, do atual Ministério da Justiça e Segurança Pública (Brasil, 2018).

A Resolução n.º 9/2018 padroniza os procedimentos relativos à coleta obrigatória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção de perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. As coletas obrigatórias, assim entendidas, são àquelas realizadas em conformidade com o disposto no inciso IV do artigo 3º da Lei 12.037/09 e artigo 9º-A da Lei 7.210/84. Tal previsão é reforçada pelos artigos 3º e 4º da referida resolução (Brasil, 2018).

O artigo 2º Resolução n.º 9/2018, em consonância com os direitos e garantias do acusado, estabelece que a coleta obrigatória de material biológico se dará de forma adequada e indolor. A metodologia deve ser a coleta de células da mucosa oral, sendo vedada a extração de sangue. Em caso de recusa, o artigo 8º da resolução em comento prevê que o fato seja consignado em documento próprio, assinado pela testemunha e pelo responsável pela coleta. A recusa deverá ser comunicada a autoridade judiciária competente, a fim de que decida sobre a submissão do acusado à coleta compulsória ou a outras providências que atendam à obrigatoriedade prevista na Lei 12.654/12 (Brasil, 2018).

Outro aspecto importante refere-se à forma de coleta do DNA, que pode ser realizada de maneira invasiva, como por exemplo, nos exames de sangue, ou não invasiva, através dos fios de cabelo. De acordo com a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, a obtenção do DNA através da saliva, realizada por meio da coleta de células bucais por *swabs* orais, bem como dos resquícios de materiais genéticos encontrados nos objetos dispensados pelo acusado, são consideradas formas não invasivas (Queijo, 2012, p. 294-296).

Após coletados, os dados passam a integrar, de forma sigilosa, o Banco Nacional de Perfis Genéticos. As autoridades policiais, mediante autorização judicial, com objetivo de instruir determinada investigação criminal, podem acessar o Banco Nacional de Perfis Genéticos para comparar os perfis ali cadastrados com os materiais genéticos encontrados no decorrer da investigação policial (Guedes; Felix, 2014, p. 161).

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

banco de dados (Medeiros, 2009, p. 53).

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

Como forma de ilustrar a importância da coleta de DNA para identificação das pessoas, bem como do armazenamento de perfis genéticos coletados em banco de dados próprio, resultado do constante avanço científico e tecnológico, cabe destacar, brevemente, sem a pretensão de realizar um estudo comparado ou defender a adoção de determinado modelo, os sistemas de armazenamento de alguns países.

Nos Estados Unidos, o *software Combined ADN Index System* – CODIS, o mesmo programa de gerenciamento de perfis genéticos utilizado no Brasil, conecta as bases de dados de todos os estados americanos a uma rede de computadores nacional. A Quarta Emenda exige que buscas e apreensões de maneira em geral sejam justificadas por uma causa provável e autorizadas por mandado judicial. A polícia normalmente obtém as amostras de DNA com o consentimento do suspeito ou mediante ordem judicial (Suxberger; Furtado, 2018, p. 820).

Em Portugal, no ano de 2008, criou-se o banco de perfis de DNA para fins de identificação cível e criminal. A inclusão de perfis de DNA no banco de dados ocorre de forma voluntária ou decorrente de ordem judicial, no caso de condenação superior a três anos de reclusão. Na Espanha, as amostras biológicas somente serão colhidas quando se tratar de delitos graves, definidos em lei, ou nos casos de criminalidade organizada; dependendo, a coleta do perfil genético do investigado, de autorização judicial motivada (Suxberger; Furtado, 2018, p. 821-822).

No Reino Unido, a polícia coleta aproximadamente trinta mil amostras de DNA todos os meses de locais ou suspeitos de crimes, independente da sua relevância para a investigação. No final do ano de 2011, o banco de dados, denominado *UK National Criminal Intelligence DNA Database*, criado em 1995, continha cerca de cinco milhões de perfis genéticos armazenados, que passam a integrar o registro criminal daquelas pessoas *ad eternum*. De acordo com os dados criminais de 2005, do Reino Unido, a média mensal de compatibilidade genética entre as coletas de amostras de DNA encontradas nos locais de crime e os perfis genéticos armazenados no banco de dados é de 40% (Schicchet, 2012, p. 37).

No Brasil, as formas previstas de coleta de perfil genético para armazenamento e confrontação compromete a eficácia do sistema. O Banco Nacional de Perfis Genéticos jamais cumprirá seu objetivo de subsidiar as investigações criminais se sua alimentação depender da voluntariedade da entrega de material genético por parte dos imputados ou de buscas e apreensões para a coleta de amostras biológicas dos investigados (Suxberger; Furtado, 2018, p. 818-819).

Isso posto, é inegável que o banco de dados de perfis genéticos auxilia na identificação de pessoas e na constituição da prova, principalmente de casos complexos, contribuindo para evitar um dos principais problemas no processo penal, o erro judiciário. Por outro lado, o armazenamento de dados somente de um grupo de pessoas, de forma seletiva, conforme veremos a seguir, mostra-se incompatível com o princípio da presunção de inocência.

## 4 PROVA GENÉTICA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presunção de inocência, em atenção à universalidade dos direitos fundamentais e a complementariedade com o direito à igualdade, estabelece que todos os sujeitos imputáveis, ao serem atingidos pelos atos persecutórios estatais, tornam-se titular do chamado “estado de inocência”. A presunção de inocência, que veda o tratamento do imputado como culpado antes dos efeitos da condenação transitar em julgado, também proíbe o tratamento motivado pelo que a pessoa é ou foi no passado, sem qualquer relação com o fato investigado.

A prova genética apresenta-se como um dos meios mais eficazes de redução das incertezas quanto à autoria delitiva. Dessa forma, ao limitar o número de pessoas atingidas pelos atos persecutórios estatais, viabiliza o pleno exercício da norma de tratamento àquelas que não restariam alcançadas pela persecução penal. Ademais, produzida de forma lícita e com elementos incriminadores, possibilita ao julgador formar sua convicção e decidir de forma motivada, atendendo, assim, tanto a norma probatória quanto a norma de juízo.

### 4.1 A IMPOSSIBILIDADE DO CADASTRO GENÉTICO DE CONDENADOS

Os condenados por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, quando do ingresso no estabelecimento prisional, serão submetidos de forma obrigatória à identificação criminal por perfil genético, conforme dispõe o artigo 9º-A da Lei 7.210/84 (Brasil, 1984). Isso leva ao entendimento que se a pessoa for condenada por um dos crimes previstos no referido dispositivo legal, provavelmente, segundo viés criminológico, voltará a delinquir (Moraes, 2010, p. 487).

