

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ
ÁREA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

Sabrina Brenda de Oliveira Souza

**A UTILIZAÇÃO DO MATERIAL GENÉTICO DESCARTADO COMO PROVA NO
PROCESSO PENAL E A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO.**

BELÉM – PA

2019

Sabrina Brenda de Oliveira Souza

**A UTILIZAÇÃO DO MATERIAL GENÉTICO DESCARTADO COMO PROVA NO
PROCESSO PENAL E A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO.**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de bacharel em Direito do
Centro Universitário do Estado do Pará
(CESUPA).

Orientador: Prof. Msc. Eduardo Neves

BELÉM

2019

Sabrina Brenda de Oliveira Souza

**A UTILIZAÇÃO DO MATERIAL GENÉTICO DESCARTADO COMO PROVA NO
PROCESSO PENAL E A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO.**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de bacharel em Direito do
Centro Universitário do Estado do Pará
(CESUPA).

Data da defesa: __/__/__

Conceito: _____

Banca Examinadora:

Prof. Orientador Eduardo Neves Lima Filho
Mestre em Direito
Centro Universitário do Pará (CESUPA)

Prof. Examinador

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ser tudo na minha vida. Ter me dado força em meio às dificuldades enfrentadas nesta longa jornada, até aqui, com ele, superadas;

Aos meus pais, por todos os esforços e abdições para esta concretização. Vocês são e sempre serão a minha força, minha inspiração;

A minha irmã, minha família, mesmo distante torcendo por mim;

Aos meus amigos, pelo apoio, pela disposição, por todos os momentos de partilha. E por acreditarem em mim muitas vezes até mais que eu. Estendendo essa credibilidade também ao meu orientador, Prof. Eduardo. Obrigada.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte desta etapa decisiva em minha vida, meu muito obrigada.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo dar ênfase na figura do acusado dentro da seara criminal, no que tange o princípio da não autoincriminação também conhecido como *Nemo Tenetur se Detegere*, um desdobramento do direito à liberdade frente à força e ao poder punitivo do Estado. Este princípio é aplicado ao meio de obtenção de provas, e em específico, na prova pericial de DNA. Assim, este estudo vem dar luz ao direito do réu de se colocar contra o sistema penal, obedecendo aos princípios da Dignidade Humana e a Constituição Federal de 1988. O debate especifica-se às circunstâncias de realização do exame DNA mesmo com a recusa do sujeito passivo em colaborar. O objetivo é discutir a causa e consequência da relativização do direito a não autoincriminação, na tentativa de ir em busca de uma solução que reflita melhor a realização da justiça, sem que haja uma atuação Estatal ilimitada e arbitrária, nem tampouco que se instaure a impunidade. Nesse sentido, o trabalho foi feito a partir da análise bibliográfica, de doutrinadores da seara criminal, e de revisão jurisprudencial brasileira.

Palavras chave: Direito Processual Penal; Acusado; Direito a não autoincriminação; Provas; DNA.

ABSTRACT

This work aims to emphasize the figure of the accused within the criminal field, regarding the principle of non-self-incrimination, also known as *Nemo Tenetur se Detegere*, a development of the right to freedom against the force and punitive power of the State. This principle will be applied to the means of obtaining evidence, and in specific, DNA expert evidence. Thus, this study sheds light on the defendant's right to oppose the criminal justice system, in accordance with the principles of Human Dignity and the Federal Constitution of 1988. The debate specifies the circumstances of the DNA test even with the refusal of the passive subject to collaborate. The objective is to discuss the motivation and consequence of the relativization of the right to non-self-incrimination, in an attempt to find a solution that better reflects justice in the concrete case, without unreasonably authorizing unlimited state action, or impunity. In this sense, the work was done from the bibliographical analysis, from the doctrines of the criminal field, and from Brazilian jurisprudential review.

Key Words: Criminal Procedural Law; Accused; Right not to self-incriminate; Evidences; DNA

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO: O PRINCÍPIO DO “NEMO TENETUR SE DETEGERE.....	9
2.1 A não autoincriminação como garantia fundamental individual	15
3 A UTILIZAÇÃO DO EXAME DE DNA COMO PROVA NO PROCESSO PENAL.....	19
3.1 Teoria da prova no processo penal brasileiro.....	19
3.2 Exame de DNA.....	25
3.2.1 Controvérsias acerca da utilização do exame de DNA.....	29
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	40
REFERÊNCIAS.....	43

1 INTRODUÇÃO

O princípio da não autoincriminação está relacionado àquela que consideramos ser a figura mais visada no processo penal: o acusado. Ignorando a presunção de inocência e o fato de, ainda que na condição de investigado o sujeito passivo é ser humano e tem direito a dignidade, este é perseguido e confrontado negativamente a todo o momento com intromissões na sua esfera jurídica, tendo rechaçado seus mecanismos de defesa.

O princípio em questão traz a garantia de não produzir provas contra si mesmo, em um desdobramento do direito de defesa do réu frente ao Estado, no intuito de resguardá-lo de possíveis excessos, entre eles, o emprego de violências físicas e morais empreendidas a fim de obrigar o sujeito passivo a cooperar na apuração delitiva que lhe imputam.

Com a promulgação da Constituição Federal (CF) temos um avanço significativo de mandamentos de estrutura acusatória. Podemos dizer que o acusado assume ou deveria assumir, a posição de verdadeiro sujeito processual. Visto que, num passado não tão distante, enxergamos o mesmo como puro objeto da pretensão punitiva. Então, a (CF) nos cercou de um leque de direitos e garantias fundamentais. Entre elas destaca-se a não autoincriminação.

Atualmente, é incompatível com a nossa Constituição toda e qualquer instrumentalização do réu, pois o ordenamento jurídico brasileiro tem como pilar fundamental e estruturante a dignidade da pessoa humana. Porquanto, os instrumentos de defesa devem ser respeitados. O réu tem a liberdade para escolher sobre a participação ou não para colaborar no processo e a forma como o deseja fazer.

É dado assente que o réu, na condição de sujeito processual é constituído de direitos como qualquer outro ser humano, e que tem o direito de não contribuir para a sua própria incriminação.

Isto posto, é um tanto quanto questionável a extensão que este direito assume no nosso ordenamento jurídico, questionam-se, quais são os seus limites. Se é um direito absoluto ou pode ser limitado e por quais razões poderíamos admitir tal limitação.

Nesse sentido, o trabalho irá abordar a colheita do material genético descartado por indivíduo suspeito ou acusado e sua utilização como prova no processo penal. Será analisado se este fato viola ou limita de alguma maneira o princípio da não autoincriminação. O estudo propõe-se a responder a seguinte questão: Em que medida a utilização do material genético descartado como prova no processo penal, viola a não autoincriminação?

Diante disso, a partir da análise bibliográfica com a visão de alguns doutrinadores da seara criminal e de revisão jurisprudencial brasileira, o primeiro capítulo desse estudo definirá

o princípio através de uma breve exposição histórica, tendo como ponto de partida o seu surgimento até os dias atuais. Bem como a sua previsão constitucional e infraconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro. O entendimento da jurisprudência e da doutrina cumpre o objetivo de delinear o exato alcance e extensão do princípio.

Na segunda fase deste trabalho, o segundo capítulo irá se debruçar no material genético do indivíduo suspeito ou acusado e sua utilização como prova. Para isso haverá uma breve exposição do DNA e do exame de DNA, bem como da teoria geral da prova no processo penal.

Com efeito, ainda, o terceiro capítulo irá demonstrar as controvérsias da doutrina e da Jurisprudência e colocará a problemática do tema em voga. Quais são os posicionamentos a respeito de tal utilização. Por isso, é de interesse observar as análises e as devidas considerações críticas, tendo em conta o princípio *Nemo tenetur se detegere*, o qual se defende neste trabalho.

Pretende-se então com este estudo suscitar a discussão sobre a figura do acusado e o papel que este deve assumir no processo penal no que toca especificamente ao seu direito de inércia quanto a produção de provas contra si. Diante disso, têm-se que levar em conta o que é propagado e protegido pela nossa Constituição, os valores que se emergem e que possibilitam uma efetiva realização de justiça, procurando efetivar direitos que o indivíduo tem consolidado na sua esfera jurídica enquanto sujeito processual acusado.

Naturalmente, não se pode admitir passar por cima dos direitos do réu a partir da necessidade da busca pela segurança pública da sociedade e do seu bem-estar social, uma vez que, mesmo sendo ideais cobiçados e necessários, não podem ser elevados ao status de valor primordial quando mais ofenderem valores fundamentais como a dignidade da pessoa humana.

Sendo certo que este tema trazido à discussão gera divergências de posicionamentos tanto doutrinários, como jurisprudenciais, o objetivo é apresentar as perspectivas que decaem sobre o assunto, para ao fim optar por aquela que vier a ser a melhor alternativa face a estrutura acusatória do processo penal que se defende no Estado Democrático de Direito e, acima de tudo, face ao processo penal que não desejamos ter.

2 O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO: O PRINCÍPIO DO “NEMO TENETUR SE DETEGERE”

O princípio da não autoincriminação, expresso na fórmula latina *Nemo tenetur se detegere* ou *Nemo tenetur ipsum accusare*, assenta-se na ideia segundo a qual o acusado não está obrigado a cooperar para a sua própria incriminação, não recaindo sobre ele o dever de colaborar na busca da verdade material. A aplicabilidade deste princípio aparece no ordenamento jurídico brasileiro sob inúmeras faces, constitui uma das garantias de defesa do indivíduo e tem como um de seus desdobramentos, por exemplo, o direito ao silêncio e o direito de não oferecer meios de prova se assim o quiser, entre outros.

Com efeito, este direito surgiu como forma de combater os abusos provocados pelo Estado que atentem contra o acusado, protegendo-o contra as hostilidades, intimidações e atos de natureza inquisitiva, proibindo que ele se torne o “instrumento da sua própria condenação” (PEREIRA DE ASSIS, 2016, p.45). De acordo com Lopes Junior (2018) há um “ranço histórico” com relação ao tratamento do imputado, sendo este considerado um mero “objeto” de prova e não um sujeito de direito. Neste paradeiro, no intuito de superar essa coisificação do réu, surge o direito de não produzir prova contra si mesmo.

Embora seja comumente observada a equiparação do *Nemo Tenetur se Detegere* com o direito ao silêncio, com ele não se pode confundir visto que o direito ao silêncio é um de seus desdobramentos.

Desta sorte, ensina Renato Brasileiro Lima (2016, p. 74):

Há uma tendência equivocada de se querer equiparar o princípio do “*Nemo tenetur se detegere*” ao direito ao silêncio. Na verdade, assim como se trata de equívoco pensar que a garantia é destinada apenas a quem está encarcerado, pelo fato de a dicção constitucional conter o termo “preso”. Também se mostra inadequado acreditar que o direito de permanecer calado somente confere à pessoa a garantia de que ela não pode ser obrigada a falar. O que o constituinte diz, quando ele assegura o direito de permanecer calado, é que a pessoa não pode ser obrigada a se incriminar ou, em outras palavras, que ela não pode produzir provas contra si.

Em síntese, Brasileiro (2016, p. 74) levanta alguns dos desdobramentos, tais quais: a) O direito ao silêncio ou direito de ficar calado; b) Direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal; c) Inexigibilidade de dizer a verdade; d) Direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo; e) Direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva.

Dessa forma, deve-se compreender o direito ao silêncio como uma das decorrências do direito de não produzir prova contra si mesmo. Ainda aduz Lopes Jr.(2018, p. 104):

O direito ao silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio “*Nemo tenetur se detegere*” segundo a qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.

