

A Busca pela Equidistância entre Garantismos: Identificação Criminal de Perfis Genéticos e Análise da Constitucionalidade do Art. 9-A da Lei de Execuções Penais no Recurso Extraordinário nº 973837/MG

Pedro Rabello Mariú*

“Por meio-termo no objeto entendo aquilo que é equidistante de ambos os extremos e que é um só e o mesmo para todos os homens; e por meio-termo relativamente a nós, o que não é nem demasiado nem demasiadamente pouco – e este não é um só e o mesmo para todos.”¹

Sumário

1. Introdução. 2. Identificação Criminal Obrigatória. 3. Plena Constitucionalidade do Dispositivo. 3.1. Relação Especial de Sujeição e Restrição dos Direitos Fundamentais. 3.2. Respeito ao Direito à Não Autoincriminação. 3.3. Direitos Humanos da Vítima. 4. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

Em curso no Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário nº 973837/MG objetiva a declaração de inconstitucionalidade incidental da Lei nº 12.654, de 28 de Maio de 2012, que instituiu a obrigatoriedade de armazenamento de perfil genético de condenados por crimes hediondos ou aqueles praticados com violência ou grave ameaça à pessoa.

Diante desse ônus imposto aos apenados que reúnem essas condições, foi o Excelso Pretório provocado, ante a possível incidência do princípio da não autoincriminação (CR, art. 5º, inc. LXIII) e do direito à intimidade e à vida privada (CR, art. 5º, inc. X).

Busca-se desconstruir tais argumentos, reafirmando a adequação constitucional do instituto, em atendimento a deveres impostos ao Poder Público de fornecer meios para possibilitar a persecução criminal e a segurança pública, assegurados tanto pela Carta Maior, quanto por obrigações internacionais assumidas pela República Federativa do Brasil.

* Pós-Graduando em Ciências Penais pelo Instituto de Educação e Pesquisa do MPRJ. Servidor do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ ARISTÓTELES. *Ética à Nicômano*.

Nesse sentido, propõe-se uma análise do tema sob a ótica do Garantismo Penal Integral, dimensionando as garantias do acusado sem olvidar a igualmente legítima pretensão do Estado, da Sociedade e das vítimas em ver processados e condenados transgressores da norma penal de modo eficiente.

Ademais, o tema encontra repercussão em moderna área de estudo do direito processual penal, qual seja: os direitos humanos das vítimas. Trata-se da correção de um histórico abandono do papel da figura atingida com mais intensidade pela conduta delituosa. Assim, é indubitável o reconhecimento de direitos como, por exemplo, à verdade. Ao atendimento de tal postulado, o esforço da persecução penal deve ser envidado no sentido da redução de crimes não resolvidos, sem que isso constitua qualquer tipo de embaraço aos direitos humanos fundamentais do indivíduo apontado como seu autor.

2. Identificação Criminal Obrigatória

De proêmio, cumpre salientar que o estabelecimento de um banco de dados de perfis genéticos – através da extração de ácido desoxirribonucleico (DNA) de condenados por crime hediondo ou praticado com violência ou grave ameaça à pessoa – é instituto trazido pela Lei nº 12.654, de 28 de Maio de 2012, que incluiu o art. 9º-A, da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984). Dirá o novo dispositivo:

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

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

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

O objetivo da norma é cristalino: promover a identificação criminal em crimes cuja autoria é desconhecida, valendo-se de vestígios biológicos deixados na cena do crime, comparando-os com padrões genéticos já previamente inseridos em um banco de dados.

Nesse contexto, a chamada identificação criminal por perfis genéticos é técnica de cruzamento de dados de compatibilidade de amostra de DNA do suposto autor do delito com um banco de dados de indivíduos já condenados pela prática de crime violento ou hediondo. A Lei nº 12.037, de 1º de Outubro de 2009, dispõe que:

Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§1º – As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

§2º – Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

§3º – As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.

Com confessa índole prejudicial ao acusado, já que produz segura prova técnica de autoria, a norma enfrenta forte censura doutrinária, em especial pela suposta violação ao princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), pois induz o autor à produção de provas que apontam para a autoria própria de infrações penais outras, sem qualquer consentimento ou voluntariedade. Passa-se à desconstrução de tais conclusões.

