



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL**

GABRIEL DE MEDEIROS ESTRELA

**A IDENTIFICAÇÃO COMPULSÓRIA DO PERFIL GENÉTICO: UMA ANÁLISE À
LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DO PROCESSO PENAL**

**SOUSA – PB
2022**

GABRIEL DE MEDEIROS ESTRELA

**A IDENTIFICAÇÃO COMPULSÓRIA DO PERFIL GENÉTICO: UMA ANÁLISE À
LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DO PROCESSO PENAL**

Trabalho monográfico apresentado a banca da Especialização em Direito Penal e Processo Penal do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de especialista em Direito Penal e Processo Penal.

Orientador: Prof. Me. João Bosco Marques de Sousa Júnior

GABRIEL DE MEDEIROS ESTRELA

**A IDENTIFICAÇÃO COMPULSÓRIA DO PERFIL GENÉTICO: UMA ANÁLISE À
LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DO PROCESSO PENAL**

Trabalho monográfico apresentado a banca da Especialização em Direito Penal e Processo Penal do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de especialista em Direito Penal e Processo Penal.

Orientador: Prof. Me. João Bosco Marques de Sousa Júnior

Data da aprovação: _____/_____/_____

Banca Examinadora:

Prof. Me. João Bosco Marques de Sousa Júnior
Orientador - CCJS/UFCG

Examinador (a)

Examinador (a)

E82i Estrela, Gabriel de Medeiros.
A identificação compulsória do perfil genético: uma análise à luz dos princípios constitucionais e do processo penal / Gabriel de Medeiros Estrela. – Sousa, 2022.
50 f.

Monografia (Especialização em Direito Penal e Processo Penal) – Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2022.
"Orientação: Prof. Me. João Bosco Marques de Sousa Júnior".
Referências.

1. Identificação Criminal. 2. Princípio da Não Autoincriminação. 3. Dignidade da Pessoa Humana. I. Sousa Júnior, João Bosco Marques de. II. Título.

CDU 342.7(043)

Dedico este trabalho a minha família, o bem mais precioso da vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pois graças a ele posso estar chegando ao final dessa etapa, que continuará me agraciando com suas dádivas para que eu possa chegar cada vez mais longe.

Aos meus pais, Andrea Moura de Medeiros Estrela e Marcelo Batista Estrela, minhas grandes inspirações, exemplos de seres humanos, ao qual me espelho para ser uma pessoa melhor a cada dia, e que, não mediram esforços para que eu pudesse atingir meus objetivos, oferecendo todo o suporte necessário para essa árdua caminhada.

À minha esposa, Karen Queiroga, por todo o companheirismo, paciência, carinho e ajuda, buscando sempre me apoiar e mostrar que eu posso atingir meus objetivos. Obrigado meu amor.

Aos meus avôs e avós, tios (as) e primos (as), por toda confiança e apoio de sempre.

A minha tia Alexsandra, que ao lado do Pai Celestial olha por nossa família e sempre me incentivou a alcançar meus sonhos. Obrigado minha Estrela.

A todos os meus amigos e familiares que de forma significativa me apoiaram e me ajudaram nessa jornada.

Ao meu orientador, Prof. Me. João Bosco Marques de Sousa Júnior, por toda compreensão, disponibilidade e ensinamentos que tornaram este trabalho possível.

“A justiça, cega para um dos dois lados, já não é justiça. Cumpre que enxergue por igual à direita e à esquerda.” Rui Barbosa.

RESUMO

A Lei nº 12.654 de 28 de maio de 2012 alterou as Leis nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal- LEP) e a nº 12.037/2009 (Lei de Identificação Criminal), tornando obrigatória a identificação do perfil genético para determinados condenados, algo que gera muita discussão acerca da constitucionalidade de tais práticas. Com o advento da Lei nº 13.964/2019 (conhecida como Pacote Anticrime) foi incluído na LEP que a negativa por parte do condenado em ceder material genético constitui falta grave acarretando a perda de vários direitos. O presente trabalho monográfico tem a finalidade de analisar os desdobramentos desta recusa de direitos aos apenados que se recusam a conceder o material genético de forma voluntária, tendo em vista que o Princípio da Não Autoincriminação proíbe a punição aquele que não deseja produzir prova contra si. Para isso, o método de abordagem utilizado será o dedutivo e o método de procedimento será o comparativo. No tocante a natureza, trata-se de uma pesquisa aplicada, na qual terá uma abordagem qualitativa. No que diz respeito ao objetivo geral, trata-se de pesquisa exploratória e os procedimentos técnicos utilizados foram o bibliográfico. E foi usada a coleta documental para obtenção dos dados.

Palavras-chave: Identificação Criminal, Princípio da Não Autoincriminação, dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

Law nº 12.654 of May 28, 2012 amended Laws nº 7.210/1984 (Penal Enforcement Law - LEP) and nº 12.037/2009 (Criminal Identification Law), making it mandatory to identify the genetic profile for certain convicts, something that generates much discussion about the constitutionality of such practices. With the advent of Law nº 13.964/2019 (known as the Anti-Crime Package) it was included in the LEP that the refusal on the part of the convict to provide genetic material constitutes a serious misconduct resulting in the loss of several rights. This monographic work aims to analyze the consequences of this denial of rights to inmates who refuse to voluntarily grant genetic material, given that the Principle of Non-Self-Incrimination prohibits punishment for those who do not wish to produce evidence against themselves. For this, the method of approach used will be the deductive and the method of procedure will be the comparative. Regarding the nature, it is applied research, in which it will have a qualitative approach. With regard to the general objective, it is exploratory research and the technical procedures used were bibliographic. And documental collection was used to obtain the data.