Na classificação de Lopes Jr. (2018) o princípio em apreço é a forma de exercer a autodefesa, uma vez que em matéria probatória, além do direito ao contraditório, deve haver a observância estrita dos instrumentos de defesa. Como objeto de defesa pessoal, o *Nemo tenetur*, em todos os seus desdobramentos, abre margem para o sujeito passivo resistir pessoalmente à pretensão acusatória, seja através de atuações positivas ou de negativas, sendo esta última estruturada a partir de uma recusa, um não fazer, e a primeira compreendida como um direito do réu de escolher praticar atos no processo que possivelmente utilizem como prova.

Sendo assim, a não autoincriminação não se restringe à faculdade do investigado manter-se em silêncio, mas amplia-se ao abarcamento de outras hipóteses que têm como objetivo efetivar a garantia dos direitos individuais, bem como transferir às autoridades judiciárias a responsabilidade de comprovar os fatos do delito. Ou seja, estes devem ser comprovados independentemente de uma colaboração ou não do sujeito passivo. O réu tem o direito de permanecer inerte, não apenas no que se refere ao silêncio, mas também no que diz respeito à produção de quaisquer outras espécies de provas. A comprovação de culpabilidade não depende dele, ele não pode ser forçado ou induzido a produzir prova contra si mesmo.

Não obstante a dificuldade encontrada sobre o posicionamento de identificação de suas raízes, para Ada Pellegrini Grinover (1978) e Maria Elizabeth Queijo (2003), bem como da maior parte dos autores, afirmam que o princípio contra a autoincriminação tem o seu despontar na Inglaterra. Contudo, há controvérsias e quem enxergue o nascedouro deste no Cristianismo, no Direito Romano, no Germânico, no Canônico entre outros.

Denota-se o posicionamento de Ferrajoli (2006, p. 560)

Nemo tenetur se detegere é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por HOBBS e rece/bida desde o século XVII no direito inglês. Disso resultaram como corolários: a proibição daquela “tortura espiritual”, como a chamou PAGANO, que é o juramento do imputado de responder o falso; a proibição não só de arrancar a confissão com a violência, mas também de obtê-la mediante manipulação da psique com drogas ou com práticas hipnóticas, pelo respeito devido à pessoa do imputado e pela inviolabilidade de sua consciência; a conseqüente negação

do papel decisivo da confissão tanto pela refutação de qualquer prova legal como pelo caráter indisponível associado às situações penais; o direito do imputado à assistência e do mesmo modo à presença de seu defensor no interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violações das garantias processuais.

Com efeito, grande parte dos autores enxerga no Direito inglês a gênese deste princípio. Há quem aponte o ano de 1769 como o marco em que o princípio do “*Nemo tenetur*” assumiu consagração no direito inglês, uma vez que neste período foi abolido pelo parlamento inglês o juramento *ex officio*, e surgiu entre a doutrina do “Common Law” o entendimento de que o réu não podia ser instrumento da sua própria incriminação.

Éder Pereira de Assis (2016) atribui a gênese do direito contra a autoincriminação à Antiguidade, (407 a.C), mais precisamente no discurso proclamado por São João Crisóstomo, no sentido de não ser possível nenhuma pessoa ser compelida a descobrir-se em público: “[...] não te digo que descubras isso – seu pecado – ante o público como uma condecoração, nem que te acues diante dos outros” (HADDAD, 2005, p. 89).

Não obstante a existência de considerável doutrina que reconheça a origem do direito a não autoincriminação ao Direito Romano, muito embora até o aforismo *Nemo tenetur se detegere* vir expresso em latim, Assis (2016) argumenta que muito embora os romanos tenham contribuído para o reconhecimento do homem como pessoa e sujeito de direitos, observando-se o estudo dos sucessivos períodos do Direito Romano a partir da vingança privada, é inconcebível afirmar a ideia de respeito dos direitos de defesa, dentre eles a não autoincriminação.

Desta sorte, como leciona Assis (2016, p. 25):

[...] a presença corporal do acusado era indispensável, onde o magistrado podia utilizar-se de métodos coercitivos para fazê-lo comparecer ao julgamento, atribuindo-se assim importância fundamental a sua participação no processo, o que era incompatível com qualquer direito de não colaboração no Direito Romano.

No direito canônico, que para muitos também é apontado como fonte do direito a não autoincriminação, como afirma Couceiro (2004), havia a existência do primado “*Nemo tenetur detegere turpitudinem suam*”, que estabelecia que ninguém deve ser obrigado a se tornar testemunha contra si mesmo, porque ninguém deve ser obrigado a revelar sua própria vergonha.

Sobre esse viés, segue o entendimento de Filho (2012, p. 9):

Reforçando as bases do argumento, os autores sustentam que todos estão sujeitos a faltas e a crimes de alguma espécie; assim, permitir que acusadores oficiais forçassem os homens a revelar seus próprios crimes colocaria a todos em iminente perigo, o que causaria a destruição da ordem social. Sustentava-se, outrossim, que algumas partes da vida privada somente poderiam ser ventiladas no confessionário, para fins estritamente penitenciais, restando excluídas do objeto do fórum externo. Ainda que não tivesse consciência, no medievo, de um verdadeiro direito à privacidade, ao menos nos contornos da contemporaneidade, já se construíam importantes bases teóricas para a proteção de uma esfera da vida privada, imunizando-a contra a ingerência do Estado e da Igreja.

Contudo, de acordo com Assis (2016), bem como Ferrajoli (2006) é inviável atribuir-se ao Direito Canônico a gênese do direito a não autoincriminação, uma vez que a partir do século XIII, com o IV Concílio de Latrão de 1215, deu-se início ao sistema inquisitório em toda a Europa Ocidental. Com esse sistema é certo dizer então que a imposição do juramento inquisitivo do acusado e a livre utilização da tortura, práticas recorrentes, não eram condizentes com qualquer liberdade de autodeterminação, logo, também com o desenvolvimento do direito a não autoincriminação.

Historicamente, é necessário esclarecer, ainda, a aplicação desse princípio em análise no interrogatório do réu. No período Iluminista, o direito de não produzir prova contra si mesmo ganhou força também ao passar a ser assegurado neste ato processual, uma vez que os iluministas vedaram a utilização da tortura e do juramento de dizer a verdade impostos ao acusado no momento de interrogá-lo.

É oportuno enfatizar a previsão do princípio *Nemo tenetur* nos ordenamentos jurídicos dos Modernos Estados de Direito, bem como sua consagração em vários documentos internacionais que visam à tutela dos Direitos Humanos. Podemos destacar, por exemplo, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, da ONU, de 16 de dezembro de 1966, que consagra expressamente no artigo 14º, nº3, alínea g, o seguinte:

Qualquer pessoa acusada de uma infração penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: (...) a não ser forçada a testemunhar contra si própria, ou a confessar-se culpada (ONU, 1966).¹

No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, estabelece no seu artigo 8.º, nº2, alínea. g, que “à pessoa acusada de um delito é assegurado o direito de não ser obrigada a depor contra

¹“In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees: (...) not to be compelled to testify against himself, or to confess guilt” (Tradução nossa)

si própria, nem a confessar-se culpada”. Ainda se pode fazer referência ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, adotado em 17 de julho de 1998, que contém, nos seus artigos, 55.º, n.º1, alínea a e n.º2, alínea. b, por fim o art. 67.º, n.º1, al. G, manifestações *do Nemo tenetur*.

No que se refere ao contexto nacional, na concepção de Assis (2016), no direito brasileiro, de matriz romano-canônica e baseado nas Ordenações (Afonsinas, Manoelinas e Filipinas), empregou-se o sistema inquisitório que dominava na Europa Continental. Contudo, as supracitadas Ordenações trouxeram a previsão expressa do direito de não prestar juramento ou de não se declarar.

O autor continua que (ASSIS, 2016), o marco fundamental que consagrou um dos manifestos do direito a não autoincriminação no cenário nacional brasileiro foi o Código de Processo Penal de 1941, vigente até os dias atuais. A crítica que acompanhou essa previsão gira em torno de que, não obstante o art. 186 do referido código tenha previsto tal direito, permitiu que os magistrados interpretassem o silêncio do acusado em prejuízo da própria defesa, o que na visão de Haddad (2005, p.118): “[...] retirava com uma mão o direito conferido pela outra”.

Enquanto primeira veste do direito a não autoincriminação, no plano constitucional ocorre, estampado em nível de cláusula pétrea, no art. 5º, LXIII, que: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada assistência da família e de advogado”. Dessa forma, a Constituição de 1988 nega claramente a redação disposta no art. 186 Código de Processo Penal de que a utilização do silêncio pelo réu ensejaria culpa, prejudicando-o.

É oportuno enfatizar que tal possibilidade desfavorável ao réu, contida no art. 186 do CPP, somente veio a ser extirpada de forma expressa do Código com advento da Lei nº10.792/2003, que consignou expressamente:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Por fim, ressalta-se a vigente contradição existente no Código de Processo Penal entre o dispositivo supracitado e o artigo 198, ao prever que: “o silêncio do acusado não importará em confissão, mas poderá constituir elemento para formação do convencimento do juiz”. Em

que pese ainda existência do dispositivo, é certo que temos que ter o entendimento de revogação tácita pela incompatibilidade da alteração que a lei 12.792/03 fez ao CPP.

Ora, o que ocorre é uma incoerência. Se o silêncio não pode ser interpretado em prejuízo da defesa, como previu a referida lei, obviamente este não poderá constituir elemento de formação de convencimento prejudicial ao acusado, uma vez que, sendo assim, o direito ao silêncio não teria a menor efetividade ou razão de ser.

Bem é de ver que o Código de Processo Penal foi promulgado no ano de 1941, sob a égide da Constituição Federal de 1937, e encontra-se em vigor até os dias atuais. Cumpre lembrar, ainda, que a inspiração adveio do Código de Processo Penal italiano, como ensina Pacelli (2013, p. 5):

Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o CPP brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. E nem poderia ser de outro modo, a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo projeto, Ministro Francisco Campos, conforme se observa em sua Exposição de Motivos.

Desta sorte, o Código de Processo Penal, ao ser recepcionado pela Constituição Federal de 1988, traz um novo aspecto ao prezar pelo respeito do postulado da dignidade da pessoa humana, com a interpretação e aplicação dos seus institutos a partir dos diversos princípios constitucionais assegurados pela nova ordem constitucional.

Portanto, como o Código de Processo Penal não traz, expressamente, dispositivos contemplando o direito da não autoincriminação, ao aplicá-lo, é preciso que se faça uma interpretação de modo a convergir com os direitos e garantias do cidadão presentes na Constituição Federal.

Embora o ordenamento brasileiro não traga em previsão expressa o direito a não autoincriminação, ele é, como já exposto acima, comumente extraído do direito de permanecer calado, este sim previsto pela Constituição da República, art. 5º, LXIII, bem como do sistema de garantias constitucionais, como o devido processo legal, ampla defesa e o princípio da presunção da inocência, entre outros. E como bem destaca Carvalho (2009) eventual ausência explícita de um ou outro direito, acaba por ser superada diante das cláusulas gerais presentes no nosso texto constitucional. De modo que, no âmbito do Direito Processual Penal não traz falta significativa.

Nesse diapasão, nota-se que a garantia da qual decorre a vedação da autoincriminação, positivada na Constituição (Título II, Capítulo I, Artigo 5º, LXIII), é construída com base nas interpretações extensivas constitucionais.

Ademais, compreende-se que a garantia da não autoincriminação incide não apenas ao preso, mas ao indivíduo investigado durante todo o processo penal. A titularidade deste direito se estende a qualquer pessoa que esteja em situação ou circunstância de se autoincriminar.