3. Plena Constitucionalidade do Dispositivo

O instituto impugnado, a partir de detida análise, revela-se materialmente adequado aos princípios e garantias fundamentais do cidadão, insculpidos na Constituição Federal e nos tratados internacionais de Direitos Humanos.

De prêmio, destaca-se que a função do controle material de constitucionalidade incide sobre o conteúdo da norma, pois “desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais”².

Nessa medida, imprescindível reconhecer a afetação do Direito Penal como garantia dos investigados e acusados, restringindo o poder de punir do Estado a cânones fundamentais ou, na célebre citação de VON LISZT, constituindo verdadeira “Magna Carta do delinquente”³.

Com efeito, a avaliação de compatibilidade vertical da norma penal à Constituição apresenta-se pela aferição de proporcionalidade da medida aparentemente invasiva aos direitos e garantias fundamentais do acusado/investigado.

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.299.

³ MASSON, Cléber. *Direito Penal Esquemático*: parte geral. 8ª ed. São Paulo: Método, 2014, 74.

Destaca-se, de saída, que os direitos fundamentais, ainda que corriqueiramente lembrados como obrigações negativas titularizadas por cidadãos em face do Estado, possuem uma segunda face: a obrigação positiva de preservação dos mesmos direitos, através de diversos mecanismos de intervenção.

De acordo com RAMOS, “o direito penal não é só conformado e limitado pelas Constituições e seu rol de direitos, mas, em algumas situações, ele é invocado como instrumento essencial de proteção de bens jurídicos. É uma nova faceta, agora amistosa, na relação entre os direitos humanos e o direito penal”⁴.

Essa dupla face é representada pelo binômio: vedação ao excesso (*Übermassverbot*), ou garantismo negativo, e a vedação à proteção deficiente (*Untermassverbot*), ou garantismo positivo. Sob o prisma do garantismo positivo, a proteção dos direitos fundamentais é feita *através do Estado*, por meio da legítima coação estatal, objetivando o não tolhimento desses direitos, ameaçados por terceiros⁵.

Diante disso, assenta STRECK, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que constituem diretrizes desse agir positivo do Poder Público o seguinte:

a) o *Verbotspflicht*, que significa “o dever de se proibir uma determinada conduta”; b) o *Sicherheitspflicht*, que significa, em linhas gerais, que o Estado tem o dever de proteger o cidadão contra ataques provenientes de terceiros, sendo que, para isso, tem o dever de tomar as medidas de defesa; c) o *Risikopflicht*, pelo qual o Estado, além do dever de proteção, deve atuar com o objetivo de evitar riscos para o indivíduo⁶.

Nada obstante, reconhece-se um verdadeiro direito fundamental e social à segurança pública. Para ÁVILA⁷, apesar das controvérsias em termos de Direito Comparado, no Direito Brasileiro a discussão é infrutífera. A própria Constituição Federal Brasileira enuncia o direito à segurança, seja sob o ponto de vista de direito individual em seu art. 5º, seja como direito social, no art. 6º. Sob o prisma de direito social, alude o autor:

⁴ RAMOS, André de Carvalho. Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 62, 2006, p.15.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em 20 nov.2010. p.20.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): O lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em 20 nov.2010. p.07.

⁷ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A atuação do Ministério Público na concretização do direito fundamental à segurança pública. In: *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*, 2014. vol. 4.

Em perspectiva coletiva (transindividual), o direito à segurança não corresponde ao direito a uma ação concreta e específica, mas o direito à existência de uma política pública de segurança que seja minimamente eficiente para assegurar a legítima expectativa de proteção dos direitos dos cidadãos (...). Em regra, a atividade de prevenção criminal e de estruturação da polícia para estar minimamente apta a reagir com eficiência diante do crime configura-se num direito à segurança numa perspectiva coletiva.⁸

Não há como se negar aplicação ao direito à segurança pública, especialmente no contexto do cometimento definido por lei como crime hediondo, especialmente quando praticado com violência ou grave ameaça contra pessoa.