Keywords: Criminal Identification, Principle of Non-Self-Incrimination, Human Dignity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS E AS PROVAS NO PROCESSO PENAL	11
2.1 SISTEMA INQUISITORIAL	12
2.2 SISTEMA ACUSATÓRIO	13
2.3 SISTEMA MISTO OU FRANCÊS	15
2.4 AS PROVAS NO PROCESSO PENAL- CONCEITO.....	17
2.5 CLASSIFICAÇÃO DOS MEIOS PROBATÓRIOS.....	18
2.5.1 Prova Pessoal ou Real	18
2.5.2 Prova Direta ou Indireta	18
2.5.3 Prova Plena ou Não Plena	18
2.5.4 Prova Nominada ou Inominada	19
2.5.5 Prova Lícita ou Ilícita	19
2.6 AS PROVAS EM ESPÉCIE.....	20
2.6.1 Prova Testemunhal	21
2.6.2 Prova Pericial	22
2.6.3 Prova Documental.....	23
3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL	25
3.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	25
3.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	26
3.3 AMPLA DEFESA.....	27
3.4 PUBLICIDADE	28
3.5 PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE.....	30
3.6 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL, PROMOTOR NATURAL E DEFENSOR NATURAL	31
3.7 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO	32
3.8 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	32
3.9 PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO (<i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>)	34
4 A IDENTIFICAÇÃO COMPULSÓRIA DO PERFIL GENÉTICO FRENTE AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO	38
4.1 A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	38

4.2 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA COLETA DE MATERIAL GENÉTICO COMO MÉTODO DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL	40
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
6 REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, prevê o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, este, assegura ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e pela sociedade, com intuito de preservar a valorização do ser humano. A seus turnos, os incisos LIV e LV, também do artigo 5º da CRFB/88 estabelecem o Princípio do Devido Processo Legal, onde este assegura a todos um processo que respeite todas as etapas previstas em lei, assim como as garantias constitucionais para aquele que está sendo acusado da prática de um ilícito penal. A Lei nº 7.210/84 (LEP), é o instrumento normativo que estabelece os direitos e deveres daqueles que, por sua vez, já cumprem penas de forma provisória ou definitiva.

A execução da pena, assim como nas demais fases processuais, deve obediência ao que dita a Constituição Federal e em especial os princípios que norteiam toda a instrução criminal até o término do cumprimento da pena.

Com o advento da Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, diversas foram as mudanças na legislação penal e processual penal, bem como naquelas que tratam da execução da pena, ou seja, a LEP.

Uma das alterações passou a considerar que a negativa por parte do apenado em ceder material genético caracteriza falta grave, ocasionando assim a perda de vários direitos, sendo este o propósito deste trabalho monográfico, uma análise acerca das inovações trazidas pelo Pacote Anticrime em face dos Princípios que regem o processo penal.

O objetivo geral da pesquisa é analisar as mudanças impostas pelas Leis nº 12.654/12 e nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) no tocante a identificação compulsória do perfil genético para alguns condenados, frente ao Princípio da Não Autoincriminação e Dignidade da Pessoa Humana. Nos objetivos específicos o trabalho buscará apresentar os Sistemas Processuais Penais que foram e ainda são utilizados no ordenamento jurídico, em especial ao do Brasil, além de apresentar considerações acerca das provas no processo penal. Como objetivos específicos deste trabalho ainda são mostrados os mais relevantes princípios que regem o processo penal e por fim avaliar se há ou não afronta ao Princípio da Não Autoincriminação e Dignidade da Pessoa Humana em face da obrigatoriedade na identificação do perfil genético e as sanções impostas pelo Pacote Anticrime.

Para que se conquiste os objetivos traçados, o método de abordagem utilizado nesta pesquisa é o dedutivo. Quanto ao método de procedimento, será utilizado o comparativo. O estudo se configura numa abordagem qualitativa. No tocante ao objetivo geral é uma pesquisa exploratória. Utilizou-se ainda como procedimentos técnicos o estudo bibliográfico. Por fim, quanto à obtenção de dados foi usada a coleta documental.

Mister elucidar que a fundamentação teórica do trabalho monográfico em questão ocorrerá em três capítulos, divididos da seguinte forma:

O primeiro capítulo tratará acerca dos Sistemas Processuais Penais que fazem e fizeram parte da história, abordando conceitos e características de cada um. Além de fazer uma abordagem acerca das provas no processo penal, seu conceito, classificação e ainda suas espécies.

O segundo capítulo cuidará exclusivamente em explicar os princípios que norteiam o processo penal, estes que são alicerces na busca do Estado pela justiça. Demonstrar-se-á a importância destes e será feita uma análise em cada princípio em espécie.

Por último, o terceiro capítulo fará uma análise acerca das inovações legislativas na seara do processo penal e da execução da pena, em especial a Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime) que passou a considerar falta grave a recusa do apenado em fornecer seu material genético, havendo assim uma suposta afronta ao Princípio da Não Autoincriminação, princípio este basilar no processo penal.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E AS PROVAS

Na figura de um ente soberano e que tem como objetivo alcançar o bem comum, o Estado possui a capacidade de estabelecer regras de convivência entre os cidadãos, por isso, por vezes aprova normas que buscam proteger bens jurídicos importantes como a vida, honra, patrimônio, meio ambiente, patrimônio público, entre muitos outros. Tais normas, obviamente estabelecem uma punição para aqueles que as descumprem, gerando assim ao Estado o direito de punir os infratores (*Jus Puniendi*).

Porém, como é cediço, o poder de punir do Estado não é arbitrário, pois deve-se conceder aquele que supostamente desrespeitou uma norma, o direito de se defender, devendo os órgãos acusadores, como o Ministério Público, obter provas concretas da prática do crime e sua autoria, para que assim clamem ao Poder Judiciário pela condenação do suposto infrator.