Desde o início da década de 90, o Supremo Tribunal Federal vem definindo que:

A garantia de importância político-jurídica, que impõe os limites bem definidos ao campo de desenvolvimento da atividade persecutória do Estado não se aplica exclusivamente ao preso, mas a qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente a condição jurídica de imputado (voto concorrente do Ministro Celso de Mello no HC 68.742-3qDF, Pleno).

Como leciona ainda, Brasileiro (2012, p.56):

Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado: *Nemo Tenetur se Detegere*.

À vista do exposto, observa-se então que o princípio do *Nemo tenetur se detegere* possui extrema importância no limite da atividade probatória, uma vez que a sua aplicação garante um processo penal justo e democrático, em conformidade com a dignidade da pessoa humana e às garantias e direitos fundamentais.

2.1 A não autoincriminação como garantia fundamental individual

Diante da base axiológica contida da Constituição que tem como objetivo a proteção individual do ser humano para resguardar direitos como a liberdade, a integridade e a vida com dignidade, pode-se afirmar que a não autoincriminação é uma garantia fundamental individual evidentemente extraída de princípios como o da presunção de inocência e da ampla defesa. Esta última, sendo a expressão do interesse do acusado em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionais que comprometam a sua liberdade e dignidade. Sendo, portanto a escolha de um atuar ou um não atuar no intuito de se defender (autodefesa).

Já a presunção de inocência, garantida na CF/88, no artigo 5º, inciso LVII, assenta-se na ideia de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal

condenatória. Desta sorte, diante desse preceito fundamental, extrai-se, como aduz Nucci (2006), que o princípio tem por objeto garantir que o ônus da prova caiba à acusação.

Se a lei presume que o indivíduo é inocente, então não cabe a ele provar essa condição, e sim a acusação, pois todas as pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu (NUCCI, 2016). Neste esteio, em idêntico sentido, Gomes Filho (1991) afirma que decorre do princípio da presunção de inocência a impossibilidade de se obrigar o réu a cooperar na investigação dos fatos.

No Estado Democrático de Direito, tal como o prevê a Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais ganham papéis relevantes para a sua construção e efetivação. De acordo com os ensinamentos de Sarlet (2007, p. 70):

Os direitos fundamentais, conquanto oportunamente averbou H.-P. Schneider, podem ser considerados, neste sentido, *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático. Além disso, como já havia sido objeto de previsão expressa na declaração de direitos da ex-colônia inglesa da Virgínia (1776), os direitos fundamentais passaram a ser simultaneamente a base e fundamento (*basis and foundation of government*), afirmando, assim, a ideia de um Estado que, no exercício de seu poder, está condicionado aos limites fixados na sua Constituição.

Neste esteio, os direitos fundamentais devem ser observados pelo Estado que se pretenda democrático e de direito. E, ainda, o fato de ser “fundamental” diz respeito a um núcleo essencial. Logo, a necessidade de sua observação é justamente o reconhecimento de que o homem possui valores que estão acima e fora do alcance estatal (NUCCI, 2016).

Os direitos fundamentais são entendidos, na visão de Nucci (2016), como os direitos do homem livre e isolado, direitos que possuem em face do Estado, tendo como princípios basilares: liberdade, igualdade e fraternidade, correspondendo essa concepção de “liberdade” aos direitos de primeira geração, o princípio de mais valia na discussão deste trabalho. Contudo, esses direitos abrangem ainda os sociais, coletivos de um modo geral, correspondendo assim respectivamente à segunda e terceira geração.

Ante a breve exposição sobre a definição dos direitos fundamentais, e tendo o entendimento de que destes classificam-se os individuais, é importante ressaltar que o fato de algum direito fundamental não constar previsto na Constituição não exclui a possibilidade de o ordenamento jurídico reconhecê-lo. Vale dizer que há direitos inerentes a pessoa humana independente de constarem previstos expressa e explicitamente (art. 5º, parágrafo 2º, CF).

Ou seja, os direitos individuais não se restringem ao art. 5º da CF/88 podendo ser decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. A par do conceito traçado para os direitos fundamentais, na concepção de Tucci (2004), de nada valeria a projeção de um ideal de definição de direitos do homem se não houvessem meios hábeis para sua efetivação. Dessa forma, então, destaca-se o dualismo - direitos e garantias, sendo necessário distingui-los.

Esclarece também Miranda (apud Tucci 2016, p.19):

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias. Os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se. Poder-se-ia dizer então que os direitos assentam na pessoa, independentemente do estado; são formas de a pessoa agir e valem por aquilo que vale a pessoa; enquanto as garantias reportam-se ao estado em atividade com relação à pessoa.

Estas garantias determinam, na visão do autor, que o Estado utilize instrumentos jurídicos hábeis no sentido de garantir e efetivar a proteção dos direitos fundamentais às pessoas humanas. São, exatamente, essas garantias, como argumenta Saraiva (1992, p. 69):

Que asseguram a legitimidade do procedimento a imparcialidade do julgador e a justiça das decisões. São, enfim, essas garantias que asseguram à sociedade fazer justiça com a dignidade que requer a preservação dos elevados interesses sociais e não, meramente, buscar vingança em ritmo passional, com elevado risco de cometer injustiça na aplicação de precipitadas represálias. A luta contra o crime exige efetivamente severidade das sanções penais correspondentes à gravidade do crime, certeza do julgamento e efetiva punição dos culpados, no mais breve espaço de tempo, de modo que a comoção social decorrente da ação criminosa seja apaziguada pela justa e pronta punição do criminoso. Mas não se pode descambar para o “terrorismo penal”, para usar a expressão de Radbruch, o qual pode estimular a violência do estado e acabar vitimando inocentes. O processo penal e as garantias que o regem não são dirigidos aos criminosos podendo ser alterados conforme o grau de perversidade destes. A tutela se dirige à sociedade como um todo e a cada indivíduo em particular, que pode, a qualquer momento, se transformar em suspeito ou acusado ficando sujeito a abusos injustificáveis e a injustiças irreparáveis se não cercado das garantias constitucionais que lhe asseguram um devido processo legal.

Portanto, partindo desta consecução, extrai-se que o principal objetivo da previsão de garantias constitucionais diz respeito à preservação dos direitos individuais em si considerados, estes que se dirigem a toda sociedade, e como bem pontuado acima, a qualquer indivíduo que possa vir a ser sujeito a tutela da persecução penal, seja antes, durante ou após um processo. O ideal perquirido decorre das preceituações constitucionais atinentes à

efetivação da liberdade, um dos fundamentais e invioláveis direitos do indivíduo, no teor o caput do art. 5º da Constituição Brasileira.

O direito à liberdade física é fundamental. Para amparar tal direito, surge a garantia de que ninguém será levado à prisão sem o devido processo legal, bem como de que ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo, no intuito de se autoprejudicar.

É importante destacar o entendimento de alguns autores como Albuquerque (2008) de que a não autoincriminação é uma garantia nascida para resguardar o sujeito contra violações à sua incolumidade física, psíquica e moral, bem como às liberdades e dignidade. O que faz evidenciar que ela não tem razão de existir que não seja para proteger os direitos fundamentais. Sendo assim, é possível concluir que o princípio do “*Nemo tenetur se detegere*” é uma garantia fundamental do ser humano, assegurando o indivíduo em qualquer circunstância que possa lhe autoincriminar. Por se tratar da garantia de um direito que restringe a atuação estatal, protegendo o cidadão dos seus excessos, visa-se assegurar o postulado da dignidade da pessoa humana em face das ingerências do Estado.

3 A UTILIZAÇÃO DO EXAME DE DNA COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

No que toca a utilização do exame de DNA como prova no processo penal, há que se atentar primeiramente para a sistemática de regramento que norteia o procedimento probatório vigente no ordenamento brasileiro. Nesse sentido, este capítulo abordará a análise da prova na investigação criminal, nas especificidades do exame com amostras de material biológico para DNA.

O DNA é um meio muito útil para a investigação no âmbito da administração da justiça. Tem grande aceitação na esfera de investigação biológica da paternidade e maternidade (processos cíveis), bem como nas investigações de crimes. A prova obtida por meio de DNA é um novo e eficiente fruto da tecnologia, e como afirma Souza (2017), essas novas fontes e meios de provas são, em regra, mais poderosos e invasivos do que os métodos tradicionais, por revelarem informações com características personalíssimas e, por isso mesmo, têm a sua produção, inserção e avaliação no âmbito processual limitadas mais incisivamente por regras e princípios de natureza constitucional, uma vez que quase sempre a sua utilização entra em colisão com a dignidade da pessoa investigada.

Dessa forma, na visão do autor mencionado, torna-se necessário, constituindo uma das mais árduas tarefas do intérprete da norma, encontrar um ponto de equilíbrio: de um lado a aplicação do dever de punir do estado, compreendido em parte como a forma de obtenção e utilização dessa prova; de outro, a concretização e a não violação de direitos fundamentais quando realizada essa instrução processual.

Para tanto, vislumbra-se a necessidade de um cuidado máximo da abordagem da prova de DNA à luz de princípios como o respeito à dignidade humana desdobrado no direito à intimidade, à integridade física, com destaque para observação do princípio que veda a não autoincriminação. De modo que se permita há um só tempo garantir a proteção social e respeitar as garantias individuais constitucionalmente reconhecidas em favor do acusado. É este o ponto de equilíbrio que estamos a analisar.

3.1 Teoria da prova no processo penal brasileiro

Diante de uma Constituição que adotou expressamente, na visão de Souza (2017) o sistema processual acusatório em detrimento do inquisitivo (típico da Idade Média e da

Inquisição) e do misto (permeado por características dos dois anteriores), não há como deixar então de separar as atividades de acusar, defender, gerir a produção de prova e julgar.

Em que pese o fato de a doutrina brasileira majoritariamente apontar que o sistema brasileiro contemporâneo é misto, Lopes Júnior. (2018) acompanha o entendimento do autor supracitado no sentido de que a Constituição Brasileira de 1988 demarca o modelo processual penal acusatório ao desenhar claramente o núcleo desse sistema afirmando que a acusação incumbe ao Ministério Público (art.129, I da CF) ainda, exigindo a separação nas funções de acusar e julgar, a garantia do juiz natural/imparcial e também a efetivação do contraditório.

Lopes Jr (2018) argumenta ser o núcleo fundante para definir o predomínio da estrutura inquisitória ou acusatória, a gestão da prova. Se esta estiver nas mãos das partes, o sistema é predominantemente acusatório, caso haja possibilidade de ser produzida pelo julgador, funda-se na essência um sistema inquisitório.

Contudo, precisamos compreender que esta dedução dos autores de predominância do sistema acusatório no ordenamento brasileiro advém da Constituição Federal de 1988, o maior marco do ressurgir democrático do Brasil, uma vez que o Código de Processo Penal, pré-constituição, é demasiado inquisitorial, com disposições, como o famigerado art. 156, que determina a produção de provas de ofício violando sobremaneira a imparcialidade e a própria estrutura dialética no intuito de resguardar a presunção de inocência do acusado.

Dessa forma, como aduz Lopes Jr. (2018), diante dos inúmeros traços inquisitórios do código de processo penal brasileiro, é necessário dar uma roupagem, fazer uma espécie de “filtragem constitucional” para interpretarmos não só a teoria geral da prova, mas o processo penal como um todo.