3.1. Relação Especial de Sujeição e Restrição dos Direitos Fundamentais

É entendimento sólido na doutrina constitucional que inexistem direitos de índole absoluta, por mais fundamentais que se apresentem. A Carta Política garante a todos prerrogativas extensas, que inevitavelmente se chocam com outros interesses constitucionalmente tutelados, impondo-se um método científico de restrição desses direitos tidos como fundamentais, de modo a preservar seu núcleo duro, sem olvidar a materialização de pretensões de igual guarda.

Nesse sentido, é forçoso reconhecer que determinados grupos e indivíduos sujeitam-se à interferência em maior nível⁹ pelos poderes estatais. Essas relações, oriundas de diversas causas, legitimam uma maior restrição dos direitos fundamentais, derivadas de uma condição eminentemente subjetiva do agente¹⁰.

O marco jurisprudencial de reconhecimento dessa ligação (especial) foi desenhado pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), abordando, por coincidência, a constitucionalidade de dispositivo que restringia direitos de presos no ambiente penitenciário. Assenta a doutrina que:

A doutrina aponta a decisão BVGE 33, 1 do Tribunal Constitucional alemão, de 1972, como o grande catalisador para a metamorfose da doutrina das relações especiais de sujeição, após o advento da Lei Fundamental de Bonn. O recurso foi motivado pela restrição

⁸ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *A atuação do Ministério Público... Op. cit.*, p.173/174.

⁹ Destaca-se, por oportuno, que existe um verdadeiro poder de sujeição geral do Estado em relação ao indivíduo. Na Teoria dos 4 *status* de JELLINEK, tal conclusão é um desdobramento do *status* passivo, operacionalizando-se como uma relação de subordinação da liberdade do indivíduo à lei (império da lei), através de mandamentos e proibições (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.157).

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 190

à liberdade de expressão de um preso, com fundamento em uma disposição administrativa. Na decisão, o Tribunal afirmou a vigência dos direitos fundamentais e do princípio da legalidade no âmbito das relações especiais de sujeição, determinando que (i) os direitos fundamentais dos presos somente podem ser restringidos por intermédio ou com base em uma lei; (ii) as intervenções nos direitos fundamentais dos presos, sem fundamento legal, somente podem ser de caráter provisório; (iii) a limitação dos direitos fundamentais dos presos somente pode ser considerada quando tal for indispensável para alcançar os fins da sociedade, abrangidos pela ordem de valores da Lei Fundamental; (iv) cabia ao legislador expedir uma lei de execuções penais em conformidade com a concepção moderna de direitos fundamentais, que contemplasse critérios rigorosos sobre as circunstâncias nas quais poderia haver intervenções nos direitos fundamentais¹¹.

Inevitável concluir, sem ambages, que os condenados à pena privativa de liberdade encontram-se em situação especial de subordinação, eis que acautelados pelo Estado em estabelecimentos penais, submetendo-se a regras rígidas de conduta, inerentes às próprias finalidades da pena (preventiva e retributiva) e ao próprio processo de reabilitação do apenado¹².

Percebe-se, portanto, que a sujeição ao cárcere não é a única supressão de direitos prevista ao apenado, que terá também exigências diretamente relacionadas à execução da pena. Como exemplo, pode-se citar o próprio afastamento do sigilo de correspondência, como bem decidiu o Supremo Tribunal Federal:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas¹³.

¹¹ WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. In: *Revista Direito Público (IDP)*, vol. 4, nº 18, 2007, p.42/43.

¹² Por todos: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: volume 1. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.642/648 e 660/663.

¹³ HC nº 70814, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 01/03/1994, DJ 24-06-1994 PP-16649 EMENT VOL-01750-02 PP-00317 RTJ VOL-00176-01 PP-01136.

Tais restrições, conquanto afetem, a toda evidência, a vida privada e a intimidade do apenado, não constituem qualquer embaraço à persecução criminal, que maneja a relação especial de sujeição do indivíduo para impedir a continuidade de práticas criminosas durante o cumprimento da pena.

De igual sorte, a Lei de Execuções Penais impõe deveres ao condenado (art. 39), cuja inobservância acarreta sancionamento disciplinar. Entre as normas impositivas interessantes ao presente trabalho, destaca-se a urbanidade e o respeito no trato com os demais condenados (inciso III), execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas (inciso V), higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento (inciso IX) e conservação dos objetos de uso pessoal (inciso X).