O parágrafo 2º do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal estabelece que a autoridade policial, federal ou estadual, poderá acessar o banco de dados de perfis genéticos, desde que instaurado inquérito policial e acompanhado de autorização judicial. Assim, investigações criminais sem indícios suficientes de autoria direcionarão os atos persecutórios estatais primeiramente para as pessoas que possuem cadastro no banco de dados de perfis genéticos, no caso, àquelas condenadas pelos crimes elencados no *caput* o referido artigo (Brasil, 1984).

Tal previsão normativa, que visa a solucionar casos sem indícios de autoria, parte da premissa de que pessoas condenadas por determinados crimes estão mais propensas a delinquir, dando-lhes tratamento motivado pelo que a pessoa fez no passado, sem guardar relação com as investigações futuras que, porventura, tiverem seus perfis genéticos

comparados. O direcionamento da persecução penal, sem vinculação com os indícios e as provas constantes nos autos, baseado tão somente no passado do imputado, viola a norma de tratamento da presunção de inocência (Moraes, 2010, p. 487).

No ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal, através do tema 905, reconheceu a repercussão geral da alegação de inconstitucionalidade do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, introduzida pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes específicos. No Recurso Extraordinário n.º 973.837, o recorrente, condenado por crimes praticados com violência contra a pessoa e por crimes hediondos, insurge-se contra a inclusão e manutenção de seu perfil genético em banco de dados, sob a alegação de violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se autoincriminar (Brasil, STF, 2016).

O Ministro Relator Gilmar Mendes, na sua manifestação, diante da questão constitucional apresentar relevância social e jurídica, votou por reconhecer a repercussão geral. De acordo com o Ministro, a inclusão e a manutenção do perfil genético de condenados em banco de dados estatal não são aceitas, de forma unânime, como compatíveis com os direitos de personalidade e as prerrogativas processuais consagrados na Constituição Federal. Ademais, argumentou que não há na Lei 12.654/12 previsão quanto à eliminação de perfis genéticos coletados como consequência da condenação. Não ocorreu, até a conclusão da presente pesquisa, o julgamento do mérito do tema 905 da repercussão geral (Brasil, STF, 2016).

Por outro lado, a Lei 13.964/19, conhecida como pacote anticrime, dentre outras modificações na legislação penal e processual penal, alterou o disposto no artigo 7º-A da Lei 12.037/09, que trata da identificação criminal. A atual redação prevê a exclusão de perfis genéticos do banco de dados quando o réu for absolvido ou, em caso de condenação, mediante requerimento, decorridos vinte anos do cumprimento da pena (Brasil, 2019).

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n.º 1.0024.07.521170-6/005, decidiu, por maioria de votos, pela constitucionalidade do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal. O Desembargador Edilson Olímpio Fernandes, Relator para o acórdão, fundamentou a decisão sob o argumento que a coleta de DNA representa grande avanço científico e consequente segurança na identificação das pessoas, não comprometendo o princípio constitucional da presunção de inocência, porquanto já foi reconhecida a culpabilidade do acusado em decisão transitada em julgado (Brasil, TJ-MG, Órgão Especial, 2017).

No ano de 2018, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus n.º



407.627-MG, impetrado pela defesa para impedir a coleta compulsória do DNA do apenado, que foi deferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, após interposição do Agravo em Execução pelo Ministério Público, não reconheceu qualquer ilegalidade no ato. O Ministro Relator Felix Fischer, em decisão monocrática, destacou que não desconhece a repercussão geral do Recurso Extraordinário n.º 973.837, que ainda não teve o mérito julgado; entretanto, não há ordem de suspensão de processos que versam sobre o tema, inexistindo qualquer óbice à aplicação do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal (Brasil, STJ, 2018).

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

Os ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente, no julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 675.408-MG, impetrado pela defesa visando à reconsideração da decisão que obriga o apenado a fornecer seu material genético, negaram, à unanimidade, provimento ao recurso. A defesa argumentou que a obrigação da coleta, pelo simples fato de o apenado estar sob custódia do Estado, viola seu direito à autodefesa e a não autoincriminação (Brasil, STJ, Quinta Turma, 2022).

O Ministro Relator João Otávio de Noronha afirmou que é entendimento assente daquela Corte Superior a constitucionalidade do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, que prevê expressamente que os condenados pelos crimes previstos na legislação em comento serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração do DNA. Os ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jesuino Rissato acompanharam o voto do Relator (Brasil, STJ, Quinta Turma, 2022).

A decisão do Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 675.408-MG encontra guarida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que tem se posicionado de forma favorável a submissão do condenado à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, nas hipóteses trazidas pelo artigo 9º-A da Lei de Execução Penal. Tal entendimento tem sido reiterado por aquela Corte, tanto em decisão monocrática, Habeas Corpus n.º 758.646-RS, 2022/0229641-9, Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 16 de agosto de 2022 (Brasil, STJ, 2022); quanto em decisão do colegiado, Habeas Corpus n.º 536.114-MG, 2019/0290604-2, Sexta Turma, julgado em 04 de fevereiro de 2020 (Brasil, STJ, Sexta

Turma, 2020).

O Superior Tribunal de Justiça, nos julgados que tratam das alterações da Lei 12.654/12, que introduziu o artigo 9º-A na Lei de Execução Penal, tem reafirmado que a coleta obrigatória de DNA dos condenados não compromete os princípios constitucionais inscritos na Constituição Federal. O entendimento majoritário é no sentido de que a coleta de material genético dos condenados é realizada quando o agente já teve reconhecida a culpabilidade em decisão transitada em julgado, não afetando o princípio da presunção de inocência; e traz segurança quanto à identificação das pessoas, o que não acarreta qualquer restrição ao princípio da não autoincriminação.

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

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

Destarte, apesar da maior parte das decisões das Cortes Superiores, até o momento, posicionarem-se pela constitucionalidade do artigo 9º-A da Lei de Execução Criminal, é válido o argumento de que a coleta e o armazenamento de perfis genéticos, de forma obrigatória, somente das pessoas condenadas por determinados crimes, acabam por etiquetá-las. Isso porque o Direito Penal primeiro irá direcionar todo o aparato estatal da persecução penal àquelas pessoas que possuem material genético armazenado no banco de dados (Guedes; Felix, 2014, p. 164).

A Teoria do Etiquetamento ou do *Labeling Approach* surgiu nos Estados Unidos na

década de 1960 e marcou a passagem da criminologia liberal para a criminologia crítica. Para os adeptos dessa teoria, o comportamento desviante, entendido como consequência de uma reação social, deve ser rotulado como tal. O crime é relacionado com uma etiqueta atribuída a diversas pessoas através do processo de criminalização e da reação social provocada por esse rótulo. O criminoso, diante do processo de construção social, é fruto de um decurso de etiquetamento social, baseando o sistema de combate à criminalidade numa perspectiva seletiva e punitivista (Baratta, 2002, p. 159-161).