O fato de ter-se assegurado o exercício do direito à prova no ordenamento jurídico brasileiro, implica a efetivação do direito à ampla defesa, ao contraditório, exigência constitucional que dá concretude a obtenção de uma decisão justa às possíveis crueldades cometidas pelos indivíduos. Partindo da concepção de sistema acusatório adotada pela CF/88, deve-se efetivar o direito de ação de um indivíduo, no sentido de que este possa não apenas provocar o exercício da jurisdição, mas ver realmente valorada a sua pretensão levada a juízo. Nesse diapasão, a fim de se efetivar o provimento jurisdicional adequado, é necessário, sobretudo, poder provar de fato, o que em um primeiro momento fora dito, alegado.

Contudo, é necessário, se impor limitações a essa possibilidade de produção de prova, uma vez que, como enfatiza. Brasileiro (2016) o processo penal brasileiro é regido pelo respeito aos mandamentos constitucionais, que prezam pelos direitos fundamentais; e

plantado sob a égide de princípios éticos que não admitem a produção de provas mediante violação de regras protetivas.

Portanto, a validade da prova produzida em juízo também está condicionada à observância dos princípios que norteiam o devido processo legal, sendo um deles, como já fora especificamente retratado no capítulo anterior, o princípio da não autoincriminação, que culmina na proibição de obrigar ou induzir o sujeito passivo a produzir prova contra si mesmo, passando a observância a tais direitos a ser condição de existência e validade do processo instaurado contra qualquer cidadão sob pena de inadmissibilidade por ilicitude no processo.

A lógica dessa vedação de admissibilidade de provas ilícitas no direito brasileiro, segundo bem enfatiza Souza (2017) procura mandar duas mensagens claras. A primeira, aos órgãos encarregados da produção de provas e a segunda para toda a sociedade. É o que argumenta:

Não adianta utilizar-se de meios escusos para alcançar a qualquer custo uma pseudo-verdade processual, pois seus ilícitos esforços serão em vão; a segunda deve ressoar em toda a sociedade a ideia de que “na relação estado e indivíduo não pode vigorar a máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios, mas sim, deve-se vigorar a ética do devido processo legal (SOUZA, 2017, p. 37).

Em estados totalitários, não há esses limites à busca de provas, sendo o interesse público colocado acima de qualquer direito. O poder estatal não possui limites ou vedações na busca de provas, não há, enfim, ilicitude de provas, tudo se justifica pela busca da verdade real idealizada no processo.

Ora, resta claro e evidente, sendo desnecessário afirmar que esses desideratos não podem se encontrar em um estado democrático de direito como o é o brasileiro. Onde, na visão de Assis (2016), o processo penal passa a ser limitado por valores superiores que garantam a preservação dos direitos do homem. Certo é então que as provas ilícitas, porque inadmissíveis, não podem ser consideradas como prova, senão um mero arremedo desprezível. (SOUZA, 2017)

Ainda no que toca a produção de prova, diante do disposto no art.156 do CPP, a prova do que vier a ser alegado incumbirá a quem assim o fizer. Ou seja, a interpretação é a de que não importa qual seja a parte, se autora ou se ré, quem alegar um fato, terá que prová-lo. Dessa regra, surgem questionamentos na doutrina sobre a existência de uma corrente que dá uma interpretação diversa, e ao nosso ver mais condizente com um processo penal constitucional, que argumenta ser o ônus da prova no processo, exclusivo da acusação.

Esta corrente, a qual se filia Brasileiro (2016), sustenta que diante do princípio do “*in dubio pro reo*”, regra de julgamento que vigora no campo criminal, o acusado jamais poderá ser prejudicado pela dúvida sobre um fato relevante para a decisão do processo. Bem como, em nome da presunção da inocência o ônus probatório tem que ser atribuído com exclusividade ao acusador, não competindo ao réu demonstrar sua inocência. E, ainda, como bem pontua Sérgio Ricardo de Souza (2017), que caso a acusação não tenha se desincumbido do ônus de provar o que alegou, aplica-se a máxima latina do “*in dubio pro reo*”, absolvendo-se o réu pela incapacidade de a acusação demonstrar que ele é culpado (CPP, art. 386, VII).

No mesmo sentido, Carnelutti (apud Lopes Jr. 2010, p. 440):

O direito de defesa, especialmente sob o ponto de vista negativo, não pode ser ilimitado, principalmente porque ao seu lado existe outro princípio básico muito bem apontado por Carnelutti: (1950 pg. 180) a carga da prova da existência de todos os elementos positivos e a ausência dos elementos negativos do delito incumbe a quem acusa. Por isso, o sujeito passivo não pode ser compelido a auxiliar a acusação a liberar-se de uma carga que não lhe incumbe.

De acordo com Nucci (2014) a origem do termo prova vem do latim “*probatio*”, que significa, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. A derivação do verbo em latim “*probare*”, que é provar remete ao significado de verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

Dessa forma, estabelece-se que a prova tem função persuasiva com finalidade de convencer o julgador sobre determinado fato. Brasileiro (2016) determina prova como “tudo aquilo que demonstra ou estabelece a verdade de um fato”.

Embora o Código enumere alguns meios probatórios, (como o exame de corpo de delito e outras perícias, o interrogatório do acusado, a confissão, as declarações do ofendido, as testemunhas, o reconhecimento de pessoas ou coisas, a acareação) a previsão é meramente exemplificativa, no sentido de que há outros meios legais ou inominados. Em princípio, tudo aquilo que, direta ou indiretamente possa servir para formar a convicção acerca da ocorrência de um fato é aceito como meio de prova, desde que lícitos, admitidos pelo ordenamento jurídico. (NUCCI, 2016).

Ainda na concepção do autor supracitado, trazendo a lição de Grinover (1982, p. 98):

Em relação aos meios ilícitos, é preciso destacar que eles abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como aos princípios gerais de direito.

-
Ou seja, tendo em vista a amplitude do objeto da prova, diante do rol meramente exemplificativo do Código de Processo Penal (CPP), o único limite é que estas provas não atentem contra a moral e dignidade humana, conforme vedação expressa de admissão de prova ilícita, art. 157 do CPP, este que é um desdobramento do mandamento constitucional previsto no art.5º, LVI da CF.

Ante o exposto, infere-se que sempre que a prova colidir com um direito ou garantia previsto ou advindo de uma norma, deverá ser vedado o seu uso no processo penal. Ressalvada algumas exceções levantadas pela doutrina e jurisprudência, com base no princípio da proporcionalidade. O que será mais bem abordado em tópico posterior.

A utilização do material genético como prova no processo penal advém do meio de prova pericial. Perícia, como aduz Nucci (2016), é o exame de algo ou de alguém realizado por técnicos e especialistas em determinados assuntos no intuito de trazer conclusões ao processo penal. Na visão do autor, além de um meio de prova, a perícia pode constituir-se também em meio de valoração da prova, uma valoração que requer específicas competências técnicas, científicas ou artísticas. Necessita, assim, de conhecimentos específicos, que somente estudiosos de determinadas áreas possuem.

Então, a perícia, prevista nos art.158 a 184 do CPP, tem três funções que, para serem exercitadas, requerem conhecimentos específicos: 1). Desenvolver investigações para adquirir dados probatórios 2) Adquirir referidos dados, selecionando-os e interpretando-os; 3) Realizar a valoração em relação aos dados produzidos (NUCCI, 2016).

As provas periciais são indispensáveis quando o juiz ou as partes que não têm conhecimento técnico necessário e precisam ilustrar algum fato que dependa de um auxílio técnico/perito. Por esse motivo, a perícia técnica surge como uma maneira de deixar claro o que é peculiar de outra ciência, por meio de exames periciais realizados com técnicos especializados e aperfeiçoados.

O perito, por elementar, não é meio de prova ou sujeito de prova, sendo estéril(senão descabida) tal discussão. É ele um “auxiliar da justiça”, na definição do Título VIII do CPP, mas cuja produção (laudo) é, sim, um meio de prova (LOPES JR., 2018). Portanto, da análise do conceito e da finalidade atribuídos a prova pericial, é possível verificar que o exame de DNA se encaixa nas formas de perícia.

A coleta de perfil genético dedica-se então à prova cuja fonte é a pessoa do investigado, o meio de prova é a perícia e o meio de obtenção de prova se dá através da extração do DNA.

Embora nos limitemos neste trabalho, especificamente, ao que toca a coleta do descarte do DNA, é oportuno enfatizar a diferença deste, que é análise que trazemos à discussão, para com relação à coleta que advém propriamente de uma intervenção corporal, o que se difere do descarte, uma vez que, para utilizá-lo, não há essa necessidade de intervenção.

De acordo com o que argumenta Emílio de Oliveira e Silva (2014), pode-se dizer que temos, hoje, dois sistemas de coleta de perfil genético por meio de intervenção corporal no Direito Processual Penal brasileiro. Um que prevê a extração compulsória de DNA para fins de prova (artigo 3º, II, e 5º, parágrafo único, da Lei n. 12.037/2009, com redação da Lei n. 12.654/2012) e outro a criação e manutenção de um banco de dados de DNA para fins de identificação criminal propriamente (artigo 9º-A, da Lei n.7210/1984, com redação da lei 12.654/2012).

Dessa forma, diante da classificação feita pelo autor, conclui-se que o primeiro tem a natureza de uma medida probatória, devendo então se submeter ao devido processo legal. O segundo, conforme pondera ainda criticamente Emílio (2014, p. 1):

O segundo é menos defensável, pois permite colher os dados genéticos de condenados por crimes hediondos, com o fim – declarado pela lei de formar um banco de dados. Portanto, não tem natureza probatória. Ora, se não tem natureza probatória, qual a sua finalidade? É um efeito da condenação? Seria a finalidade apenas formar um banco de dados? Para quê? E, depois, a lei n.12.654/2012 permite a extração dos dados genéticos obrigatoriamente, desde que por método indolor. Ainda: esses dados não podem ficar em bancos eternamente, pois a lei estabelece um prazo. Então, para que manter os dados no banco? Qualquer crime hediondo ensejaria a perda do direito à privacidade dos dados genéticos?

Bem, ante a exposição dessa crítica acima levantada por Oliveira é oportuno enfatizar que está pendente o julgamento no STF(RE 973837/MG) da constitucionalidade desta lei 12.654/2012 que permite a coleta compulsória por meio de intervenção corporal para extrair o DNA. Não obstante, no que toca ao objeto de análise deste trabalho, a coleta do descarte, o STJ já encampou e trouxe entendimento de licitude à prova quando negou a ordem em *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública de Minas Gerais, cuja pretensão residia no desentranhamento de prova pericial colhida a partir de copo e colher de plástico utilizados por um homem que se encontrava preso por homicídio triplamente qualificado, estupro e

extorsão, sob o argumento de se tratar de prova não invasiva que independe de participação e intervenção corporal do acusado. É o que abordaremos no tópico seguinte, do exame de DNA.

3.2 Exame de DNA

Primeiramente, antes de adentrar na análise pormenorizada dos casos em que se utilizará o exame genético para fins de investigação criminal no Brasil e discutir a tese sobre a constitucionalidade da utilização do descarte como prova, no que toca a violação ao princípio da não autoincriminação, há que se trazer a diferenciação exposta por Emílio de Oliveira e Silva (2014) entre os conceitos de: amostra biológica, exame genético e informação ou dados genéticos.

Para o autor, dados genéticos, segundo o Art.1 da Declaração Internacional dos Dados genéticos humanos, são “informações relativas às características hereditárias dos indivíduos, obtidas pela análise de ácidos nucléicos ou por outras análises científicas”. Estes estão presentes em um suporte físico que contém a molécula de DNA.

Ainda nos termos da referida declaração, art. 2, IV, a amostra biológica é “qualquer amostra de material biológico que esteja presente ácidos nucléicos, por exemplo, células de sangue, da pele, dos ossos ou do plasma sanguíneo”. Como bem aponta também Callegari (2012) a busca de provas pelo DNA “inscreve” a presença de um indivíduo a partir de um cabelo, de uma lágrima ou de um vestígio de esperma.