Frise-se que, nas hipóteses destacadas, a norma de conduta invade de forma fundamental a personalidade e a intimidade do condenado. Isso porque o obriga ao trabalho, à conservação dos bens materiais por ele utilizados e à boa convivência com os demais. Nenhum desses elementos é, ontologicamente, inerente ao confinamento (e, por consequência, à sanção penal), mas constitui obrigação anexa, destinada à boa prestação jurisdicional, assim entendida como reinserção do apenado ao seio social, prevenindo eventual reincidência.

Essas prescrições estatais não dependem da voluntariedade do comportamento, estando o preso coagido à sua obediência, sob a ameaça de incidência em faltas leves, médias ou graves (art. 49).

O desenlace da controvérsia, em vista disso, não pode desconsiderar a categoria jurídica do preso como sujeito submetido, naturalmente, a uma maior intervenção estatal. Firma-se como premissa que a Execução Penal é meio de exercício de uma ação mais enérgica do Estado, que tem por finalidade última o resguardo da sociedade e recuperação do *status quo* existente antes da infração penal.

3.2. Respeito ao Direito à Não Autoincriminação

Consagrado na Constituição da República (CR, art. 5º, LXIII) e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH, art. 8º, §2º, alínea g), o princípio do *nemo tenetur se detegere* é de importância central para o sistema de garantias do processo penal.

Conquanto os textos legislativos e convencionais imponham ao princípio uma dimensão restritiva, assenta a doutrina especializada que a garantia da não autoincriminação importa no adágio que “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”¹⁴.

Portanto, trata-se de prerrogativa inerente à autodefesa (negativa), de modo que não está o investigado/acusado obrigado a colaborar ou participar da persecução criminal contra si tentada¹⁵.

¹⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.232.

¹⁵ Nas lições de FERRAJOLI, a Defesa Pessoal no processo penal garantista inclui a “proibição de qualquer lisonja ou pressão direta ou indireta ao imputado de modo a induzi-lo ao arrependimento e à colaboração com a acusação”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.486).

Nesse sentido, entendemos não haver qualquer embate entre o âmbito de incidência do princípio da não autoincriminação e a identificação criminal por perfis genéticos.

De saída, frise-se que, no momento de inserção de dados no banco de perfis, não há, necessariamente, qualquer procedimento criminal ou processo em curso contra o atualmente apenado por crime violento ou hediondo.

Assim, não há de se alegar o direito à defesa pessoal em face de um fato ainda sequer cometido, representando a virtual impossibilidade de extração uma indevida restrição ao direito à prova, bem como a permissão prescreveria uma carta de imunidade ao criminoso, gozando de espécie de direito subjetivo de não ser identificado pela prática de crimes futuros.

O que é certo é que este meio de prova técnica, capaz de identificar com satisfatória certeza científica o autor de fato criminoso, depende, indissociavelmente, do confronto de perfis encontrados na cena (vestígios) com dados armazenados. Assim, para a eficácia do meio de prova em estudo, é imperiosa a inserção de dados de perfis genéticos – o que por certo não será fornecido voluntariamente pelo suspeito da infração.

Data maxima venia, não se mantém a versão apresentada por setores da doutrina, no sentido de:

Submeter o sujeito passivo a uma intervenção corporal sem seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter confissão no interrogatório quando o imputado cala, ou seja, um inequívoco retrocesso (gerando assim uma prova ilícita)¹⁶.

Como exaustivamente salientado, a garantia processual não pode versar sobre fato ainda inexistente, sendo certo que o examinado não ostenta a condição de investigado ou acusado. Assim como não existe confissão do que se pretende fazer – eis que sequer é punível a fase da cogitação no caminho do crime –, não pode a inserção de amostras de DNA servir como fato equiparado à tortura.

Ademais, sequer se cogita que a incorporação do perfil genético do apenado representa uma espécie de pena acessória, pesando como a espada de Dâmoques sobre o condenado por crime praticado com violência ou grave ameaça ou taxado como hediondo. Trata-se de medida preventiva e orientada à Segurança Pública, fixada com o claro objetivo de redução de cifras negras, orientada com os fins de política criminal típicos do Estado de Direito.