A visão de que o “mal do crime” está inserido na pessoa, em razão dos seus atos passados, busca justificar a substituição do estado de inocência por uma espécie de presunção de culpa; o que é incompatível, inclusive na fase investigatória, com os princípios que regem a atual Constituição Federal. Essa é à base da ideia de periculosidade, pela qual se busca evitar o cometimento de novos crimes (Zaffaroni, 2007, p. 111).

A vinculação da obrigatoriedade da coleta com a natureza do crime objeto da condenação remete a uma “presunção de periculosidade” de todos os autores de determinados tipos penais abstratos. Ainda, faz com que a pessoa passe do estado de inocência para o estado de suspeição, impedindo seu retorno à condição de cidadão que já cumpriu em toda a extensão a sanção que lhe foi imposta (Lopes Junior, 2021, n.p.).

A instituição de um cadastro genético somente das pessoas condenadas por determinados crimes evidencia o caráter estigmatizante da medida, o que acirra o processo de seletividade do processo penal. Além disso, viola o direito do cidadão, após o cumprimento da sua pena, respeitada as regras da reincidência, de retornar ao estado pleno de inocência (Pacelli, 2018, p. 322-323).

A condenação penal não pode ser entendida como uma mácula jurídica que afete a plena aplicação da presunção de inocência, que deve estar presente em todas as fases da persecução penal: investigatória, instrutório-judicial, recursal e revisional. O estado de inocência do cidadão deve pautar todas as persecuções penais, independente das condenações anteriores (Moraes, 2010, p. 489-490).

A quebra de inocência de um processo não reflete seus efeitos em outro, nem diminui o âmbito de sua concretude. O ser humano não pode ser instrumentalizado pelo processo penal ou tratado como objeto. O imputado, em atenção aos direitos fundamentais, é sujeito do processo, dotado de direitos autônomos, como o respeito à dignidade humana e a ampla defesa (Giacomolli, 2016, n.p.).

A coleta de perfil genético com a finalidade de obrigação para os condenados nos crimes previstos no artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, destinada a alimentar o banco de

dados de perfis genéticos, transcende o direito fundamental à segurança, sendo incompatível com o princípio da presunção de inocência e com o próprio Estado Democrático de Direito. Por outro lado, a coleta destinada a identificação genética para fins probatórios, realizada mediante decisão judicial fundamentada, sendo a medida considerada, no caso concreto, adequada, necessária e proporcional, mostra-se um instrumento de extrema relevância na efetividade da tutela penal (Pacelli, 2018, p. 322).

Nesse contexto, não se pode admitir que a persecução penal seja recrudescida em relação às pessoas condenadas que foram cadastradas no banco de dados genético, em desfavor das quais o Estado se voltará com mais rigor. Contudo, a tendência de considerar algumas pessoas ou categorias delas como fontes de perigo, aspecto reconhecidamente importante, não deve resumir as discussões acerca da adoção ou não do banco de perfis genéticos (Callegari; Wermuth; Engelmann, 2012, n.p.).

A eficácia do Banco Nacional de Perfis Genéticos depende da sua alimentação com o maior número possível de perfis de DNA, assim como ocorre no caso das impressões digitais latentes. Entretanto, diferentemente das impressões digitais, que se referem à identificação civil, a coleta e o armazenamento de perfis genéticos podem ocorrer somente quando a identificação criminal do imputado for essencial às investigações ou, ainda, de forma obrigatória para os condenados nos crimes previstos no artigo 9º-A da Lei 7.210/84.

A implementação efetiva do Banco Nacional de Perfis Genético, com os devidos cuidados técnicos na coleta, preservação e cadeia de custódia das amostras, qualifica a investigação criminal. A utilização de soluções tecnológicas, compatíveis com o ordenamento jurídico, auxiliam as investigações de crimes complexos e de difícil elucidação, qualificando a persecução penal; não somente para obter condenações, mas também para evitar condenações injustas.

O controle dos dados constantes no banco de dados genético, de forma segura e restrita quanto às informações nele armazenadas, que auxilie na constituição de provas, principalmente em casos complexos, pode concretizar a presunção de inocência de pessoas que, na ausência da prova genética, poderiam ser alcançadas pela persecução penal.

#### 4.2 A REDUÇÃO DE INCERTEZAS INERENTES À AUTORIA E A CONCRETIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

As normas constitucionais fundamentais, como a presunção de inocência, vinculam a todos os cidadãos, que devem cumpri-las independentemente de serem agentes públicos ou

privados. É claro que policiais, promotores de justiça, defensores públicos, magistrados e auxiliares da justiça são revestidos do dever funcional de proteção da presunção de inocência. Entretanto, os demais cidadãos, principalmente aqueles que guardam relação pessoal ou profissional com o tema, como familiares e profissionais de mídia, também devem respeitá-la com a mesma intensidade (Moraes, 2010, p. 481-482).

A imputação penal em face do cidadão, entendida como um juízo de atribuição de algo a alguém, ocorre a partir de um ato estatal, como por exemplo, um mandado de intimação ou um depoimento. Apesar da intimação e o depoimento serem considerados atos de menor intensidade no processo penal; a sociedade, a família e a mídia extraem desse ato juízo de atribuição de uma prática delitiva à pessoa intimada ou àquela que prestou depoimento (Moraes, 2010, p. 492).

A norma de tratamento deve ser respeitada tanto pelos agentes públicos quanto privados, os quais possuem o dever de respeitar o estado de inocência do cidadão em todas as fases da persecução penal. Não se pode permitir que as pessoas extraiam dessa exposição midiática juízo de atribuição quanto à prática de um crime por parte do imputado (Moraes, 2020, p. 507).

A indevida transmissão pela mídia dos atos persecutórios perpetrados em desfavor do imputado configura grave violação à garantia da presunção de inocência. A exposição para um número indeterminado de pessoas das medidas estatais aplicadas acarreta desrespeito à norma de tratamento, assumindo o imputado uma imagem de culpado perante a sociedade. A divulgação realizada pela mídia deveria restringir-se ao fato ocorrido, sem identificação da pessoa, durante todo procedimento inquisitório (Vieira, 2003, p. 175).

Nesse sentido, visando assegurar o cumprimento das regras de tratamento, o artigo 3º-F do Código de Processo Penal prevê que o juiz de garantias deverá impedir o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos de imprensa para explorar a imagem do preso, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal. O parágrafo único do referido dispositivo estabelece, ainda, que as autoridades deverão regulamentar o modo que as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão transmitidas à imprensa (Brasil, 1941).

No dia 24 de agosto de 2023, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6298, 6299, 6300 e 6305, decidiu, à unanimidade, dentre outras questões, declarar a constitucionalidade do artigo 3º-F do Código de Processo Penal. Também à unanimidade, atribuíram interpretação ao parágrafo único do artigo 3º-F do Código de Processo Penal para assentar que a divulgação de informações sobre a realização da prisão

e a identidade do preso pelas autoridades policiais, Ministério Público e magistratura deve assegurar a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa presa (Brasil, STF, 2023).