No que toca a identificação criminal, porém, essas informações genéticas são obtidas pela análise dos polimorfismos presentes na região do DNA não codificante. Essa análise é feita por meio do exame genético, que de acordo com o art. 2. XII da Declaração Internacional dos Dados genéticos humanos é o “método que permite detectar a presença, ausência ou modificação de um determinado gene ou cromossomo”.

Dessa forma, no intuito de se obter informações genéticas, torna-se imprescindível a realização de tal exame, que como destaca o autor, só pode ser feito mediante o acesso ao DNA presente nos cromossomos da célula do corpo humano. Emílio De Oliveira e Silva (2017)

O DNA, ou ácido desoxirribonucleico, é um composto orgânico cujas moléculas contém as instruções genéticas que coordenam o desenvolvimento e funcionamento de todos os seres vivos e de alguns vírus. A molécula de DNA, em sua estrutura, foi descoberta em 1953 por Francis Crick e James Watson, e tem sido utilizada como um meio de investigação criminal. (GODINHO, 2014). De acordo com o autor Emílio de Oliveira e Silva (2017), os

primeiros estudos envolvendo o uso científico de dados biológicos nos procedimentos de investigação criminal remuneraram ao início do século XX, na França. Por meio da transferência de fluídos corporais entre autor, vítima e o local do delito criaram o denominado Princípio de Intercâmbio de Locard, que assentou as bases da ciência forense e por meio desse ficou acertado que todo o contato físico deixa vestígios.

Desde então, analisar o local do delito passou a ser fundamental na investigação criminal, vez que como demonstra o autor mencionado, a presença de vestígios biológicos em crimes que deixam vestígios, supera os 95%, o que na visão dele possibilita associar uma pessoa ao local do delito, reconstituir os fatos e compreender assim a execução do crime, sua motivação, data, horário entre outras circunstâncias.

Se por um lado o desenvolvimento propiciado pela tecnologia genética redundou em resultados positivos, uma vez que se aumentam consideravelmente as chances de identificação de delinquentes e vítimas no âmbito criminal, por outro lado, se esses dados não forem utilizados de forma adequada, o que é de grande possibilidade diante das falhas humanas em manter os devidos cuidados em todo o procedimento de coleta e manutenção do DNA, coloca-se em risco os direitos e garantias fundamentais do ser humano, estendendo esse perigo não só a pessoa do investigado, mas a todos aos quais partilham o seu genoma.

Ou seja, há grande chance de se gerar uma exposição sem precedentes no recanto mais genuíno de uma pessoa. Nesse esteio, no que toca ao uso dos dados genéticos para condenar um indivíduo, é oportuno esclarecer o cuidado que se deve ter com a sua utilização. A sua aplicação implica estabelecer critérios e limites bem definidos e restritos para que as utilizações desses mecanismos tecnológicos não venham suprimir direitos constitucionais.

Deve-se partir de uma visão que este deve ser um recurso excepcional sem margem para atuações discricionárias, abusivas, retrógradas e mal embasadas, como o é, por exemplo, a lei 12.654/2012, permitindo a possibilidade de extração compulsória genética e criação de um banco de dados genéticos, por exemplo. Indo contrariamente aos ideais que defendem os direitos fundamentais individuais consubstanciados em uma base democrática, sob o viés de ter uma maior facilidade e celeridade na aplicação do dever de punir, efetivando a “segurança da coletividade”.

Está arraigado e é notório o anseio que a sociedade tem a favor da restrição da autonomia individual em nome do combate ao crime sob a roupagem de um ideal de segurança como valor fundamental, travestido num apelo às regras de exceção e fazendo prevalecer muitas vezes a supremacia do bem comum sobre os direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, valendo-se, então, do conjunto de elementos restritivos do Direito

penal como fonte de controle imediato, quando na verdade este deveria ser a última *ratio*, ou seja, a última opção.

Nesse diapasão, como bem destaca Zaffaroni (2007, p. 170) sobre o grande “inimigo” do reconhecimento desses direitos fundamentais no nosso Estado Democrático de Direito:

[...] A condição de validade e eficácia do pacto social assentado no reconhecimento dos direitos fundamentais e no Estado Democrático de Direito, é a limitação da violência graças ao monopólio legítimo do uso da força por parte de um estado imparcial. No entanto, deve-se atentar para o fato de que as “couraças” que aprisionam o Estado de polícia no seio do Estado de Direito não o eliminaram de forma absoluta, apenas o encapsularam, razão pela qual “o Estado de polícia que o estado de direito carrega em seu interior nunca deixa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o estado de direito lhe coloca.

Quer dizer, a obtenção de amostra biológica e a análise de sua informação genética (que causam repercussões em direitos fundamentais pela capacidade de exporem características personalíssimas e comprometerem a liberdade de um indivíduo) vêm sendo eminentemente utilizadas, justificadas pela busca de defesa social, justamente a mesma ideia trazida por Zaffaroni (2007) de que nitidamente quando buscamos maximizar o poder punitivo, de forma ilimitada, sem parâmetros, sem estabelecimentos de normas legais para intervenções estatais, ou até estabelecendo-as, mas de maneira a deixar discricionariedade para o estado suprimir direitos individuais, tudo encontrando razão em nome da “Segurança Pública”, nós estamos a carregar o estado de polícia dentro do Estado de Direito, vivendo então a farsa do nosso modelo democrático.

Isto acontece, segundo a ideia trazida por Karam (1991) de que o sistema penal é anunciado como o “produto” destinado a fornecer segurança e tranquilidade à população por causa da existência de uma publicidade que reduz violência à criminalidade convencional, distorcendo e ocultando dados comprobatórios da criminalidade. E o que seria a publicização de uma criminalidade convencional? São campanhas que manipulam emoções propagandeando falsas informações a alguns crimes mais cruéis no intuito de produzir uma indignação social, criando um clima de pânico que aumenta a demanda por maior repressão e ação policial.

Nas palavras de Karam (1991, p. 200):

Estatísticas são divulgadas, sem que se aponte o fato de que a mensuração da criminalidade é de impossível realização, na medida em que o número de crimes não conhecidos é infinitamente superior ao de crimes registrados, o que impede uma afirmação real sobre o aumento ou a diminuição dos crimes efetivamente acontecidos. Criam-se também crenças, que são prontamente

assimiladas, sem quaisquer questionamentos. Há tempos que se afirma, por exemplo, que a maioria dos habitantes do Rio de Janeiro já foi vítima de, no mínimo, um roubo. Entretanto, a pesquisa realizada pelo Ibope, no Grande Rio, em julho de 1990 – e, naturalmente, pouco divulgada – contém a informação de que 62% dos entrevistados responderam que nunca tinham sido assaltados.

Portanto, diante dessa publicidade enganosa cria-se um fantasma da criminalidade. Justificando a intervenção do direito penal como alternativa única, como a forma de se conseguir a segurança. Crendo que todos os problemas serão solucionados, quando na verdade, uma quantidade imensa de outros crimes permanece desconhecida ou impune. Enquanto que o argumento de que o maior deleite se encontra na punição de crimes que ferem a propriedade privada, o maior bem das classes dominantes, esquecendo-se e passando batido, por exemplo, os escândalos com a Administração Pública.

Segue argumentando Karam (1991, p. 100):

Não se destina o direito penal da sociedade capitalista a proteger apenas bens e valores essenciais, no sentido de bens comuns a todos os homens. Ao lado da proteção à vida, à liberdade, à integridade física e moral, o processo de criminalização acaba por instrumentalizar e dar máxima proteção à propriedade privada, em detrimento de bens essenciais. Tomando a medida da pena como um referencial do valor atribuído aos bens jurídicos penalmente tutelados, podemos ver essa afirmativa concretizada no direito penal brasileiro. Uma lesão corporal com resultado gravíssimo doloso tem pena igual à do furto qualificado, ou seja, reclusão de 2 anos. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade guarda ou vigilância é conduta punida com pena de reclusão de 1 a 5 anos enquanto um roubo simples tem pena de reclusão de 4 a 10 anos.

Ou seja, resta claro a falsa ideia de defesa social. Não há a mínima preocupação quanto a isso. A tutela de bens jurídicos e a criminalização das condutas, bem como ainda a máxima restrição dos direitos fundamentais independe de maior ou menor dano social que tais condutas irão provocar. Não é o dano social, como bem pontua Karam (1991) a variável principal da reação criminalizadora e da intensidade da ameaça penal do estado. Ao contrário, essa reação está em relação inversa com o dano social provocado.

Ainda, no que toca a máxima intervenção penal, Karam (2009, p. 395) escrevendo sobre a expansão do poder punitivo e a necessidade de reafirmação do direito à defesa dos indivíduos contra o *jus puniendi*:

Embora mantidas as estruturas formais do Estado de direito, vai se reforçando o Estado policial sobrevivente em seu interior, vão sendo instituídos espaços de suspensão de direitos fundamentais e suas garantias, vai sendo afastada sua universalidade, acabando por fazer com que, no campo do controle social exercido através do sistema penal, a diferença entre democracia e Estados totalitários se torne sempre mais tênue .

Portanto, o Direito Penal e Processual Penal deve caminhar rumo ao estado de Direito ideal, uma vez que, ao deixar de fazê-lo, o estado de polícia avança. É o que se observa na realidade brasileira a partir do difuso clamor de recrudescer o sistema punitivo em que se enxerga diante do posicionamento da sociedade, dos legisladores e magistrados a expansão das medidas repressivas, expressadas por preconceitos e rejeições ao exercício do direito de defesa do réu no processo penal. Trocando a liberdade pela segurança, sem perceber que poderão ser as próximas vítimas deste descontrole do poder punitivo, visto que como argumenta a Ex-juíza de direito Maria Lucia Karam (2009, p. 400) que numa democracia, as garantias que protegem a liberdade diante do violento poder punitivo não são apenas garantias do indivíduo que, em um determinado momento está sendo acusado de um crime. Não são garantias destinadas a proteger apenas a sua liberdade. São garantias de todos os indivíduos. São garantias que visam proteger então o direito fundamental de todos os indivíduos. Portanto devem ser uma preocupação de todos.

Ainda no que toca ao enfraquecimento dos direitos fundamentais em detrimento da troca da liberdade pela segurança, Karam (2009, p. 396):

Chega-se a propor a substituição dos clássicos valores de “liberdade, igualdade, fraternidade” por supostamente novos valores de “segurança, diversidade, solidariedade”. Esquece-se que a diversidade e a solidariedade são consequências naturais da igualdade e da fraternidade. Mas esquece muito mais. Esquece-se que trocar a liberdade por segurança, na realidade, significa trocar a democracia pelo totalitarismo. Quando se admite trocar a liberdade por segurança, além de trocar a democracia pelo totalitarismo, perde-se a liberdade e não se obtém a segurança. Quando uma sociedade troca a liberdade por segurança, está negando vigência aos direitos fundamentais e rejeitando os fundamentos da democracia.

3.2.1 Controvérsias acerca da utilização do exame de DNA

Existem algumas controvérsias acerca da utilização deste exame de DNA no processo penal. De antemão já se enfatiza que a divergência maior encontra existência quando o mesmo é requerido ou extraído sem a concordância do réu pela acusação ou de ofício pela autoridade responsável, conforme a fase em que se encontrar (pré-processual ou processual). Já mais tendencioso a incontroverso é quando o sujeito passivo, exercendo o seu direito à

liberdade e dispondo, renunciando ao seu direito de não auto incriminar-se, consente na realização do exame.