Em sua obra, os nobres Alexandre Cebrían Reis e Victor Eduardo Rios (2021, p.48) completam este entendimento afirmando o seguinte:

A solução da lide só será dada pelo Poder Judiciário após lhe ser apresentada uma acusação formal pelo titular do direito de ação. Uma vez aceita esta acusação, estará iniciada a ação penal, sendo que, durante o seu transcorrer, deverão ser observadas as regras que disciplinam o seu tramitar até que se chegue à decisão final. Esse conjunto de princípios e normas que disciplinam a persecução penal para a solução das lides penais constitui um ramo do direito público denominado Direito Processual Penal.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu corpo vários dispositivos que dizem respeito ao Processo Penal, podendo-se vislumbrar alguns princípios basilares para um trâmite justo e humanizado. Além da Carta Magna, tem-se no ordenamento jurídico brasileiro outros dispositivos legais que regem o devido processo penal, desde sua fase inicial até o cumprimento da pena, como é o caso da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal- LEP).

Corroborando com esta linha de pensamento o ilustre doutrinador Renato Brasileiro (2020, p. 39) afirma:

Com efeito, considerando-se que, da aplicação do direito penal pode resultar a privação da liberdade de locomoção do agente, entre outras penas, não se pode descurar do necessário e indispensável respeito a direitos e liberdades individuais que tão caro custaram para serem reconhecidos e que, em

verdade, condicionam a legitimidade da atuação do próprio aparato estatal em um Estado Democrático de Direito. Na medida em que a liberdade de locomoção do cidadão funciona como um dos dogmas do Estado de Direito, é intuitivo que a própria Constituição Federal estabeleça regras de observância obrigatória em um processo penal. É a boa (ou má) aplicação desses direitos e garantias que permite, assim, avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir a civilização da barbárie.

Surge então ao Estado a necessidade de manter em equilíbrio dois lados que por vezes não conseguem viver em harmonia, pois de um tem-se a necessidade substancial de respeitar os direitos humanos e por outro, tem-se a busca por um sistema criminal mais célere e eficiente. Ambos os lados tem seus defensores e apoiadores.

A partir desta análise acerca da pretensão punitiva estatal, deve-se atenção ao estudo dos Sistemas Processuais Penais, os quais se apresentam através da história em três modelos: Inquisitorial, Acusatório e Misto.

2.1 SISTEMA INQUISITORIAL

A partir do século XIII o denominado Sistema Inquisitorial ganhou forças e se propagou por toda a Europa, sendo amparado pelo Direito Canônico, tornando-se o mais rigoroso dos sistemas processuais penais.

O Sistema Inquisitorial caracterizasse principalmente pelo fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas em uma única pessoa, chamada de juiz inquisidor, e por motivos óbvios não havia qualquer tipo de parcialidade no julgamento.

Explica Renato Brasileiro (2020, p.40):

Essa concentração de poderes nas mãos do juiz compromete, invariavelmente, sua imparcialidade. Afinal, o juiz que atua como acusador fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento. Nesse sistema, não há falar em contraditório, o qual nem sequer seria concebível em virtude da falta de contraposição entre acusação e defesa. Ademais, geralmente o acusado permanecia encarcerado preventivamente, sendo mantido incomunicável.

Em concordância tem-se o pensamento de Afranio Silva Jardim:

A toda evidência, caiu por terra todo e qualquer resquício da imparcialidade do Juiz, o qual partia de um convencimento formando a priori e que procurava demonstrar com a posterior prova, basicamente, a confissão. Ao invés de convencer-se através da prova carreada para os autos, inversamente a prova servia para demonstrar o acerto da acusação antes formulada pelo juiz - inquisitor”.

Anterior ao Sistema Inquisitivo vigorava o sistema acusatório Greco-romano, no qual o acusado possuía as mesmas oportunidades do acusador, diferente do que acontecia entre as figuras do acusado e inquisidor. Diante da informação do cometimento de determinado delito, o juiz inquisidor passava a agir de ofício, podendo utilizar de qualquer meio para obter provas acerca do suposto crime praticado.

No sistema em comento, existiam duas fases, a inquirição geral: que tinha por objetivo apurar a materialidade delitiva e autoria do crime; e a segunda fase era a inquirição especial, na qual era destinada a condenar e aplicar o castigo ao infrator. Além disso, o suposto infrator era mantido recluso durante toda a persecução penal, portanto a prisão era regra.

Em resumo, a pessoa do acusado não era considerada sujeito de direitos, mas sim, um mero objeto do processo, tendo em vista que no Sistema Inquisitivo vigorava o Princípio da Busca da Verdade Real, onde admitia-se qualquer meio de obtenção de prova, inclusive a tortura, para alcançar o fim desejado.

A queda do Sistema Inquisitivo não foi imediata, tendo seu início na França, após as Ordenações Criminais de Luís XIV terem sido revogadas. A edição do Código Criminal em 1808, bem como a criação do Ministério Público francês foram de suma importância para o declínio deste cruel sistema.

Com o surgimento do Movimento Iluminista, o modo de pensar e agir das pessoas ganharam novos rumos, adotando-se a razão como norte, e, é claro, o processo penal também fora afetado com tais mudanças, surgindo outro sistema processual penal, o Acusatório.

2.2 SISTEMA ACUSATÓRIO

Com raízes na Grécia e Roma, o Sistema Acusatório possui duas fases na história. A priori, como já mencionado, vigorou durante a democracia antiga, perdendo

espaço posteriormente para o Sistema Inquisitivo. Somente após a idade medieval o Sistema Acusatório volta a regulamentar os procedimentos do processo penal.

Em síntese, o procedimento tinha início com a acusação popular, tendo em vista que não era permitido denúncias anônimas, acusação esta feita perante um oficial ou autoridade, após isto era feita uma análise acerca dos pressupostos de admissibilidade da denúncia/acusação apresentada e uma vez admitida tornava-se pública, bem como já se determinava uma data para realização de audiência. Era assim que o Sistema Acusatório operava num primeiro momento da história.

Segundo Lopes Junior, o Sistema em estudo possuía as seguintes características:

a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que ele se mantinha afastado da iniciativa e gestão da prova, atividade a cargo das partes; b) as atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas; c) adoção do princípio ne procedat iudex ex officio, não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo; d) estava apenado o delito de denúncia caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não se podia proceder contra réu ausente (até porque as penas são corporais); e) acusação era por escrito e indicava as provas; f) havia contraditório e direito de defesa; g) o procedimento era oral; h) os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar.