Em contrapartida, a publicidade plena dos atos processuais, excetuada pelo interesse público e pela defesa da intimidade, está diretamente ligada aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência. Trata-se de uma garantia das garantias, que possibilita as partes e a sociedade o controle quanto à legitimidade das decisões judiciais (Ferrajoli, 2002, p. 492).

A publicidade dos atos processuais dá transparência ao processo penal, permitindo a verificação da isenção do julgador, do tempo de duração do processo, do contraditório e da ampla defesa. Ademais, propicia à sociedade a percepção da funcionalidade das investigações e dos julgamentos dos processos criminais (Giacomolli, 2016, n.p.).

O desconhecimento da existência do processo e dos seus atos é característico de Estados autoritários, uma vez que possibilita esconder as arbitrariedades do exercício do poder. A publicidade dos atos processuais confere transparência e reconhecimento popular quanto à sua correção e razoabilidade, sendo fundamental para sua legitimidade (Badaró, 2018, p. 75-76).

No procedimento inquisitório, diferentemente da fase processual, o sigilo dos atos deve ser preservado em razão da eficácia das investigações, não de forma absoluta, mas na medida necessária para completa apuração dos fatos. Ademais, em razão do caráter preliminar das investigações, a publicidade dos atos persecutórios pode acarretar graves danos tanto ao imputado, com a violação da norma de tratamento, quanto à vítima (Mendes, 2008, p. 503).

A publicidade externa dos atos processuais, entretanto, não se confunde a sua vinculação para atender aos interesses midiáticos de exploração da imagem da vítima ou do imputado. Apesar de a regra ser a publicidade, a comunicação do processo a terceiros encontra limites na própria Constituição Federal. A publicidade deve ser compatível com os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (Giacomolli, 2016, n.p.).

O que importa ao Estado de Direito é que a prática delitiva está sendo apurada. Há de ser evitada a funcionalidade negativa da publicidade ao imputado, não sendo permitida a publicização de atos processuais com divulgação da situação do réu cuja compreensão do senso comum é de que ele é culpado antes da sentença condenatória, afetando seu estado de inocência (Giacomolli, 2016, n.p.).

As afetações aos direitos e garantias fundamentais são inerentes à persecução penal, principalmente, na fase investigatória. Os direitos e garantias do imputado restam restringidos

diante dos diversos meios de prova previstos no processo penal. E, justamente, para evitar possíveis abusos e excessos estatais na busca da chamada verdade processual, a proteção constitucional volta-se a favor do imputado (Badaró, 2018, p. 391-394).

Dentre os meios de prova disponíveis, a prova pericial, em especial a prova genética, assume local de destaque na persecução penal. Não somente na busca da verdade processual, mas também na concretização do princípio da presunção de inocência. Isso porque a identificação criminal genética, realizada de acordo com os princípios que regem o processo penal, resulta na correta identificação da pessoa que está sob investigação, fazendo com que a persecução penal seja conduzida de forma mais assertiva, diminuindo o espectro de possíveis suspeitos de uma determinada infração penal (Pacelli, 2018, p. 324).

Tal situação pode ser verificada, por exemplo, no julgamento do Habeas Corpus n.º 694.791-SP, realizado no ano de 2021, pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A defesa sustentou que a condenação do paciente pelo crime de estupro de vulnerável, mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, amparou-se unicamente no reconhecimento fotográfico feito pela vítima em sede policial, sem a observância do disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acrescentou o argumento que a palavra da vítima em casos de crimes contra a dignidade sexual tem alto valor probante (Brasil, STJ, Quinta Turma, 2021).

Contudo, o laudo pericial de confronto genético constatou a incompatibilidade entre os espermatozoides encontrados no corpo da vítima à época dos fatos, através do exame sexológico, e o perfil genético do paciente coletado após a condenação. O laudo apontou, também, a compatibilidade do material questionado com o perfil genético de outro homem, suspeito de cometer outros crimes de estupro, cujo material genético também foi apresentado para confrontação (Brasil, STJ, Quinta Turma, 2021).

O Ministro Relator Ribeiro Dantas destacou que os exames de materiais genéticos, como o DNA, são corriqueiramente utilizados como meio seguro de prova no processo civil, em especial nas ações que visam a comprovar estado de filiação e paternidade. No processo penal, em que se busca com mais vigor a verdade dos fatos, as provas científicas têm se revelado meios seguros para a elucidação de crimes e identificação dos seus autores (Brasil, STJ, Quinta Turma, 2021).

De acordo com o Relator, é inegável o valor probante do laudo pericial, no qual se conclui que o perfil genético obtido do material coletado em exame sexológico feito na vítima à época dos fatos não é proveniente do paciente. Diante da ausência de elementos que sustentassem a condenação, existindo nos autos, inclusive, prova científica da inocência, a

Quinta Turma, à unanimidade, concedeu o Habeas Corpus a fim de absolver o paciente quanto à prática do crime de estupro de vulnerável (Brasil, STJ, Quinta Turma, 2021).

O erro judiciário resultou na condenação e na prisão de uma pessoa inocente. A certeza do juiz, entendida como a verdade do processo, foi construída sobre um erro, não representando, como provado posteriormente, a verdade dos fatos. O julgador considerou, no caso concreto, a prova testemunhal e o reconhecimento fotográfico meios suficientes para sustentar a prova da autoria do crime. Certeza esta que foi reafirmada, após recurso interposto pela defesa, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Importante destacar que o perfil genético do autor do crime, identificado no material genético (espermatozoides) encontrado no corpo da vítima, estava disponível como fonte de prova desde o momento em que o crime foi praticado. Contudo, para elaboração do laudo de compatibilidade genética é necessário, além do material genético a ser questionado, os perfis genéticos dos suspeitos, a fim de que se viabilize a comparação.

Os perfis genéticos tanto do paciente quanto do verdadeiro autor do crime foram comparados com o material genético encontrado no corpo da vítima somente após a confirmação da condenação pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A defesa, apesar de não ter o ônus da prova, tem o interesse de provar a inocência do imputado, de forma a influenciar o convencimento judicial.

A coleta consentida do perfil genético do acusado, ainda em sede policial, e a posterior comparação com o material genético encontrado no corpo da vítima, em conjunto com os demais elementos probatórios presentes nos autos, evitaria que o inocente restasse processado, condenado e punido no lugar do culpado. A prova genética, como demonstrado no caso em tela, permite, diante da comparação do material questionado com os perfis genéticos dos suspeitos, apontar, sem qualquer duplicidade, o autor certo da infração penal.