Portanto, nos limitaremos a abordar o ponto controverso, os casos em que não há consentimento para a utilização dessa prova e a realização do exame de DNA se dá sem a concordância do acusado. Contudo, é oportuno ressaltar ainda quanto ao exame feito com a concordância e liberalidade do acusado sobre o cuidado que se deve ter em partir desse pressuposto de disponibilidade, visto que é perigoso colocar a vida e a integridade física como algo que ele pode dispor. Portanto, deve-se atentar que não é qualquer consentimento que deverá ser válido. Tem que ser expresso e anterior ao ato de coleta para que não reste dúvida da vontade do sujeito.

Com base nas premissas lançadas supra, o objetivo é discutir a incidência do direito de não produzir prova contra si mesmo em relação à obtenção do DNA mediante amostra biológica descartada.

Conquanto, indaga-se: seria possível e lícito, produzir provas de exames de DNA a partir da coleta de uma bituca de cigarro descartada por um suspeito/investigado? Se sim, em que medida? A resposta nos impõe a analisar várias peculiaridades em que se circundam e limitam direitos e garantias individuais fundamentais.

Predomina de maneira ampla, sem maiores divergências, a posição de não há violação ao princípio limitador da instrução probatória: *Nemo Tenetur se detegere* uma vez que, da ocorrência do descarte, presume-se que “a ninguém pertence mais”, foi descartado, jogado. Não tem dono. Dessa forma, há quem acredite na licitude da produção por meio do descarte.

Nesse raciocínio segue o entendimento de Oliveira e Silva (2014, p. 121)

Em situações como essas deve ser notado que inexistente intervenção corporal, motivo pelo qual se torna despiciendo exigir todos os seus pressupostos jurídicos, inclusive de autorização judicial. O Supremo Tribunal da Espanha, na decisão STS 760/2006, entendeu pela desnecessidade de autorização judicial para que a polícia judiciária recolhesse material genético abandonado pelo suspeito. Para o mencionado tribunal, a partir do momento que a amostra se separa do corpo da pessoa, sem que ela demonstre a vontade de permanecer como titular do vestígio biológico, a amostra se converte em *res nullius* e, assim, pode ser recolhida pela polícia para fins investigativos.

Em idêntico sentido, Pacelli, (2018, p. 401):

Embora pertencentes ao acusado, determinados objetos materiais e/ou substâncias orgânicas poderão validamente ser objeto de prova, desde que: a) tenham sido disponibilizados por ele, isto é, dispensados voluntariamente de seu domínio (cigarros, por exemplo);

Ainda, segue justificando o autor de que não há qualquer obstáculo na produção dessas provas, vez que o Direito Penal como intervenção mais radical é também destinado à proteção dos direitos fundamentais. “Afinal, como fica o direito da vítima? Direitos subjetivos são oponíveis a todos, que lhe devem respeito e observância” (PACELLI, 2018, p. 400). Deste modo, sugere, porém, o dever de expressa previsão a lei e controle judicial para a produção dessa prova advinda do descarte.

Nessas circunstâncias, considera-se que o vestígio não pertence mais a determinado indivíduo, não sendo este merecedor de proteção jurídica. Entende-se que, com o abandono, o objeto torna-se público. Então, para obtê-lo, não há ofensa ao princípio da não autoincriminação, quiçá à intimidade, privacidade, vez que não houve intervenção corporal. Diante disso, aponta-se também como argumento pela não violação do direito de não produzir prova contra si mesmo o fato da utilização do descarte ser uma prova não invasiva. Para tanto, há que se esclarecer sobre essa prova.

Por meio da classificação adotada pela doutrina, existem as provas que não dependem da cooperação do acusado e as que dependem, estas ainda se classificam entre provas invasivas e não invasivas. As primeiras, de acordo com Queijo (2012) são aquelas obtidas por meio de intervenção direta no corpo do suspeito ou acusado, pressupondo penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não, como por exemplo, a coleta de sangue. Já quanto às provas não invasivas são aquelas que, embora provenientes do corpo do acusado, não são coletadas diretamente dele, visto que não implicam numa penetração no corpo humano. Pode-se exemplificar: fios de cabelos, saliva, urina, sêmen.

Segue ainda na mesma linha a opinião de Queijo (2012, p. 245):

No que diz respeito às provas que dispensam a cooperação do investigado, parece não existir maiores controvérsias sobre a ausência de violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, uma vez que não se exige dele uma atuação contra si mesmo, podendo ser objeto de prova os vestígios deixados na cena do crime ou colhidos em outros locais. Por outro lado, maior atenção parece merecer a colheita de provas que dependam da sua cooperação, uma vez que, em tese, ele poderia se recusar a tanto por não ter o dever de produzir prova contra si mesmo, especialmente, no que diz respeito à coleta de material biológico, nas hipóteses em que impliquem intervenção corporal.

Logo, a interpretação é a seguinte. Os autores acreditam que não há qualquer violação ao *nemo tenetur se detegere* no que toca às intervenções corporais não invasivas sob o argumento de que não ocorre invasão a intimidade, uma vez que não há coleta direta do corpo humano. Ora, sob o ponto de vista deste trabalho há uma compreensão equivocada nisto. O que ocorre, na verdade, é não violação ao direito de intimidade do indivíduo investigado. Pode-se muito bem haver violação a não autoincriminação sem violar a intimidade. Uma coisa não exclui a outra. São direitos, na nossa concepção, independentes e específicos: de não se auto incriminar e de manter a sua intimidade preservada.

De fato, não há obviamente a produção de uma prova incriminadora invasiva diante da coleta de algo que foi dispensado voluntariamente pelo acusado, vez que não houve nenhum tipo de intervenção no corpo do indivíduo. Não há violação da intimidade, mas pode haver a não autoincriminação. É possível observar então, ante as considerações expostas, a forte tendência de relativização das garantias advindas do princípio do *nemo tenetur se detegere*, em que pese a condição de não ser rechaçado sob qualquer justificativa, dado o seu reconhecimento como direito fundamental.

Com efeito, utiliza-se dessa escusa, em que se confunde a não autoincriminação com a intimidade, para consagrar valores antiéticos e imorais, colidindo frontalmente com os nossos valores consagrados na nossa carta magna. Como se o fato de não violar a intimidade ou privacidade, resulte diretamente na não violação do direito de não produzir prova contra si. O que não nos convence. São coisas distintas, embora possam ser relacionadas, são independentes.

Para ilustrar mais ainda tal afirmativa aduz-se alguns casos ocorridos no Brasil e suas resoluções.

O caso de Roberta Jamilly, em 2003, na cidade de Goiânia, é um dos que ganharam destaque. Um delegado de polícia apreendeu a bituca de cigarro descartada pela vítima de um sequestro, para fazer exame de DNA no intuito de conseguir provar que ela não era filha da acusada. Havia suspeita de que a moça Roberta Jamilly havia sido sequestrada pela empresária Vilma Martins. Roberta, chamada à delegacia para prestar depoimento policial recusou-se a fazer exame de DNA. Porém, recolheram o que ela havia deixado no cinzeiro e conseguiram comprovar que ela era criança que havia sido sequestrada na maternidade.

Outro caso, utilizando a mesma tese, - do material biológico descartado – ocorreu em 2002, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) permitiu o recolhimento da placenta da mexicana Gloria Trevi. A cantora engravidou enquanto quando se encontrava detida na

Polícia Federal, em Brasília. Seus advogados levantaram suspeitas de que ela havia sido estuprada dentro da carceragem. Diante dos fatos, o STF decidiu que prevalecia o direito público de esclarecer quem foi o envolvido. Neste sentido, na ocasião, restou concluído que após o parto a placenta já não fazia mais parte do corpo e que, por isso, não haveria impedimento para a realização do teste.

Logo, como bem destacou Solange Azevedo, em uma entrevista concedida a revista *Época* “De canudos a guardanapos, pontas de cigarros a fios de cabelo e até placenta, qualquer objeto pode deixar uma pista biológica. Ninguém está a salvo” (*ÉPOCA*).

Ainda, em idêntico sentido tem se pronunciado a jurisprudência:

Apelação criminal. Estupro. Absolvição. Descabimento. Materialidade e autoria comprovadas. Depoimento da vítima em harmonia com as provas dos autos. Exame de DNA. Prova não-invasiva. Cabimento. Mantém-se a condenação quando o acervo probatório, constituído da palavra da vítima e da prova pericial, demonstra sem qualquer dúvida, a prática do crime de estupro. Quando o objeto descartado pelo agente deixa de fazer parte de seu corpo e passa a se tornar objeto público por opção da pessoa, não existe mais direito ou garantia que possa ser atingido pela produção de prova utilizando-se a coisa dispensada. Típica hipótese de prova não invasiva. Nos crimes contra a dignidade sexual, normalmente praticados às ocultas, a palavra da vítima, quando harmônica e coesa com as demais provas reunidas nos autos, possui especial relevo e é suficiente para fundamentar a condenação. Recurso conhecido e não provido. (DF. TJDF. Apelação criminal. 2012, online)

Faz bem destacar a diferença entre as circunstâncias em que se deu o acórdão e o que houve nos casos acima relatados. Nos dois casos tratados, da cantora Glória Trevi e de Roberta Jamilly, observa-se que as duas não eram suspeitas do crime, o que não acarretaria diretamente na violação do princípio da não autoincriminação, mas violaria sobremaneira os seus direitos à privacidade. No que toca ao acórdão referido acima, é frontalmente uma violação ao acusado, pois esse se encontra no seu direito de não produzir provas contra si mesmo, sendo justificado por conta novamente da ideia de que não houve intervenção corporal.

Dessarte, ante as comprovações expostas no intuito de ilustrar o posicionamento defendido pela doutrina e jurisprudência brasileira de constitucionalidade e não ilicitude da prova produzida pela coleta do descarte de amostras biológicas destacadas do corpo, é possível identificar a visão tendenciosa a relativizar o princípio que veda a autoincriminação. Imperativo, porém, é reiterar que no caso Roberta Jamilly, a violação não seu deu em relação ao direito de não produzir prova contra ela, e sim ao seu direito de intimidade, uma vez que o

questionamento sobre a maternidade da garota enquanto pessoa humana e vítima, dizia respeito sobre a intimidade da vida privada dela querer ou não saber quem era sua mãe biológica. Sobretudo uma afronta maior por ela ser a interessada e não poder sequer ter a menor chance de ter a sua integridade física e moral preservada, ainda sob o argumento de que é algo que foi expelido e a “ninguém pertence”.

Se a ninguém pertencesse, o resultado final do exame não seria útil, não existiria a menor possibilidade de se fazer um exame de DNA sem amostra biológica a ser identificada. O que ocorreu foi uma conduta de necessidade básica humana (o ato de fumar um cigarro) natural que viesse a ser expelido, e, evidentemente pertencia à menina. É de todo incoerente e não nos convence, os argumentos dos casos relatados acima: o descarte ser colhido numa “terra sem dono”, a prova não ser invasiva.

Entretanto, é coerente, embora somente se justificando tais interferências com a utilização do critério da proporcionalidade, o argumento de que, pelo fato de não haver intervenção corporal, e, portanto, não exigir um comportamento ativo que possa autoincriminar o réu, a coleta de amostras biológicas destacadas do corpo sem a anuência do indivíduo pode ser admitida. Pois, de acordo com o que foi exposto no primeiro capítulo, um dos desdobramentos do princípio que veda a autoincriminação, o direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo. Ou seja, não é porque a ninguém pertence, visto que há sim propriedade de alguém. E sim, porque não se exige um comportamento ativo. Sendo certo que o STF possui entendimento sedimentado pela inadmissibilidade da prova obtida por meio de intervenções que imponham uma ação ao cidadão e suscetíveis de autoincriminação.