Como característica essencial do sistema acusatório tem-se a exigência de separação das funções processuais, atribuindo a cada sujeito processual tão somente uma das funções do processo, portanto, ao acusador se atribuía a função de acusar, ao defensor se incumbia a tarefa de defender o acusado e, ao juiz haveria de competir tão somente a função de julgar, preservando-se assim a máxima isenção e imparcialidade do órgão julgador, para que assim a justiça seja alcançada.

Logo, no Sistema Acusatório não se admite que o julgador tome a iniciativa da ação penal, ou que pratique atos de investigação ou de produção de provas de ofício, devendo manter-se sempre imparcial, devendo as partes do processo, e somente estas, perseguirem os meios probatórios hábeis a demonstrar procedência de suas alegações, admitindo-se para tal, até mesmo, a disponibilidade da ação penal.

Neste sistema a figura do juiz atua como um espectador, para que assim possa realizar uma análise objetiva sobre as provas processuais trazidas pelas partes interessadas.

Como já esclarecido, é impossível acreditar na imparcialidade de um magistrado que teve iniciativa nas investigações acerca da suposta prática de um

delito, como acontecia no Sistema Inquisitorial. Toda querela penal deve chegar as portas do Judiciário em paridade de armas entre acusação e defesa.

Nas sábias palavras de Alexandre Cebrian e Victor Eduardo (2021, p.49):

Existe separação entre os órgãos incumbidos de realizar a acusação e o julgamento, o que garante a imparcialidade do julgador e, por conseguinte, assegura a plenitude de defesa e o tratamento igualitário das partes. Nesse sistema, considerando que a iniciativa é do órgão acusador, o defensor tem sempre o direito de se manifestar por último. A produção das provas é incumbência das partes.

No Sistema Inquisitorial a defesa do acusado era considerada um empecilho para o bom andamento do processo, por sua vez, no Sistema Acusatório a defesa é indispensável ao regular trâmite processual, busca-se sempre a paridade entre acusação e defesa, para que assim possa se obter uma decisão imparcial.

Outra característica do Sistema Acusatório que merece destaque é a publicidade. Neste sistema, diferente do que ocorreu durante a inquisição, não há sigilo processual, a regra é a publicidade dos atos processuais.

A diferença entre os dois sistemas até então estudados consiste na posição dos sujeitos do processo e no que diz respeito a obtenção das provas que irão instruí-lo e ocorrendo a troca de princípios que os norteiam. Enquanto no Sistema Inquisitivo vigora o Princípio da Busca da Verdade Real, neste prevalece o chamado Princípio da Busca da Verdade, no qual as provas são produzidas respeitando a ampla defesa e o contraditório.

O artigo 3º-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964/19, registra que no Brasil adota-se o Sistema Acusatório.

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Contudo, antes da novel legislação, a própria Constituição Federal de 1988 foi bem clara a respeito do sistema adotado no Brasil, mais especificamente no artigo 129, inciso I, quando atribuiu a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público.

2.3 SISTEMA MISTO OU FRANCÊS

Em virtude das falhas tanto do sistema acusatório quanto do inquisitivo, surgiu uma terceira espécie de sistema que reuniu características dos dois anteriores, o chamado Sistema Misto. Este sistema recebeu esta nomenclatura porque num primeiro momento do trâmite penal utiliza-se de características típicas da inquisição. Posteriormente, num segundo momento, tais características passavam a seguir os passos do Sistema Acusatório.

Segundo a história, o Código de Napoleão de 1808 foi o primeiro ordenamento jurídico a adotar o Sistema Misto. Conforme já explicado, este sistema admite a criação de momentos diversos no processo. Enquanto que na fase inicial, anterior ao processo, tem-se características semelhantes a fase inquisitorial, como por exemplo o tramite em sigilo dos atos processuais, sem haver qualquer manifestação por parte da defesa. Por sua vez, a segunda fase assemelha-se ao Sistema Acusatório, existindo o contraditório e ampla defesa e com publicidade dos atos praticados no percurso do processo.

Mister a análise feita acerca deste sistema na obra de Lorena Campos e João Carlos Freitas Júnior (2020, p.76):

Surgido após a Revolução Francesa, é um modelo processual intermediário entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo vistos anteriormente. Isso porque, ao mesmo tempo em que há a observância de garantias constitucionais, mantém ele alguns resquícios do sistema inquisitivo, a exemplo da faculdade que assiste ao juiz quanto à produção probatória ex officio. Na medida em que resulta de uma fusão entre as características dos outros dois modelos, o sistema misto, na atualidade, vem sendo chamado também de inquisitivo garantista.

O sistema misto, assim, é dividido em duas fases: a primeira, consistente na instrução preliminar, tocada pelo juiz e nitidamente inquisitiva; e a segunda, judicial, sendo a acusação feita por órgão distinto do que irá realizar o julgamento.

Ao observar as peculiaridades do Sistema Misto, constata-se que a imparcialidade no julgamento feito pelo magistrado poderia restar prejudicada, uma vez que toda a prova era colhida durante a primeira fase, na qual vigorava a inquisição, portanto não havia defesa por parte do acusado neste momento.

Parte da doutrina considera que o Brasil adota o Sistema Misto. Segundo Guilherme Nucci (2018, p.51-52):

[...] fosse verdadeiro e genuinamente acusatório o nosso sistema, não se poderia levar em conta, para qualquer efeito, as provas colhidas na fase inquisitiva, o que não ocorre em nosso processo na esfera criminal, bastando fazer a leitura do art. 155 do CPP. O juiz leva em consideração muito do que é produzido durante a investigação, como a prova técnica (aliás, produzida uma vez só durante o contraditório), os depoimentos colhidos e, sobretudo – lamentavelmente – a confissão extraída do indiciado.