O juiz, na sentença penal condenatória, considerou o depoimento da vítima e o reconhecimento fotográfico provas aptas a demonstrar a autoria do crime, eliminando qualquer dúvida razoável e gerando a certeza subjetiva necessária para condenação do réu. A norma de juízo, fundada no *in dubio pro reo*, deve ser entendida como uma verdadeira regra de julgamento, ou seja, não existindo certeza, prefere-se a absolvição de um culpado à condenação de um inocente.

Destaca-se que o homem condenado no lugar do culpado foi submetido a diversos atos persecutórios estatais, da fase investigatória até a fase recursal. Caso a investigação criminal dispusesse dos perfis genéticos dos suspeitos, de forma a viabilizar a prova genética, provavelmente a persecução penal seria direcionada, primeiramente, as pessoas que tivessem



compatibilidade genética.

No ano de 2018, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 128.096-RS, apreciou um caso semelhante ocorrido na cidade de Lajeado/RS. De acordo com a denúncia, em maio de 2008, um homem entrou na casa da vítima utilizando uma faca, a estuprou e subtraiu bens do local. A vítima reconheceu o acusado como sendo o autor dos crimes de estupro e de roubo (Brasil, STF, Primeira Turma, 2018).

Em primeira instância, o réu foi condenado a 13 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes de estupro e de roubo, com causa de aumento por emprego de arma e concurso de pessoas. Posteriormente, a pena foi reduzida para 11 anos e 6 meses de reclusão. Outro réu, incluído como coautor no delito de roubo, foi condenado por esse crime (Brasil, STF, Primeira Turma, 2018).

Após a condenação, o laudo pericial genético constatou que o sangue identificado na colcha encontrada na casa da vítima não era compatível com o perfil genético do condenado. A Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul inadmitiu o Habeas Corpus apresentado pela Defensoria Pública do Estado, alegando tratar-se de matéria de competência do Superior Tribunal de Justiça, bem como ser caso de revisão criminal (Brasil, STF, Primeira Turma, 2018).

O Terceiro Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou o pedido revisional, entendendo que a palavra da vítima, no caso em comento, deveria prevalecer em relação à prova pericial. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, embora o material genético recolhido no local do crime não pertencesse ao réu, manteve a condenação, entendendo que a autoria estava embasada em outras provas constantes nos autos, em especial, no reconhecimento pessoal da vítima (Brasil, STF, Primeira Turma, 2018).

Posteriormente, o laudo de compatibilidade genética apontou que o sangue identificado na colcha encontrada na casa da vítima era compatível com o perfil genético do corréu, suspeito de cometer outros crimes de estupro. A Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 128.096-RS, alegou erro judiciário em razão de a condenação ser contrária às provas do processo, uma vez que o material genético encontrado no local do crime não pertencia ao paciente, mas a um corréu (Brasil, STF, Primeira Turma, 2018).

De acordo com o Ministro Relator Marco Aurélio, os laudos periciais revelaram a incompatibilidade do material biológico com o perfil genético do recorrente, tornando insubsistentes as premissas lançadas para respaldar a condenação. A possível constatação do

não envolvimento no crime e a situação de dúvida, em atenção ao princípio da não culpabilidade, leva à absolvição do recorrente, nos termos do inciso IV do artigo 386 do Código de Processo Penal, estando provado que o paciente não concorreu para a infração penal (Brasil, STF, Primeira Turma, 2018).

O Ministro Luís Roberto Barroso abriu a divergência, ressaltando que a primeira e a segunda instâncias da justiça gaúcha foram convergentes em condenar o recorrente, divergindo somente na dosimetria da pena. O Ministro constatou que o segundo pedido de revisão criminal no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul foi julgado improcedente, sem nenhuma imputação de cerceamento de defesa, motivo pelo qual julgou prejudicado o recurso ordinário (Brasil, STF, Primeira Turma, 2018).

O Ministro Alexandre de Moraes, que também votou pelo desprovimento do recurso, argumentou que o réu foi reconhecido pela vítima e por sua mãe como autor dos crimes de roubo e de estupro. Por sua vez, os Ministros Luiz Fux e Rosa Weber, ao acompanharem o voto do Relator, formaram maioria para prover o recurso ordinário e absolver o paciente. O Ministro Luiz Fux afirmou que a dúvida, para além do razoável, deve se operar a favor do réu; enquanto a Ministra Rosa Weber considerou que o laudo pericial alterou o contexto probatório, impossibilitando a manutenção do decreto condenatório (Brasil, STF, Primeira Turma, 2018).

O princípio da congruência exige a vinculação da conclusão assentada na sentença com os fatos narrados na denúncia. A superveniência de prova técnica, consistente na compatibilidade do perfil genético do corréu com o material genético encontrado na colcha em que ocorreu o crime de estupro, faz surgir situação de dúvida razoável concernente ao que foi narrado na denúncia, principalmente o fato do paciente ser o único a ingressar na residência da vítima (Brasil, STF, Primeira Turma, 2018).

Como vimos anteriormente, não há hierarquia de provas. O fato de o paciente ter sido absolvido não significa que a prova pericial deva prevalecer em detrimento aos demais meios de prova, como no caso, o depoimento e o reconhecimento pessoal da vítima. Contudo, o processo penal, diante do princípio da dignidade da pessoa humana e do seu aspecto garantista, exige a especificidade da prova para a comprovação de determinados fatos.

A prova técnica permite certificar a existência de fatos cuja certeza se dá através de conhecimentos científicos. A identificação de determinados elementos no local do crime, como a presença de sangue na colcha em que ocorreu o estupro, exige a utilização de um meio técnico capaz de gerar a certeza subjetiva necessária no julgador. No caso em questão, foi realizada a coleta de material genético encontrado no local dos fatos e a posterior

comparação com os perfis genéticos dos suspeitos.

Não significa que a prova técnica deva ser entendida como a representação da verdade, mas no reconhecimento de que determinados meios de prova, como o depoimento e o reconhecimento pessoal, são incapazes de gerar a certeza mais segura em relação aos fatos. A prova genética sempre será uma prova relativa, esclarecendo aspectos relacionados à autoria do crime. O convencimento do juiz deve ocorrer de acordo com todo o material probatório existente no processo.

Os laudos periciais que apontam que o sangue identificado na colcha encontrada na casa da vítima é incompatível com o perfil genético do paciente, mas compatível com o perfil genético do corréu, não se confunde com a prova de toda complexidade dos fatos. Entretanto, a possibilidade do não envolvimento do paciente no crime, mas de uma terceira pessoa, acarreta uma dúvida razoável em relação à autoria do delito.

A dúvida tem origem nos fatos, que podem ou não estarem provados no processo. A prova genética, que identificou a presença de outra pessoa no local do crime de estupro, contrariando os fatos narrados na peça acusatória, fez com que a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal não alcançasse a certeza subjetiva necessária para manter a sentença penal condenatória.