Em sentido idêntico, para o entendimento de Trois Neto (2011, p. 133):

Também nos casos em que se requer somente, ou em maior grau, uma postura omissiva por parte do acusado, como nas diligências de reconhecimento e nas investigações corporais, a pretensão do indivíduo de não se submeter à produção da prova está *prima facie* protegida. Uma pessoa não é instrumento para a própria condenação apenas quando colabora mediante uma conduta ativa, querida e livre, mas também quando, contra a sua vontade, tem de tolerar que o próprio corpo ou imagem seja utilizado para o fim de possibilitar produção de uma prova. A intervenção no direito a não autoincriminação será tanto menos grave quanto menor for o grau de atividade exigido do imputado, mas não podem ser excluídas da proteção do direito fundamental, antes de qualquer ponderação, as condutas que, embora predominantemente passivas, de algum modo digam respeito à liberdade do acusado para se autodeterminar como parte. A existência de razões para a submissão do acusado a uma diligência probatória não faz apagar, por completo, sua condição de sujeito processual. Não obstante a distinção conceitual entre sujeito processual e o objeto da prova, essa dupla condição

se reúne, quando o problema se coloca, em uma única pessoa, cuja dignidade deve ser respeitada.

Portanto, como bem raciocinou o autor, a questão reside em apurar o grau de intervenção no exercício da condição do réu de sujeito processual e, se mediante o critério da proporcionalidade, determinada diligência probatória estaria justificada.

Mas, ainda rememorando o que já alertamos em tópico posterior, o DNA é uma prova um tanto quanto perigosa, ainda que coletada com a anuência ou não do sujeito, visto que, mesmo diante do grau avançado de infalibilidade, está sujeito a nos trazer erros, incoerências e, portanto, condenações errôneas de pessoas inocentes. Sem contar ainda o risco de exposição das características do genoma. Dessa forma, tem-se que ponderar no caso concreto e utilizá-lo de modo restrito a limitar o seu uso somente a título de esclarecer algo que não tinha como ser de outra forma. Suponha-se a hipótese de a prova poder ser realizada de outro modo menos gravoso.

Ainda, faz-se imprescindível esclarecer os casos de extrema arbitrariedade do Estado quando atua mediante indução em erro, com postura estatal dissimulada para com o investigado, induzindo-o a produzir a prova contra si mesmo. Nestes casos, como bem dispõe de Oliveira e Silva (2014, p. 125) a pessoa é induzida a praticar uma conduta que ela não realizaria caso não estivesse sendo mantida em erro, como exemplo, prolongar proposital e indevidamente o interrogatório, a fim de que o sujeito investigado interrogado sinta sede e fome e facilite a coleta da amostra biológica.

De antemão, já cumpre esclarecer aqui que repudiamos tal atuação estatal em qualquer hipótese e em nada justifica este comportamento. Para melhor se debater este ponto será feita referência ao precedente do STJ, no qual se discutia sobre a ilicitude da prova produzida diante do lixo descartado por um preso no ato de se alimentar enquanto contido no interior da prisão.

Na ocasião, a prova foi considerada lícita, portanto admitida no processo, novamente sob o argumento de ter-se valido de métodos não invasivos, bem como da busca pela verdade real e da segurança da coletividade em detrimento do direito à não autoincriminação. Claramente fundamentos que se respaldam e remontam ao sistema inquisitório, sendo o mais reiterado deles, a busca da verdade real. É o que passamos a analisar.

O entendimento é da 5ª turma do STJ, no ano de 2018, que em nome da verdade real e da não invasividade da prova, negou a ordem em habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública de Minas Gerais, cuja pretensão residia no desentranhamento de prova pericial

colhida a partir de corpo e colher de plástico utilizados durante a refeição por um homem denunciado por homicídio triplamente qualificado, estupro e extorsão.

É imprescindível fazê-los compreender acerca do que vem a ser essa verdade real. Bem, há uma enorme discussão na doutrina a respeito da verdade a ser perquirida no processo penal. Esta não passa de um ideal a ser perquirido sobre a verdade de como se deu os fatos discutidos no processo.

Há quem acredite, como Malatesta (2009), que a aceitação da busca da verdade real compreende a ideia de ir atrás da verdade do delito e considerar que se encontrou a realidade certa, indubitável e inquestionável. É como aduz Malesta (2009, p. 98):

Qual a verdade que se procura em matéria penal? É, já dissemos, a verdade objetiva, porque é essa, unicamente, que, entrando por meio da prova em contato com o espírito do julgador, pode gerar nele, legitimamente, a convicção racional da criminalidade. Ao chamarmos objetiva esta verdade, com isso determinamos a sua natureza: não se trata de uma verdade formal, que resulta do estado das provas, suficientes ou insuficientes que sejam, mas de uma verdade substancial, extra subjetiva, da qual se chega à verificação por meio de provas suficientes. Para nós, que rejeitamos, na primeira parte deste livro, a confusão frequente que fazem os críticos entre certeza e probabilidade; para nós, que partimos da premissa de não se poder condenar sem a certeza da culpa, para nós, no crime, não é possível o equívoco; quando se fala da verdade do delito, trata-se sempre daquela que se apresenta ao espírito como realidade certa e indubitável, não daquela que se apresenta como provável, embora com máxima probabilidade e, por isso, suscetível de dúvida.

Ora, há controvérsias quanto à admissão dessa busca por uma verdade absoluta; e autores que se põem desfavoráveis, inadmitindo-a. Juristas como Carnelutti e Luigi Ferrajolli posicionam-se pela inadmissão e impossibilidade de se aferir a verdade real de ocorrência de um crime, por exemplo. Consideram ser algo inatingível pelo ser humano, bastando apenas tentar-se aproximar os fatos da realidade. Agora, afirmar e conduzir o julgamento à certeza absoluta acaba por legitimar, muita das vezes, violações gritantes nos direitos fundamentais dos cidadãos, uma vez que sempre se vai estar à procura desta verdade absoluta, que pode muitas vezes não existir. Não importando os meios utilizados para alcançá-la, se idôneos ou não. Se à custa dos direitos individuais, se a custa inclusive da liberdade de um inocente.

Corroborando esta afirmação, Fiori (2008, p. 41):

Insistir no mito da busca da verdade real, em nossa opinião, é além de nunca se chegar a esta, decorrente de uma limitação do próprio ser humano, aceitar a investigação sem limites, característica dos Estados autoritários. Falar em verdade real é buscá-la através da violação da integridade humana do cidadão, devendo ser arrancada a qualquer preço, tudo em nome da fadada segurança jurídica. Segurança esta que nunca será absoluta.

Ainda, em idêntico sentido Ferrajolli (2006, p. 48):

A verdade a que aspira ao modelo substancialista do direito penal é chamada verdade substancial ou material, quer dizer, uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais. É evidente que esta pretendida “verdade substancial”, ao ser perseguida fora de regras e controles, e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal.

O jurista segue ainda afirmando sobre a impossibilidade de se fazer um juízo de certeza absoluta dos fatos, demonstrando a existência de dois modelos de certeza. Um perseguido pelo direito penal máximo e outro pelo mínimo (o qual devíamos adotar). A certeza pela qual devemos perquirir concebe o ideal de que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. Contudo, em decisões como esta do STJ, em que se levanta a bandeira do vale tudo em busca da “verdade real”, consigna-se a certeza de um direito penal máximo em que o objetivo é que nenhum culpado fique impune, à custa da condenação de um inocente, pouco se importando com as consequências disso.

Dessa forma, a busca pela verdade não pode se tornar um valor absoluto em si, uma vez que quando um Estado se diz democrático de Direito, não pode se permitir a busca a qualquer custo por uma verdade dita real e absoluta. A espécie humana é limitada e não conseguirá nunca chegar a afirmar a certeza sobre determinado fato. E, ainda diante deste estado, o ponto principal diz respeito aos limites postos à busca da verdade. Como argumenta Bottino (2009), quando um Estado sucumbe à tentação autoritária de ir em busca da prova dos fatos e a prova do crime por meio do indivíduo acusado no processo, o homem é reduzido à condição de objeto, deixando em segundo plano a proteção de vários direitos como a intimidade, a proteção contra humilhações, entre vários outros rechaçados.

Destarte, não se concebe como coerente o argumento da busca da verdade real. Em síntese, compreende-se que a extração não compulsória de DNA, neste caso concreto, não pode se dar mediante indução em erro de maneira a dissimular uma conduta para a

consecução do material genético. Denota-se uma afronta absurda às garantias processuais do indivíduo, com situação ainda majorada, pois este se encontrava impossibilitado de se defender. E ainda, precisava ter suas necessidades mínimas de sobrevivência humana satisfeitas.

Ora, não é novidade para ninguém que o ato de consumo de água e alimentos é uma necessidade natural que facilitou a coleta, visto que ainda que não quisesse se submeter ao exame, não tinha escolha em rejeitar o alimento. Este ato dissimulado equipara o Estado a um criminoso também. E, bem mais que o acusado, o poder estatal tem o dever de pautar-se e agir de acordo com mandamentos éticos e não de maneira fraudulenta e desleal para não só com o indivíduo, mas com toda a sociedade.

Isto posto, então, o caso em apreço configura a máxima arbitrariedade do Estado violando sobremaneira o princípio da dignidade da pessoa humana, o ponto central de refúgio que atrai para si a análise de todos os direitos fundamentais, como o direito de não produzir prova contra si mesmo. E ainda, é como se o indivíduo detido na prisão tivesse destituído dos seus direitos e pudesse inclusive, em busca da “verdade real” transfigurar-se em um mero objeto em vez de ser humano, sujeito de direitos.

Posicionamo-nos então pela inadmissibilidade absoluta da prevalência do interesse na busca pela verdade dita “real”, e corroborando ainda os dizeres de Queijo (2003), o valor “verdade”, no processo, não deve se sobrepor a outros valores que estão envolvidos, nem à função social do processo, que é a pacificação social.

E ainda, como já ressaltamos em outro momento, não se concebe em nome do interesse coletivo, na intenção de se obter segurança restringir uma autonomia individual. Se assim o for, haverá uma persecução criminal travestida num apelo a regras de exceção, fazendo prevalecer muitas vezes a supremacia do bem comum ao arrepio de direitos fundamentais.

Numa democracia, as garantias que protegem a liberdade diante do violento poder punitivo não são apenas garantias do indivíduo que, em um determinado momento está sendo acusado de um crime, que está presente. Não são garantias destinadas a proteger apenas a sua liberdade, mas sim a de todos os indivíduos. São garantias que visam proteger então o direito fundamental de todos os indivíduos em qualquer circunstância.

Ainda, no que toca ao argumento da segurança pública para fundamentar esta decisão que delimita o conteúdo da não autoincriminação, é preciso tecer algumas considerações na seara penal, com a falência do executivo, como bem salienta Bottino (2009), quando escreve sobre a conformação do sistema processual penal constitucional.

Argumenta o autor Bottinno (2009) que, diante da falência do executivo na criação de uma teia social, de efetivação de políticas públicas que atuem no controle dos fatores relacionados diretamente a criminalidade, há uma pressão e intenso clamor da sociedade sobre o legislativo, passando a bombardeá-lo por demandas como aumento de penas, diminuição da maioria penal, restrição de direitos de possíveis suspeitos de cometimento de crimes, brutalização da execução da pena e, por fim, uma enorme flexibilização de direitos e garantias individuais. Tudo isso sob a “carapuça”, em prol de uma “eficiência estatal” de combate ao crime.