À vista disso, sucumbe o argumento que versaria sobre a Lei de Tortura oficial promovida pelos órgãos de regulação penitenciária.

Os atos de investigação e obtenção de prova não dependem, via de regra, do consentimento do investigado/acusado, já que a comprovação de autoria e

¹⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 642.

materialidade delitivas naturalmente não lhe são interessantes – especialmente quando ensejam a edição de sentença condenatória.

Esse entendimento foi aplicado pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 2040, notoriamente denominado “Processo Glória Trevi”. Na ocasião, salientou o Excelso Pretório que:

EMENTA: Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extraditão nº 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte – HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei nº 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. *Bens jurídicos constitucionais como “moralidade administrativa”, “persecução penal pública” e “segurança pública” que se acrescem, – como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, – ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho.* 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do “prontuário médico” da reclamante.

(Rcl. nº 2040 QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2002, DJ 27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-01 PP-00129 – Grifos nossos.)

Destaca-se da decisão elencada que, muito embora originariamente o pedido tivesse por fundamento a elisão da responsabilidade penal de suspeitos de crime de estupro, é certo que a negativa da parturiente corresponde a evidente e iminente responsabilização por delitos como Fraude Processual (CP, art. 347) ou Denúnciação Caluniosa (CP, art. 339). Preservou-se, aqui, a noção de que o direito à não autoincriminação cinge sua proteção a comportamentos ativos do agente.

De maneira idêntica, não sendo indispensável o consentimento do apenado, é perfeitamente possível a coleta de material genético, bastando apenas que não se valha o órgão público de método invasivo ou que dependa da colaboração ativa do acusado.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos possui remansosa jurisprudência¹⁷ no sentido da possibilidade de extração de material genético para estoque e prevenção de novas atividades criminosas. No julgamento do caso *Saunders v. Reino Unido*, a corte fixou entendimento no sentido de que o direito de não produção de provas contra si é primariamente destinado à possibilidade de permanecer em silêncio no ato de interrogatório e não se estende ao uso, em processos criminais, do material que possa ser obtido do acusado com o uso de poderes compulsórios, mas que tenham existência independente da vontade do suspeito, entre os quais, documentos adquiridos em mandado de busca, respiração, amostras de sangue e urina e tecidos corporais para o propósito de teste de DNA¹⁸. A Corte também já assentou que a manutenção desses dados por tempo indeterminado não ofende o direito humano à privacidade e à vida privada, no precedente *Peruzzo e Martens v. Alemanha*¹⁹.

Por derradeiro, destaque-se que o TEDH fixou parâmetros à intervenção estatal no caso *Jalloh v. Alemanha*²⁰, complementando a tese apresentada em *Saunders v. Reino Unido*. Na ocasião, reafirmou-se a possibilidade de obtenção de evidência material presente no corpo do suspeito²¹, respeitados a razoabilidade na natureza e no grau de coação usada para obtenção da evidência; o peso dessa obtenção para a investigação e punição da infração penal cometida; a existência de segurança no procedimento; e o uso a que o material assim obtido é emprestado.

¹⁷ À guisa de exemplo, cite-se *Peruzzo e Martens v. Alemanha*, *Choudhary v. Reino Unido*, *JB v. Suíça*, *Jalloh v. Alemanha* e o paradigmático *Saunders v. Reino Unido*, entre muitos outros.

¹⁸ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Saunders v. Reino Unido*. Julgamento em 17/12/1996. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009>>. Acesso em 02 jan.2018.

¹⁹ _____. *Peruzzo e Martens v. Alemanha*. Julgamento em 04/06/2013. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-7614&filename=002-7614.pdf>>. Acesso em 02 jan.2018.

²⁰ _____. *Jalloh v. Alemanha*. Julgamento em 11/07/2006. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76307>>. Acesso em 02 jan.2018.

²¹ No caso concreto, a Corte se debruçou sobre caso em que o Estado Alemão era acusado de introduzir medicamentos à força no suspeito, a fim de que expelisse quantidade de drogas contida no interior de seu corpo, prática comumente denominada “mulas” de transporte de entorpecentes.