Contudo, como já explanado, o Brasil adota o Sistema Acusatório, conforme estabelece a Lei Maior, sendo esta assertiva ratificada com a inclusão do artigo 3º- A no Código de Processo Penal, confirmando a utilização deste sistema.

Após o estudo acerca dos Sistemas Processuais que vigoraram e ainda estão em vigor, este trabalho passará a analisar o instituto da prova no processo penal.

2.4 AS PROVAS NO PROCESSO PENAL- CONCEITO

A palavra prova origina-se do latim *probatio*, na qual deriva do verbo *probare*, que significa reconhecer ou demonstrar. Na conceituada definição de Fernando Capez acerca da prova (2018, p.462), extrai-se:

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.

Pode-se dizer que a prova é a demonstração dos fatos em que se baseia a pretensão daquele que busca a tutela jurisdicional, sendo aquela, um elemento imprescindível para que as partes influam na convicção daquele que irá julgá-los.

Em síntese, o que constitui a prova são os fatos e acontecimentos relevantes que ocorrem antes e durante o processo e que são expostos para formar a convicção do julgador, confirmando a pretensão do autor, bem como o que o réu alega em resistência a essa pretensão. Para se demonstrar a veracidade de um fato, necessita-se de provas.

No plano jurídico, a prova se caracteriza como o meio através do qual irá se obter a autenticidade das informações alegadas no processo, ou seja, o objeto da prova são os fatos apresentados. Partindo para uma análise mais específica, no

Processo Penal, não é somente o fato delituoso e a autoria que compõem o objeto da prova, como também as circunstâncias objetivas e subjetivas que o rodeiam.

2.5 CLASSIFICAÇÃO DOS MEIOS PROBATÓRIOS

Uma vez vencidas as explicações acerca do conceito de prova no âmbito do processo penal, passa-se a tecer considerações acerca da classificação das mesmas.

É sabido que, para que o magistrado tenha uma visão completa do caso concreto e tome decisões justas, deve-se utilizar todos os meios de provas possíveis para alcançar este resultado. Diversos são os aspectos que classificam as provas, eis os principais.

2.5.1 Provas Pessoais ou Reais

Esta classificação diz respeito ao sujeito que produz a prova, ou seja, aquele que pode confirmar que está sendo alegado. Como o próprio nome deixa explícito, a prova pessoal é alcançada por meio da exteriorização humana, por meio de manifestação consciente do indivíduo no qual se compromete com a verdade.

Por sua vez, a prova real é obtida por meio de uma coisa, como por exemplo a exibição de algum objeto utilizado na prática do crime.

2.5.2 Provas Diretas ou Indiretas

As provas diretas podem ser entendidas quando o magistrado mediante uma percepção direta do objeto, constata a veracidade do fato delituoso. Neste caso estão diretamente relacionadas ao fato probando. Ou seja, este meio de prova, mesmo que de forma isolada, possui capacidade para demonstrar o fato, como é o caso do exame de corpo de delito.

A seu turno, as provas indiretas são aquelas que o juiz recebe o conhecimento através de terceiros e que por meio de raciocínio lógico chega-se a uma conclusão. Mister lembrar que esta espécie também é chamada de prova circunstancial.

2.5.3 Prova Plena e Não Plena

Aqui faz-se uma classificação das provas tomando como base seus efeitos, sendo divididas em provas plenas e não plenas. A primeira é aquela que norteia o julgador a um juízo de certeza, prova imprescindível para o desfecho justo do processo. Consequentemente a prova não plena é aquela que entrega ao julgador uma probabilidade acerca do fato delituoso.

Um exemplo de ato processual em que o juízo utiliza a prova não plena consiste na pronúncia do acusado, uma vez que neste momento, mesmo que haja dúvidas acerca da prática criminosa, deve o magistrado utilizar destas provas, mesmo que não lhe entreguem a certeza.

2.5.4 Prova Nominada e Prova Inominada

O grande doutrinador Renato Brasileiro (2020, p. 669-670), formidavelmente explica:

Tem-se como prova nominada aquela que se encontra prevista em lei, com ou sem procedimento probatório previsto. Ou seja, existe a previsão do *nomen juris* desse meio de prova, seja no próprio Código de Processo Penal, seja na legislação extravagante. É o que acontece com a reconstituição do fato delituoso, prevista expressamente no art. 7º do CPP. Apesar do referido meio de prova estar previsto expressamente no Código de Processo Penal, razão pela qual é considerada espécie de prova nominada, como não há procedimento previsto em lei para sua realização, trata-se de prova atípica.

Portanto, provas nominadas são aquelas que estão expressas nos textos legais, seja no Código de Processo Penal ou até mesmo nas legislações extravagantes.

Já as provas inominadas são aquelas que não estão previstas em lei, mas que, em obediência ao Princípio da Busca da Verdade, podem ser produzidas desde que de forma lícita.

2.5.5 Prova Lícita e Ilícita

Não é toda e qualquer prova que poderá ser apresentada em juízo para instruir um processo penal, mesmo que esta possua grande importância para que se possa comprovar a veracidade daquilo que se alega. A própria lei estabelece limites acerca da produção probatória. No tocante a prova lícita ensina Mirabete (2003, p.206):

A busca da verdade real e o sistema de livre convencimento do juiz, que conduzem ao princípio da liberdade probatória, levam também a doutrinar a concluir que não se esgotam nos artigos 158 a 202 do Código de Processo Penal, os meios de prova permitidos na nossa legislação. A previsão legal não é, portanto exaustiva, mas exemplificativa, sendo admitidas às chamadas provas inominadas, aquelas não previstas expressamente na legislação. Entretanto, essa ampla liberdade da prova encontra limites além daqueles estabelecidos no art. 155 do CPP e em outros dispositivos da lei processual. Segundo a doutrina, são também inadmissíveis as provas que sejam incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade humana, aos meios cuja utilização se opõem às normas reguladoras do direito que, com caráter geral, regem a vida social de um povo. Lembra-se também a proibição de invocação ao sobrenatural.