Nesse sentido, não existindo a certeza, mas o estado subjetivo da dúvida sobre fato relevante, o princípio da presunção de inocência deve ser entendido de acordo com a regra de juízo imposta pelo *in dubio pro reo*. No Estado Democrático de Direito, pautado pela dignidade da pessoa humana e pelo devido processo legal, o imputado não pode ser condenado sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada, impondo-se, nesses casos, a absolvição (Lopes Júnior, 2021, n.p.).

No processo penal, o reconhecimento do benefício da dúvida concretiza o princípio da presunção de inocência. A acusação e a defesa, na busca pela verdade processual, de acordo com os limites à produção de prova no processo penal, têm o dever de recorrer aos recursos disponíveis para provar suas teses, de forma a influenciar no convencimento do juiz e propiciar a realização de um processo justo (Badaró, 2003, p. 300).

A prova genética, ao contribuir para produção do material probatório, incriminador e lícito, permite ao julgador formar sua convicção de forma racional e fundamentada. Além disso, possibilita tanto a identificação da pessoa que está sob investigação quanto à individualização da conduta da prática delitiva, reduzindo o número de suspeitos alcançados pelos atos persecutórios estatais.

Nesse contexto, a prova genética, utilizada como instrumento para redução de

incertezas inerentes à autoria, irá contribuir para produzir a certeza jurídica necessária para estabilizar a controvérsia objeto da jurisdição penal, evitando o erro judiciário e contribuindo para a concretização do princípio da presunção de inocência.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presunção de inocência, composta pelas normas de tratamento, probatória e de juízo, está relacionada diretamente à finalidade do processo penal, de promover um processo, alinhado aos direitos e garantias fundamentais, que possibilite verificar a ocorrência de um crime e sua autoria. A norma de tratamento garante que o imputado seja tratado como inocente na persecução penal, onde os efeitos de uma eventual condenação sejam aplicados somente após o trânsito em julgado.

A norma de tratamento deve ser respeitada por todos os cidadãos, agentes públicos ou privados, em todas as fases da persecução penal. A indevida transmissão pela mídia dos atos persecutórios estatais em desfavor do imputado configura grave violação ao princípio da presunção de inocência. A imagem de culpado perante a sociedade, exposta para um número indeterminado de pessoas, viola a norma de tratamento.

No Estado Democrático de Direito, pautado pela dignidade da pessoa humana e pelo devido processo legal, o imputado não pode ser condenado sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada. Não existindo a certeza, mas o estado subjetivo da dúvida sobre fato relevante, o princípio da presunção de inocência deve ser entendido de acordo com a norma de juízo imposta pelo *in dubio pro reo*.

A prova produzida no processo dará suporte a um juízo condenatório somente quando afastar a dúvida razoável em relação à existência do crime ou à sua autoria, fornecendo um conjunto probatório sólido que justifique a sentença penal condenatória. Nesse sentido, a norma probatória garante que a presunção de inocência somente restará afastada por intermédio da prova incriminadora, apta a demonstrar a materialidade e a autoria do crime, obtida e produzida de forma lícita.

O imputado, embora não possua o ônus probatório, possui interesse em provar sua inocência ou criar no juiz uma dúvida razoável que leve a sua absolvição. Não basta à defesa alegar fatos que lhe são favoráveis, tem de poder influenciar o convencimento judicial, provando que os fatos alegados se apresentam como verdadeiros. Para tanto, acusação e defesa, em todos os momentos processuais, possuem o direito de influir no convencimento do julgador, baseado no direito fundamental à prova.

As provas são os meios utilizados para reconstrução aproximada de um fato relevante para o direito, com o objetivo de proporcionar o conhecimento necessário para o juiz tomar uma decisão. As provas permitem que o julgador, através da atividade recognitiva acerca de um fato passado, escolha, de forma racional e fundamentada, dentre as diversas

hipóteses fáticas alegadas no processo aquela que lhe fornece o maior grau de convencimento.

A certeza do juiz é a verdade do processo, que pode não corresponder à verdade dos fatos. Isso porque o processo é um instrumento falível, capaz de construir a certeza do juiz sobre um erro ou não conseguir demonstrar a verdade de modo a torná-la crível ao julgador. Dessa forma, a decisão judicial não é, necessariamente, a revelação da verdade, mas a escolha dos significados que parecem válidos ao juiz; tendo como resultado final seu convencimento, construído nos limites do contraditório e do devido processo legal.

Dentre os meios de prova disponíveis, a prova genética assume local de destaque na persecução penal. A identificação criminal genética, realizada de acordo com os princípios que regem o processo penal, não resulta no reconhecimento da culpa ou da inocência do imputado, mas na correta identificação da pessoa que está sob investigação. A identificação genética não se restringe à acusação, podendo a defesa requerer a identificação criminal como forma de afastar a responsabilidade criminal do imputado.

Não há hierarquia de provas, todos os meios de prova podem ou não ter aptidão para demonstrar a veracidade dos fatos. Contudo, para a comprovação de determinados fatos, o processo penal exige a especificidade da prova. Não significa que a prova genética deva ser entendida como a representação da verdade, mas que alguns meios de prova podem não ser admitidos como suficientes, no caso concreto, para gerar a certeza mais segura em relação aos fatos.

A prova genética é uma prova técnica, cuja certeza da existência de fatos se dá através de conhecimentos científicos. Assim como as demais provas, a prova genética sempre será uma prova relativa, que deve ser submetida ao contraditório, sem taxatividade e pretensão de verdade. O convencimento do juiz deve ocorrer de acordo com todo o material probatório existente no processo.

As afetações aos direitos e garantias fundamentais são inerentes à persecução penal, em especial, na fase investigatória. No entanto, o ordenamento jurídico impõe limites à admissão e à produção de provas. A garantia contra autoincriminação permite que o imputado não participe na formação da culpa, atuando como obstáculo na busca incondicional à verdade processual.

A persecução penal não pode ser inviabilizada pelo reconhecimento absoluto dos direitos e garantias do imputado. A garantia contra autoincriminação deve ser entendida no âmbito da teoria dos princípios, como um princípio *prima facie*, que ao colidir com outra norma fundamental, possibilita, no caso concreto, sua otimização na maior medida possível.

Os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que constituem limites à persecução

penal, são fontes da sua legitimação. A segurança é um bem jurídico que conforma e condiciona o exercício dos direitos fundamentais, garantindo a proteção de direitos materiais e o livre desenvolvimento da personalidade humana. O processo penal visa tanto a garantir os direitos dos sujeitos processuais contra as ingerências do Estado quanto assegurar a efetividade da tutela penal.

A proteção dos direitos fundamentais e a aplicação da lei penal não são incompatíveis. Ao restringir a liberdade do imputado, visando a garantir o direito à segurança, o Estado também garante os direitos fundamentais das vítimas, que podem, no caso de omissão, serem violados. O Estado tem o dever de garantir e de atuar para prevenir eventuais lesões ou reduções inconstitucionais que afetem a efetiva realização da presunção de inocência e dos demais direitos fundamentais.