Deste modo, vislumbra-se coexistência pacífica entre a eficaz persecução penal e os princípios constitucionais do processo. Ademais, sendo prova naturalmente invasora da intimidade, submete-se à reserva de jurisdição, mostrando-se imprescindível decisão judicial motivada para o regular acesso ao banco de dados de perfis genéticos.

Por derradeiro, não se dispensa o uso da técnica, ainda que irregular (*rectius*: fora dos ditames previstos em lei), para a instrução de revisão criminal e absolvição em processos em curso. Estando o processo penal democrático e garantista orientado para a preservação dos direitos individuais, não se pode negar ao injustamente acusado o acesso ao banco de dados, demonstrando a equivocada atribuição de autoria no processo-crime instaurado em seu desfavor.

3.3. Direitos Humanos da Vítima

Outrora relegado a um papel secundário no processo penal, a vítima cada vez mais deixa de ser identificada como objeto ou meio de prova, para tornar-se centralidade das preocupações do aparato repressivo estatal nacional e internacional.

Sobre essa evolução no tratamento desse importante sujeito processual, aponta a doutrina especializada que:

Consolidou-se um modelo baseado na visão de que ao Estado, não à vítima movida por sentimento de vingança, interessava essencialmente a punição dos criminosos e a ele foram se adaptando os diversos sistemas legais. A vítima, de regra, poderia, no curso de um processo criminal, pleitear interesses de natureza civil e raramente lhe era permitido perseguir interesses de ordem penal. Tinha, isso sim, o dever de noticiar o fato criminoso e colaborar na apuração da verdade como principal testemunha.

Mas, nesse século, essa visão tradicional passou a ser contestada. Aceita-se que a vítima manifeste no processo interesse na punição do agente criminoso. Ressalta-se a importância da sua colaboração, devendo por isso ser estimulada a ajudar mais intensamente o Estado na repressão e prevenção do crime. Indaga-se como poderia o processo ser dotado de mecanismos hábeis a proteger a vítima e garantir-lhe a plena realização dos seus direitos²².

Diante desse quadro, surge a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder²³, da Assembleia das Nações

²² FERNANDES, Antonio Scarance. *Opapel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p.25.

²³ BRASIL. Ministério Público Federal. *Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/tortura/Dec_pincipios_basicos.pdf>. Acesso em 24 out.2017

Unidas, afirmando a necessidade de adoção de medidas de participação das vítimas no processo, bem como a criação e o reforço dos meios necessários à investigação, à prossecução e à condenação dos culpados por prática de crimes (Parágrafo 4, alínea d), a fim de reduzir a vitimização.

Essa nova orientação foi seguida por diplomas internacionais como Estatuto de Roma, que contrabalança os direitos do acusado submetido ao Tribunal Penal Internacional aos interesses e à proteção das vítimas²⁴.

Artigo 64, 2. O Juízo de Julgamento em Primeira Instância zelarà para que o julgamento seja conduzido de maneira equitativa e célere, com total respeito dos direitos do acusado e tendo em devida conta a proteção das vítimas e testemunhas.

No âmbito da Justiça Restaurativa, não é despidendo acrescentar que os Princípios de Chicago envolvem, justamente, o desvelamento de autoria de crimes cometidos em contexto de período de exceção, de modo a respeitar o direito à verdade. Para JAPIASSÚ, “as vítimas, os familiares e a sociedade em geral possuem o direito de conhecer a verdade sobre as violações de direitos humanos, ocorridas em todas as suas faces, inclusive no que concerne à identificação e à responsabilização dos culpados”²⁵.

Esses postulados, conquanto expressados em documentos que veiculam situações extremas e, por vezes, pela via de Governos de Exceção, são, evidentemente, aplicáveis dentro da normalidade democrática constitucional.

Assim, é essencial compreender que a vítima, em qualquer contexto, possui direito de conhecer a verdade sobre a identificação criminal daquele que lesou bem jurídico próprio. Esse interesse transcende o processo criminal eventualmente intentado contra o agente, constituindo verdadeiro direito humano da vítima.

4. Conclusão

Seguindo tradição inaugurada e já deveras debatida em direito estrangeiro, a identificação criminal por perfis genéticos importa no reconhecimento de nova técnica de verificação de autoria delitiva, baseando-se na comparação de material genético encontrado no local do crime com amostras previamente selecionadas em uma universalidade. O critério legislativo adotado para a colheita do material cingiu-se aos condenados por crimes hediondos e aqueles praticados com violência ou grave ameaça contra pessoa.