Conclui-se, portanto, que as provas lícitas são aquelas que estão de acordo com as normas e que não prejudicam a moralidade.

Por outro lado, as provas ilícitas são aquelas produzidas mediante o desrespeito a algum preceito legal. O Código de Processo Penal em seu artigo 157, deixa claro que sendo constatada a ilicitude da prova apresentada, a mesma deve ser retirada do processo.

Maria Elizabeth Queijo (p. 421, 2012) afirma:

Se não houvesse limitações ao direito à prova, todo e qualquer material probatório, mesmo que produzido à custa de violações a direitos, poderia ser introduzido no processo e valorado, o que conduziria à adoção de um modelo de processo autoritário e distante da ética.

Capez (p. 401, 2016) ainda complementa afirmando:

Mencione-se que as provas ilícitas passaram a ser disciplinadas pela Lei n. 11.690/2008, a qual modificou a redação do art. 157 do CPP, dispondo que: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Portanto, a reforma processual penal distanciou-se da doutrina e jurisprudência pátrias que distinguiam as provas ilícitas das ilegítimas, concebendo como prova ilícita tanto aquela que viole disposições materiais como processuais.

Neste momento, merece a devida atenção a teoria da prova ilícita por derivação, que, segundo ela, mesmo que determinada prova seja lícita em sua essência, caso ela decorra de uma anterior em que se usou meios ilícitos, também estarão eivadas de ilicitude. Este entendimento deriva-se da celebre Teoria Americana da Árvore dos Frutos Envenenados.

2.6 AS PROVAS EM ESPÉCIE

Anteriormente já fora explicado que existem as chamadas provas inominadas, ou seja, são aquelas que estão previstas em nosso ordenamento jurídico, seja no Código de Processo Penal, seja nas legislações penais extravagantes. Neste momento passa-se a tecer considerações acerca das principais espécies de prova que existem no sistema jurídico brasileiro.

2.6.1 Prova Testemunhal

O artigo 202 do Código de Processo Penal Brasileiro dispõe que “toda pessoa poderá ser testemunha”, isto quer dizer que, salvo as exceções expressas pela própria lei, toda pessoa física e que seja alheia ao processo poderá ser chamada para se manifestar acerca de algum fato. Explica Capez (2020, p. 566):

Em sentido lato, toda prova é uma testemunha, uma vez que atesta a existência do fato. Já em sentido estrito, testemunha é todo homem, estranho ao feito e equidistante das partes, chamado ao processo para falar sobre fatos perceptíveis a seus sentidos e relativos ao objeto do litígio. É a pessoa idônea, diferente das partes, capaz de depor, convocada pelo juiz, por iniciativa própria ou a pedido das partes, para depor em juízo sobre fatos sabidos e concernentes à causa.

Uma vez arrolada como testemunha, surge ao indivíduo a obrigação de depor, não possuindo direito ao silêncio como ocorre com o acusado. Regra esta que também possui exceções. Contudo, caso a pessoa não se enquadre em nenhuma delas e se negue a testemunhar, correrá o risco de ser conduzida de maneira coercitiva.

Alguns doutrinadores denominam a prova testemunhal como “prostituta das provas”, tendo em vista sua fragilidade, pois, apesar da testemunha jurar que irá falar somente a verdade, sob o risco de cometer um delito, não há como afirmar com tamanha certeza que a mesma fala a verdade.

Para uma melhor compreensão acerca da prova testemunhal, Capez (2020, p.556-557) de forma clara e objetiva descreve-as com as seguintes características:

- (i) Judicialidade: tecnicamente, só é prova testemunhal aquela produzida em juízo.
- (ii) Oralidade: a prova testemunhal deve ser colhida por meio de uma narrativa verbal prestada em contato direto com o juiz e as partes e seus

representantes. O depoimento será oral (CPP, art. 204), salvo o caso do mudo, do surdo e do surdo-mudo (cf. art. 192 c/c o art. 233, parágrafo único, do CPP). A lei veda que a testemunha traga o depoimento por escrito porque falta a este espontaneidade necessária revelada em depoimento oral. Além disso, o depoimento por escrito não permitiria perguntas, violando-se o princípio do contraditório. Há uma exceção prevista na Lei de Abuso de Autoridade (cf. Lei n. 4.898/65, art. 14, § 1º), segundo a qual a materialidade delitiva no crime de lesões corporais poderá ser comprovada mediante depoimento do perito ou das testemunhas, hipóteses em que a lei permite seja o mesmo trazido por escrito e lido em audiência.

(iii) Objetividade: a testemunha deve depor sobre os fatos sem externar opiniões ou emitir juízos valorativos. A exceção é admitida quando a reprodução exigir necessariamente um juízo de valor. Por exemplo: a testemunha afirma que o causador do acidente automobilístico dirigia em velocidade incompatível com o local, comportando-se de forma perigosa. Tal apreciação subjetiva é indistacável da narrativa, devendo, portanto, ser mantida pelo juiz. Outra exceção é a dos peritos, cujo depoimento, por sua natureza, tem caráter opinativo.

(iv) Retrospectividade: o testemunho dá-se sobre fatos passados. Testemunha depõe sobre o que assistiu, e não sobre o que acha que vai acontecer.

(v) Imediação: a testemunha deve dizer aquilo que captou imediatamente através dos sentidos.

(vi) Individualidade: cada testemunha presta o seu depoimento isolada da outra.

Apesar de seu alto risco de falibilidade, a prova testemunhal aparece como uma das mais antigas da história, não podendo-se vislumbrar um processo penal sem a presença deste meio probatório, contudo, quando esta vem atrelada a outras provas, tem-se a possibilidade de uma melhor apuração dos fatos.

2.6.2 Prova Pericial

A perícia pode ser conceituada como o exame realizado por pessoa capacitada tecnicamente ou que possua experiência em determinada área de atuação, com o fim de elucidar alguma incerteza.