A integração do processo penal com outras áreas de conhecimento disponibiliza meios de prova essenciais para que o grau de certeza da decisão criminal resulte na redução do erro judiciário. A prova genética, ao apontar o autor certo da infração penal, evita que o inocente reste processado, condenado e punido no lugar do culpado.

Nesse sentido, a coleta de material genético apresenta-se como um dos meios mais eficazes para identificação tanto de pessoas quanto de vestígios vinculados aos locais e objetos de interesse da investigação. A identificação criminal por perfil genético poderá ocorrer quando for essencial às investigações, mediante autorização judicial, ou de forma obrigatória para os condenados nos crimes previstos no artigo 9º-A da Lei de Execução Penal.

Após coletados, os dados passam a integrar o Banco Nacional de Perfis Genéticos. As autoridades policiais podem acessar o banco de dados para comparar os dados dos perfis armazenados com os materiais genéticos encontrados no decorrer da investigação policial. Essa situação é análoga à das impressões digitais latentes, que utiliza o AFIS – Sistemas Automatizados de Identificação por Impressões Digitais.

A jurisprudência, de forma majoritária, tem se posicionado pela constitucionalidade da coleta obrigatória do perfil genético de condenados. No ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do artigo 9º-A da Lei de Execução Criminal; entretanto, até a conclusão da presente pesquisa, não houve o julgamento do mérito.

A coleta e o armazenamento de perfis genéticos, de forma obrigatória, somente das pessoas condenadas por determinados crimes, acabam por etiquetá-las, criando um problema de seletividade, como se estas fossem as únicas pessoas que pudessem cometer crimes. Tal vinculação remete a uma “presunção de periculosidade”, fazendo com que a pessoa permaneça num estado de suspeição, impedindo seu retorno ao estado de inocência após o

cumprimento da pena.

Por outro lado, o caráter estigmatizante da coleta seletiva não deve resumir as discussões acerca da utilização do banco de dados de perfis genéticos. As formas de coleta de perfil genético para armazenamento e confrontação compromete a eficácia do sistema. A alimentação do Banco Nacional de Perfis Genéticos não pode depender da voluntariedade da entrega de material genético por parte dos imputados ou de buscas e apreensões para a coleta de amostras biológicas.

As formas de coleta e o armazenamento de amostras de DNA são uma realidade decorrente do avanço científico e tecnológico, não podem ser negados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Uma alternativa para evitar o etiquetamento das pessoas condenadas por determinados crimes, em consonância com o princípio da presunção de inocência, é a inclusão da identificação de perfil genético como uma das formas de identificação civil.

A criação de um banco de dados nacional, para fins de identificação civil, contendo todos os dados da população, incluindo as impressões digitais latentes e os perfis genéticos, de forma segura e sigilosa, acessado mediante autorização judicial, possibilitaria, de forma mais efetiva, a individualização das pessoas para diversos fins, inclusive criminais. Para tanto, evidentemente, faz-se necessário alterar as legislações e regulamentos que tratam sobre o tema, de forma a estar de acordo com a Constituição Federal.

A prova genética, diante da correta identificação da pessoa que está sob investigação, possibilita reduzir o número de suspeitos alcançados pelos atos persecutórios estatais. Além disso, contribui na produção do material probatório, incriminador e lícito, que permite ao magistrado formar sua convicção e alcançar a verdade processual. Assim, examinada em conjunto com as demais provas constantes nos autos, a prova genética viabiliza, na maior medida possível, o pleno exercício das normas de tratamento, probatória e de juízo.

Resta claro, portanto, que a utilização da prova genética, obtida através da identificação criminal genética do acusado, reduz as incertezas inerentes à autoria, evita o erro judiciário e limita os sujeitos passíveis de serem atingidos pela persecução penal, contribuindo, assim, para a concretização do princípio da presunção de inocência.



## REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Rosmar Antonini Rodrigues Cavalcanti. Requisitos da Prova Pericial em Matéria Criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 136, ano 25, outubro, 2017.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BECK, Francis Rafael; RITTER, Ruiz. A Coleta de Perfil Genético no Âmbito da Lei 12.654/2012 e o Direito à Não Autoincriminação: uma necessária análise. **Revista Ajuris**, n.º 137, v. 42, março, 2015. Disponível em: [www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/387/321](http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/387/321). Acesso em: 02 mai. 2023.
- BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott (Org.). **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Unesp, 1997.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidade**. Barcelona: Paidós, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 set. 2023.
- BRASIL. **Decreto n.º 7.950, de 12 de março de 2013**. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Brasília, DF: Presidência da

República, 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm). Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 06 out. 2023.

BRASIL. **Lei 12.037, de 01 de outubro de 2009**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm). Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Lei 12.654, de 28 de maio de 2012**. Altera as Leis nos 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm). Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm). Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Provimento n.º 188/2018, de 11 de dezembro de 2018. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 04 out. 2023.