Contudo, como bem destacou Bottino (2009), a edição dessas novas leis, ou no caso, o intuito dessas novas leis não é suficiente para lidar com fenômenos complexos como a criminalidade. Dessa forma, diante da omissão do executivo em desenvolver um policiamento democrático, no sentido de reprimir o crime, combater a real causa, bem como da ineficiência e falência do sistema carcerário (não cumprindo com a função de ressocialização) transfere-se essa frustração ao poder judiciário que, no intuito de tentar saná-la, desenvolve interpretações restritivas de direitos e garantias individuais. O que piora a situação, pois como bem foi dito por Karam (2009), não será obtida nem segurança e ainda se terá um enfraquecimento dos nossos direitos. Eis a manutenção de um ciclo vicioso e perigoso.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a tudo que foi exposto, pode-se concluir que ainda não houve a superação da ideia de coisificação do réu. Infelizmente, ainda persiste essa objeção inquisitiva que em nada compactua com o atual Estado democrático de direito, em conformidade com a dignidade da pessoa humana e às garantias e direitos fundamentais. O Estado reiteradamente cria empecilhos e dificulta os meios de defesa do réu para que possa resistir à pretensão acusatória, esquecendo-se que ao mesmo é garantido o direito de permanecer inerte, não apenas no que se refere ao silêncio, mas também no que diz respeito à produção de quaisquer outras espécies de provas. A comprovação de culpa não depende do sujeito passivo na relação processual, ele não pode ser forçado ou induzido a produzir prova contra si mesmo.

Mesmo sendo ideais desejáveis, não se justifica o atropelo dos direitos de defesa do acusado em detrimento da busca pela efetivação da segurança pública da sociedade e do seu bem-estar social. Não se pode elevar estes a um patamar supremo quando mais ofenderem valores fundamentais como a dignidade da pessoa humana do que garantirem. No fim das contas, não se obterá a segurança, uma vez que a real causa do problema não foi combatida.

Além disso, ocorrerá a violação dos direitos do indivíduo que, embora em determinado processo seja ele o atingido, porventura se houver outro, ou até mesmo em um contexto extraprocessual qualquer um de nós será afetado com esta restrição de direito com base em um argumento muito fraco, vazio e reiterado. Diversas são as decisões que restringem direitos para “garantir a segurança pública”. Fica muito fácil fundamentar em um conceito vazio e genérico. Ainda, no fim das contas, será que haverá a efetivação deste ideal?

Sendo assim, importa reiterar e sintetizar o que fora exposto e defendido nesta tese.

Verificou-se que, a despeito do elevado grau de acertos de exame de DNA, diante da disseminação da ideia de irrefutabilidade (em que pese não existir no processo penal a rainha das provas), a grande anuência na utilização deste como prova para o esclarecimento de crimes. Bem como pelo mesmo motivo, qual seja, de “prova irrefutável”, e ainda, a busca da verdade real e do combate à criminalidade, tem se admitido o absurdo jurídico de imputar a responsabilidade de comprovação do delito ao réu, fazendo-o contribuir para sua própria condenação diante do ato permissivo de considerar o DNA descartado obtido mediante indução como uma prova lícita, violando assim o princípio que veda a autoincriminação.

Restou analisado então, casos em que o exame de DNA foi validado como prova no processo penal, mesmo realizado sem a anuência do réu, quando do ato de descartar voluntária ou involuntariamente amostras biológicas. Sendo o primeiro um ato de todo

voluntário, por meio de uma atitude passiva. Contudo, este último ato considerado involuntário, porque conduzido mediante indução do estado para com o acusado. Verifica-se aqui, desde já, o ponto crucial a que chegamos para concluir e reiterar o posicionamento deste trabalho, qual seja, o de que o Estado, na condição de garantidor de direitos, dissimuladamente induz o ser humano a se auto violar.

Cumprido esclarecer, então, aqui que a defesa desta tese se pautou eminentemente contra a má ingerência e abuso do Estado no âmbito do *jus puniendi*, violando mais precisamente o direito a não autoincriminação. Foi considerado aqui que o exame consentido, por tratar-se de direito disponível, não viola o princípio da não autoincriminação. Portanto, não há o que se discutir sobre essa renúncia. Ou seja, quando o descarte se der de maneira totalmente voluntária, não viciada, não induzida e ainda por meio de uma conduta passiva do indivíduo.

Contudo, em síntese, foi argumentado que, apesar de adequada e necessária, diante da extração não compulsória de DNA, em alguns casos, não há como admitir a produção dessa prova mediante indução em erro ou com o aproveitamento da circunstância da restrição da liberdade de um indivíduo, ou qualquer outra. Nesses casos, a proporcionalidade em sentido estrito não permite sua utilização, mormente porque, quando o Estado se vale sobremaneira de meios antiéticos para consecução do material genético, deixa de garantir para violar.

O caso aqui analisado foi o do preso que se encontrava retido, e embora tenha se recusado a colaborar na produção de prova contra si mesmo, diante da satisfação de sua necessidade biológica de se alimentar, teve seu material genético coletado dos talheres, e admitido como prova pelo STJ. Bastou servir água e comida em copos e talheres descartadas que tudo se resolveu. Aproveitaram-se de uma circunstância de impossibilidade de autodefesa, de fragilização, de estado de necessidade. Retirando a proteção jurídica de dignidade e de autodefesa do réu preso. Ainda, embasaram a decisão em precedentes que nada tiveram a ver com a circunstância em apreço, como o caso de Roberta Jamilly, que em nada tinha a equiparação, visto que se encontrava na condição de vítima e, portanto, tinha a persecução penal em seu favor. Sua liberdade encontrava-se fora de risco, bem como o seu direito de não produzir provas contra si mesmo, como o foi o caso julgado pelo STJ sob análise.

Ora, apesar de se compreender a necessidade da utilização dessa prova, não se pode exigir um compromisso do acusado com a busca da efetivação da justiça, uma vez que além deste presumir-se inocente e não competir a ele a comprovação de culpa, o maior compromisso que este indivíduo tem é com a sua liberdade. Não há como se exigir, como

bem aponta Prado (2009), que o compromisso moral do indivíduo com uma visão coletiva de sociedade ultrapasse o senso de autodefesa que se manifesta em situações como essa. O indivíduo tem um dever para consigo mesmo que supera o dever para com a justiça.

Ademais, admitir essa restrição à garantia da não autoincriminação nesses casos é o mesmo que tornar obrigatória a participação do indivíduo, (ainda que indiretamente, por meio da recolha do descarte) como objeto/meio de prova e não sujeito de direito. A dignidade humana, principal garantia advinda da CF/88, não comporta essa instrumentalização.

Ainda no que toca ao argumento irracional do combate à criminalidade visando uma expansão do poder punitivo coadunado com restrições de direitos individuais, deixando de lado investimentos fundamentais como ensino, cultura, saúde e, sobretudo, educação, bem como diante do caos que se encontra o sistema carcerário brasileiro, tem-se essa medida como inútil, que mantém um ciclo vicioso de ineficiência da segurança e não resguardo dos direitos. O cenário é de retrocesso a tempos sombrios.

Não há como haver renúncia a finalidade de apuração delitiva do processo penal, é algo impossível. Entretanto não se pode admitir que este atuar seja de modo a restringir e quase chegar a abolir as condições efetivas de defesa do sujeito acusado.

Ainda, foi esclarecida a existência de ideais inquisitórios no nosso Código de processo penal, ora, é evidente que o mesmo carece de ampla revisão no intuito de se adequar aos valores democráticos da nossa Constituição. Mas, ainda é importante enfatizar o seguinte ponto. Não podemos nos valer de restrições de garantias processuais para o combate à violência. Como institui Carvalho (2003) O combate ao estado calamitoso de violência que enfrentamos pressupõe, antes de mais nada, atos materiais de investigação e de repressão penal, aliados a uma política social e educacional arrojada, para não dizer revolucionária, por parte dos três níveis de governo, o que não tem ocorrido.

Portanto, a mudança social começa por cada um de nós. Não podemos deixarmo-nos envolver pela deformada publicidade enganosa e seletiva, massa de manobra da elite dominante que preza o direito penal como a alternativa para todos os males. Não se pode aplaudir discursos e promessas inoperantes de combate ao crime, com efeitos em curto prazo e às custas de restrição de direitos. É preciso cobrar das autoridades que o Estado expanda sua atuação nas políticas sociais. O fim da criminalidade, ou, para não soar como uma ideia utópica, a sua minimização e contenção, passa pela necessidade de superação dos desequilíbrios econômico-sociais.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não autoincriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

ASSIS, Éder Pereira de. **Do Conflito entre o Direito à Produção de Provas e o Direito à não Autoincriminação**: Nemo teneto se detejere: no tocante às intervenções corporais. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2016.

AZEVEDO, Solange. **Com o DNA na Cueca: Cada vez mais pessoas recorrem a testes genéticos para casos de infidelidade, com exame de camisinhas, peças íntimas e até sofás**. Época. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDR72028-6014,00.html>> Acesso em 19 mai. 2019.

BOTTINO, Thiago. **A Doutrina Brasileira do Direito ao Silêncio: O STF e a Conformação do Sistema Processual Penal Constitucional** In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.) Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940

BRASIL. **Lei nº 12.037, de 01 de outubro de 2009**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/cciviiil_3/ato2007-2010/2009/lei/112037.htm.; Acesso em 23 de abril de 2019.

CALLAGARI, André Luís; SILVA, Fabrício Antônio da. **Política Criminal e Medo: os influxos das diferentes faces do risco**. Revista da AJURI. v. 39, n. 126, junho, 2012.

CAROLLO, João Carlos. **Garantismo Penal: O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo e o Princípio da Proporcionalidade**. Curitiba: Juruá, 2013.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. **Garantias Constitucionais-Processuais Penais**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_186.pdf

FERRAJOILI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FIORI, Ariane Trevisan. **A prova e a intervenção corporal: sua valoração no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

GODINHO, Neide Maria de Oliveira. **Banco de Dados de DNA: uma ferramenta a serviço da justiça**. Revista Brasileira de Estudos de Segurança Pública (REBESP). Goiânia, v. 7, n. 2, p. 20-30, 2014

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva,

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. Campinas; Ed. Bookseller, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói, RJ: Luam Ed, 1991.

KARAM, Maria Lucia. O Direito À defesa e a Paridade de armas. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.) **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 4.ed.rev., ampl e atual. Salvador: Editora Jusprovidim, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal** . 15.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Russel Editores, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. rev, atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ONU. **International Covenant on Civil and Political Rights. 1966**. Disponível em <<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>> Acesso em 20 de mai. 2019

PACELLI, Eugênio. **Curso de Direito Penal**. 22. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Maria Bethania Teodoro. A (in) constitucionalidade da Lei 12.654/2012. **Conteúdo Jurídico**, Brasília- DF: 17 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590029&seo=1>>. Acesso em: 23 de abr. 2019.

SARAIVA, Railda. **A constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Emílio de Oliveira. **Identificação genética para fins criminais: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n. 12.654/2012**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SILVA, Rodrigo Vaz. Da utilização do exame de DNA no Direito Penal Brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 78, jul, 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8468>. Acesso em 05 abr. 2019

SOUZA, Sérgio Ricardo. **Manual da Prova Constituída**. 3 ed. Curitiba: Editora Juruá, 2017.

TJ DF. APELAÇÃO CRIMINAL : APR 2012091004971-7. Relator: Desembargador Cesar Laboissiere Loyola. DJ: 01/08/2013. **JusBrasil**, 2013. Disponível em :<<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23901882/apelacao-criminal-apr-20120910049717-df-0004867-2320128070009-tjdf>> Acesso em: 19 de mai de 2019

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

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. e. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.