O *caput* do artigo 159 do Código de Processo Penal determina que a perícia deve ser realizada por perito oficial, que possua diploma de curso superior, contudo, na ausência deste, o juiz poderá solicitar duas pessoas que tenham curso superior para atuarem com peritos, desde que possuam reputação ilibada. De forma geral, a perícia é solicitada pela autoridade policial, contudo, pode o magistrado já com a ação penal em curso, requerer a realização desse tipo de prova.

Após a realização da perícia, o laudo será o documento escrito elaborado e apresentado pelo perito a autoridade que requereu sua feitura.

Quando se fala em prova pericial, imediatamente vem à tona o chamado exame de corpo de delito. Mister lembrar que existem outras espécies de perícia, contudo a mais importante é o corpo de delito, tendo em vista que sua ausência pode acarretar a nulidade do processo.

Nas sensatas palavras de Renato Brasileiro (2020, p.727), assim é explicada esta espécie de perícia:

Corpo de delito é o conjunto de vestígios materiais ou sensíveis deixados pela infração penal. A palavra corpo não significa necessariamente o corpo de uma pessoa. Significa sim o conjunto de vestígios sensíveis que o delito deixa para trás, estando seu conceito ligado à própria materialidade do crime. Exemplificando, suponha-se que haja um delito de latrocínio no interior de um apartamento. Nessa hipótese, o corpo de delito não se resume ao cadáver, abrangendo também todos os vestígios perceptíveis pelos sentidos humanos, tais como eventuais marcas de sangue deixadas no chão, a arma de fogo utilizada para a prática do delito, sinais de arrombamento da porta do apartamento, etc.

Nos delitos que deixam vestígios materiais, imprescindível é a realização deste exame, onde será verificada a veracidade dos fatos para que o processo não seja evitado de obscuridade, conforme o que estabelece o artigo 158 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Na hipótese em que ocorra o perecimento dos vestígios materiais deixados pela prática delitiva, resta prejudicada a realização do referido exame, devendo o magistrado suprir sua falta com outras espécies de provas.

Portanto, é perceptível a importância da prova pericial para o deslinde do processo penal, podendo a mesma ser realizada em coisas ou pessoas, inclusive naquele que está sendo acusado da prática delitiva, porém, como se verá em momento oportuno, o acusado tem o direito de não produzir provas contra si.

2.6.3 Prova Documental

Segundo a norma processual penal, documento é todo escrito ou objetos no geral, que tem a finalidade de esclarecer ao magistrado a verdadeira face de uma situação descrita. Todo e qualquer objeto pode servir como prova documental, logo, fotografias, escritos, entre outros.

Fernando Capez (2020, p. 580) explica que:

Consideram-se documentos “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares” (CPP, art. 232). Documento é a coisa que representa um fato, destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em juízo.

Instrumentos são os escritos confeccionados já com a finalidade de provar determinados fatos, enquanto papéis são os escritos não produzidos com o fim determinado de provar um fato, mas que, eventualmente, podem servir como prova.

Em sentido estrito, documento é o escrito que condensa graficamente o pensamento de alguém, podendo provar um fato ou a realização de algum ato de relevância jurídica. É a coisa ou papel sobre o qual o homem insere, mediante qualquer expressão gráfica, um pensamento.

Vale mencionar que para fins de prova documental, atualmente considera-se toda e qualquer manifestação ou sentimento humano que possa ser externado e gravado em algum lugar, como por exemplo mensagens de texto.

Ao analisar o que dispõe o Código de Processo Penal, chega-se à conclusão que qualquer documento poderá ser apresentado aos autos do processo como prova documental, desde que não representem prova ilícitas.

Após a realização do estudo acerca dos Sistemas Processuais Penais que percorreram a história, bem como feita uma análise sucinta sobre as provas no âmbito do Processo Penal Brasileiro, importante neste momento realizar breves considerações a respeito dos Princípios que regem os mesmos.

3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL

Antes de iniciar os estudos acerca dos princípios processuais penais, faz-se necessário analisar, de um modo geral, a importância e contribuição que estes possuem na formação de um ordenamento jurídico.

Os princípios configuram-se como pilar de sustentação para um sistema, orientando na criação, interpretação e aplicação das normas, vindo a ser um importante instrumento na busca para a efetivação da justiça.

A Constituição Federal de 1988 bem como os diversos tratados internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil listou vários princípios processuais penais e incluíram diversas garantias ao modelo processual penal brasileiro.

No processo penal, os princípios possuem grande importância, pois cumprem o dever de proteger e tutelar os direitos individuais, objetivando evitar abusos na aplicação do *ius puniendi* do Estado.

Portanto, é de suma importância fazer uma análise, mesmo que sucinta, daqueles que são considerados como os mais relevantes princípios.

3.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE

Na obra “Dos Delitos e das Penas” de 1764, Cesare Beccaria, afirma que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.

Neste sentido, temos o princípio da presunção de inocência, também conhecido como Princípio da Não Culpabilidade. Princípio este amplamente reconhecido em diplomas internacionais, tais como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 9º), Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 11.1), Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (art. 14.2), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, § 2º), entre outros.

Na Constituição Federal de 1988, este passou a constar expressamente no art. 5º, LVII, da CF/88. Segundo Renato Brasileiro (2020, p.43), o Princípio da Presunção de Inocência:

“consiste no direito de não ser declarado culpado, senão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)”.

Deste princípio derivam duas regras fundamentais: a regra probatória (*in dubio pro reo*) e a regra de tratamento. A primeira consiste na garantia que não cabe ao acusado o ônus de provar sua inocência, mas sim à parte acusadora o ônus de demonstrar sua culpabilidade além de qualquer dúvida razoável. Dessa forma, o ônus da prova recai exclusivamente sobre a acusação.