BRASIL. **Resolução 9, de 13 de abril de 2018**. Dispõe sobre a padronização de procedimentos relativos à coleta compulsória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/resolucoes/resolucao9-coleta\\_12654.pdf/@download/file](https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/resolucoes/resolucao9-coleta_12654.pdf/@download/file). Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma)**. Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 675.408-MG (2021/0193542-4). Relator: João Otávio de Noronha. Brasília/DF, julgado em 22/02/2022. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202101935424&dt\\_publicacao=24/02/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101935424&dt_publicacao=24/02/2022). Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma)**. Habeas Corpus n.º 354.068-MG (2016/0103028-0). Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília/DF, julgado em 13/03/2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201601030280&dt\\_publicacao=21/03/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601030280&dt_publicacao=21/03/2018). Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma)**. Habeas Corpus n.º 694.791 (2021/0301604-1). Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília/DF, julgado em 07/12/2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202103016041&dt\\_publicacao=10/12/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103016041&dt_publicacao=10/12/2021). Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma)**. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 69.127-DF (0076101-5). Relator: Félix Fischer. Brasília/DF, julgado em 37/10/2016. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=Recurso+Ordin%EArio+69127+&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JUR IDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=Recurso+Ordin%EArio+69127+&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JUR IDICO&p=true). Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma)**. Habeas Corpus n.º 162.703 (2022/0087656-1). Relator: Rogério Schietti Cruz. Brasília/DF, julgado em 23/08/2022. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202200876561&dt\\_publicacao=26/04/2023](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200876561&dt_publicacao=26/04/2023). Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma)**. Habeas Corpus n.º 536.114-MG (2019/0290604-2). Relator: Nefi Cordeiro. Brasília/DF, julgado em 04/02/2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1906616&num\\_registro=201902906042&data=20200210&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1906616&num_registro=201902906042&data=20200210&formato=PDF). Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma)**. Habeas Corpus n.º 651.424 (2021/0073153-6). Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília/DF, julgado em 24/05/2022. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202100731536&dt\\_publicacao=31/05/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100731536&dt_publicacao=31/05/2022). Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus n.º 407.627-MG (2017/0167688-6). Relator: Félix Fischer. Brasília/DF, julgado em 25/04/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=407.627&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus n.º 758.646-RS (2022/0229641-9). Relator: Ribeiro Dantas. Brasília/DF, julgado em 16/08/2022. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=161852552&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=202202296419&data=20220818&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=161852552&tipo_documento=documento&num_registro=202202296419&data=20220818&formato=PDF). Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma)**. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 128.096-RS. Relator: Marco Aurélio. Brasília/DF, julgado em 18/12/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4770554>. Acesso em: 05 out. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Constitucionalidade n.º 43 (Apenso ADC 44 e ADC 54). Relator: Marco Aurélio. Brasília/DF, julgado em 07.11.2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 05 out. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6298 (Apenso ADI 6299, ADI 6300 e ADI 6305). Relator: Luiz Fux. Brasília/DF, julgado em 24.08.2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em: 17 out. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n.º 973.837-MG (Repercussão Geral). Relator: Gilmar Mendes. Brasília/DF, julgado em 23/06/2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28973837%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/gplwsch>. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do MG (Órgão Especial)**. Arguição de Inconstitucionalidade n.º 1.0024.07.521170-6/005. Relator Revisor: Edilson Olímpio Fernandes. Belo Horizonte/MG, julgado em 23/02/2017. Disponível em: [http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=380B64EB2E219F92F21176A137DC3FE5.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.07.5211706%2F005&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=380B64EB2E219F92F21176A137DC3FE5.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.07.5211706%2F005&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar). Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do RS (Oitava Câmara Criminal)**. Apelação Crime n.º 70071800981. Relator: Sandro Luz Portal. Porto Alegre/RS, julgado em 14/06/2017. Disponível em: [http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70071800981&num\\_processo=70071800981&codEmenta=7319718&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70071800981&num_processo=70071800981&codEmenta=7319718&temIntTeor=true). Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do RS (Primeira Câmara Criminal)**. Habeas Corpus n.º 70061747622. Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre/RS, julgado em 22/10/2014. Disponível em: [http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70061747622&num\\_processo=70061747622&codEmenta=6001836&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70061747622&num_processo=70061747622&codEmenta=6001836&temIntTeor=true). Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do RS (Sétima Câmara Criminal)**. Apelação Crime n.º 70074377102. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre/RS, julgado em 05/10/2017. Disponível em: [http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=)

70074377102&num\_processo=70074377102&codEmenta=7489997&temIntTeor=true.  
Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do RS (Sétima Câmara Criminal)**. Habeas Corpus n.º 70076369479. Relator: Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre/RS, julgado em 08/03/2018.

Disponível em:

[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70076369479&num\\_processo=70076369479&codEmenta=7660009&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70076369479&num_processo=70076369479&codEmenta=7660009&temIntTeor=true).

Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Oitava Turma)**. Habeas Corpus n.º 5035657-07.2016.404.0000. Relator: Leandro Paulsen. Porto Alegre/RS, julgado em 31/08/2016. Disponível em:

<https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/394032071/habeas-corpus-hc50356570720164040000-5035657-0720164040000/inteiro-teor394032079?ref=juris-tabs>. Acesso em: 28 set. 2023.

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

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio e certezza. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1965.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede. In: SIMÕES, Jussara (Org.). **A Era da Informação: economia, sociedade e cultura**, v. 1. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CORAZZA, Thaís Aline Mazetto; CARVALHO, Gisele Mendes. A Identificação Genética dos Civilmente Identificáveis como Meio de Prova de Autoria. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 14, n.º 2, julho/dezembro, 2014. Disponível em:

[www.periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3621](http://www.periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3621). Acesso em: 02 mai. 2023.

COSTA RICA. **Pacto de San Jose da Costa Rica: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos**. San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em:

[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.Htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.Htm). Acesso em: 02 mai. 2023.

FARIA COSTA, José de. **Direito Penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais**. Coimbra editora: Coimbra, 2010.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As Obrigações Processuais Penais Positivas Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

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

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Regras da ponderação racional. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação. Escritos de e em homenagem a Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

GUEDES, Gabriel Pinto, FELIX, Yuri. A Identificação Genética na Lei n.º 12.654/2012 e os Princípios de Direito Processual Penal no Estado Democrático de Direito. **Revista de Estudos Criminais**, ano XII, n.º 53, abril/junho, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LORENZONI, Pietro Cardia. Uma Consequência do Direito Fundamental à Segurança: imperativos implícitos de tutela processual penal. In: MAYA, André Machado; LORENZONI, Pietro Cardia (Org.). **Direito Fundamental à Segurança e Direitos de Liberdade: a complexa harmonia em matéria penal**. Porto Alegre: FMP, 2019.

MACHADO, Helena; SILVA, Susana; AMORIM, António. Políticas de identidade: perfil de DNA e a identidade genético-criminal. **Análise Social**, v. 45, n.º 196, Lisboa, 2010. Disponível em: [www.scielo.oces.mctes.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0003-257320100003000006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.oces.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-257320100003000006&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 03 out. 2023.

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

MAYA, André Machado. A Justiça Penal Negocial como horizonte para um novo Processo Penal. In: MAYA, André Machado; LORENZONI, Pietro Cardia (Org.). **Direito Fundamental à Segurança e Direitos de Liberdade: a complexa harmonia em matéria penal**. Porto Alegre: FMP, 2019.

MAYA, André Machado. O Processo Penal na Sociedade de Risco: a persecução penal entre os ideais de liberdade e segurança. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, v. 3, n.º 1, janeiro/junho, 2017.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A segurança pública na constituição. **Revista de Informação Legislativa**, n.º 109, Brasília, 1991.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 07 out. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**, 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Políticos.pdf>. Acesso em: 07 out. 2023.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

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

ROMÃO, Luis Fernando de França. A segurança pública na Constituição de 1988: direito fundamental, dever do Estado e responsabilidade de todos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n.º 75, janeiro/março, 2020.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHIOCCHET, Taysa et alli. **Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal**. Série Pensando o Direito, v. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/Volume-4311.pdf>. Acesso em: 07 out. 2023.

SIECKMANN, Jan-R. La concepción de la ponderación y la formula peso. In: SIECKMANN, Jan-R. **La teoría del derecho de Robert Alexy**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUXBERGER, Antonio H. G.; FURTADO, Valtan T. M. M. Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 4, n.º 2, maio/agosto, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.122>. Acesso em: 07 out. 2023.

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

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

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**, 1950. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&lID=4>. Acesso em: 07 out. 2023.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI; Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.