²⁴ SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*. 4ª ed. New York: Cambridge University Press, 2011. p.342/362

²⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Justiça de Transição: uma aplicação dos Princípios de Chicago à realidade brasileira. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, ano 01, vol. 1, p.35.

Nessa medida, o Recurso Extraordinário nº 973837 – ainda sem decisão pelo Supremo Tribunal Federal – busca aferir a constitucionalidade do dispositivo, mormente em confronto com o princípio constitucional e convencional de vedação à autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*).

Com efeito, impende destaque à condição especial de sujeição do preso em relação ao Estado. Essa tese reconhece que o apenado detém um maior feixe de controle estatal sobre sua conduta, diferenciando-se, portanto, dos demais cidadãos. Essas reduções de fruição dos direitos fundamentais se percebem não apenas na restrição à liberdade ambulatorial, mas também pelo rígido sistema de normas disciplinares incidentes sobre o comportamento *intramuros*.

Em segundo plano, é curial a compreensão de que não pode ser aplicável o princípio do *nemo tenetur se detegere* a infrações penais que ainda não de ser aplicadas, de modo que a titularidade da garantia depende da própria existência de fato típico. A expansão da incidência proporciona verdadeira cláusula de imunidade, absolutamente indevida, cerceando a legítima persecução criminal.

Ademais, rechaça-se a natureza de pena acessória da manutenção dos dados no banco sigiloso de perfis genéticos, reafirmando sua natureza de substrato a ato de investigação/prova, podendo inclusive embasar pleitos absolutórios e revisionais.

Argumentando nesse sentido, devem-se contrabalancear direitos do acusado de não ser molestado a colaborar com a investigação instaurada em seu desfavor e da vítima, de ver reconhecido o responsável pela lesão ao bem jurídico próprio e, em sequência, processado e julgado. A interpretação normativa dos princípios constitucionais processuais e penais deve levar em conta a proteção da integridade física/proibição da tortura do sujeito passivo em conjunto – e dirimindo a sua natural tensão – com o Direito à Verdade e à Justiça (pertinentes à vítima) e à Persecução Penal e Segurança Pública (de titularidade difusa).

Assim, reputamos constitucional e adequada a disposição legal, já que necessária aos fins do Direito Penal e adequada à dimensão do princípio da não autoincriminação – afinal, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, é permitida a produção de provas de comparação de DNA, desde que não seja imprescindível a participação ativa do agente –, servindo de forte aliado à repressão de delitos nocivos à sociedade e garantindo uma maior qualidade da prestação jurisdicional penal.

Bibliografia

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A atuação do Ministério Público na concretização do direito fundamental à segurança pública. In: *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*, 2014. vol. 4.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.299.

BRASIL. Ministério Público Federal (2017). *Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/tortura/Dec_pincipios_basicos.pdf>. Acesso em 24 out.2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Justiça de Transição: uma aplicação dos Princípios de Chicago à realidade brasileira. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, ano 01. vol. 1.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Cléber. *Direito Penal Esquematizado: parte geral*. 8ª ed. São Paulo: Método, 2014. p.74.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: volume 1*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 62, 2006.

SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*. 4ª ed. New York: Cambridge University Press, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): O lado esquecido dos direitos fundamentais ou "qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes"*. Disponível em: <[http:// leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40)>. Acesso em 20 nov.2010.

_____. *O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em 20 nov. 2010.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Jalloh v. Alemanha*. Julgamento em 11/07/2006. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-76307>>. Acesso em 02 jan.2018.

_____. *Peruzzo e Martens v. Alemanha*. Julgamento em 04/06/2013. Disponível em: <[http:// hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-7614&filename=002-7614.pdf](http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-7614&filename=002-7614.pdf)>. Acesso em 02 jan.2018.

_____. *Saunders v. Reino Unido*. Julgamento em 17/12/1996. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009>>. Acesso em 02 jan.2018.

WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. *In: Revista Direito Público (IDP)*, vol. 4, nº 18, 2007.