Em caso de dúvida sobre os fatos discutidos em Juízo, deve o magistrado impronunciar o acusado, aplicando o *in dubio pro reo*. Já que é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo, a decisão deve favorecer o imputado.

Por sua vez, a regra de tratamento impede que o sujeito esteja em posição de suspeito, indiciado, denunciado ou acusado ou seja tratado como se já condenado fosse enquanto não sobrevier sentença condenatória transitada em julgado.

A referida regra veda também as prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória da pena. A privação cautelar da liberdade somente se justifica em casos excepcionais, ou seja, a regra é responder ao processo penal em liberdade, e a exceção é estar preso.

3.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LV, declara que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Segundo Joaquim Canuto Mendes de Almeida, o princípio do contraditório é a ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los. Em outras palavras, o princípio do contraditório assegura a ambas as partes do processo o direito de conhecer e fiscalizar os atos processuais, bem como apresentar contestação a atos desfavoráveis.

Desse modo compõe os elementos do contraditório, o direito à informação e o direito de participação, os referidos direitos são peças fundamentais do processo. O direito a informação é primordial, já que não há processo penal eficaz e justo sem que as partes sejam cientificadas da existência da demanda ou dos argumentos da parte contrária, essas informações são adquiridas por meio dos atos processuais como citação, intimação e notificação. Temos também o direito à participação, que garante que não só a oportunidade de oferecer reação, manifestação ou contrariedade à pretensão da parte contrária, como também um contraditório pleno, efetivo e equilibrado.

Objetivando este contraditório pleno, efetivo e equilibrado, impõe o Código Processual Penal:

Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

O estabelecimento do Princípio da Isonomia repercutiu também no âmbito do Princípio do Contraditório. No princípio, o contraditório era entendido como sendo o direito à mera possibilidade de reação e passou a tornar realidade o processo de um contraditório efetivo e equilibrado, visando igualar os desiguais.

Portanto, pode-se dizer que, a priori, o contraditório limitava-se ao direito à informação e à possibilidade de reação e passou a assegurar o respeito à paridade de tratamento. A garantia à contestação dos fatos fornecida pelo contraditório auxilia não somente as partes do processo como também o magistrado, trazendo ao conhecimento fatos relevantes para a tomada de decisão, tornando este princípio eficiente instrumento para a busca da verdade.

3.3 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O princípio da ampla defesa assim como o princípio do contraditório trata-se de um direito, uma garantia que atende ao interesse geral e anseia um processo justo. A ampla defesa decorre de um dos elementos que compõem o contraditório, o direito à informação e se concretiza por intermédio do segundo elemento: direito de reação.

Embora ambos os princípios estejam intimamente ligados, os dois não se confundem, assim explica Renato Brasileiro (2020, p. 54):

Com efeito, por força do princípio do devido processo legal, o processo penal exige partes em posições antagônicas, uma delas obrigatoriamente em posição de defesa (ampla defesa), havendo a necessidade de que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária (contraditório).

O contraditório corresponde à ambas as partes, enquanto que a ampla defesa, somente ao réu. Com isso, existe a possibilidade de violar a ampla defesa sem que se viole o contraditório e vice-versa.

Assim como no contraditório a ampla defesa visa um processo efetivo e equilibrado, buscando igualar os desiguais admitindo que o acusado seja formalmente tratado de maneira desigual em relação à acusação no processo penal. O direito a ampla defesa inclui a defesa técnica, processual ou específica e a autodefesa, defesa material ou genérica. Trata-se de defesa técnica, processual ou específica, aquela exercida por profissional da advocacia, dotado de capacidade postulatória, seja ele advogado constituído, nomeado, ou defensor público.

A defesa é indispensável, irrenunciável e indeclinável, devendo ser plena e efetiva, mesmo que o acusado queira ser processado sem defesa técnica, e ainda que seja revel, deve o juiz providenciar a nomeação de um defensor. Não havendo nomeação de um, configura-se, pois, sua nulidade absoluta, por afronta à garantia da ampla defesa. Neste sentido, temos no Código Processual Penal no art. 261, caput, do CPP:

A ampla defesa também garante o direito do acusado de escolher seu próprio defensor. Em virtude da relação de confiança entre eles, havendo omissão do defensor constituído pelo acusado, não cabe ao juiz, nomear outro, mas sim intimá-lo para constituir novo defensor. Somente após isso e em caso de inércia do acusado, o juiz poderá nomear um defensor dativo ou a defensoria pública para exercer o patrocínio do acusado, ressalvando-se o direito do acusado de constituir novo defensor a qualquer tempo.

3.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O Princípio da Publicidade rege a ação de publicar os atos processuais para que não só as partes envolvidas no processo tenham acesso ao seu conteúdo, como também, a toda a sociedade, com o objetivo de oportunizar sua fiscalização. A publicidade é pressuposto de validade dos atos e decisões do Poder Judiciário, garantindo ao processo penal à ideia de transparência da atividade jurisdicional e lhe confere um caráter democrático.

Tão relevante princípio encontra-se expresso em diversos dispositivos legais, contudo, apesar da publicidade dos atos processuais serem regra, há a admissibilidade do sigilo quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem vejamos os artigos 5º, XXXIII e LX e 93, IX da CF/88:

Art. 5º (...)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

(...)

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Art. 93 (...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

O Princípio da Publicidade também está normatizado no Código Processual Penal, contudo a publicidade poderá ser negada quando do ato puder ocorrer escândalo, inconveniente grave ou perturbação da ordem, conforme dispõe o artigo 792, §1º do CPP.

No inquérito policial, o Princípio da Publicidade não se aplica, pois nesta fase pré-processual o sigilo é a regra. No entanto, assegura-se ao advogado a consulta aos autos processuais correspondentes segundo dispõe a súmula vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

A publicidade ainda se divide em duas modalidades. A publicidade externa que garante ao público em geral a possibilidade de acompanhar as audiências criminais de coleta de provas e/ou julgamentos em qualquer grau de jurisdição, assim como consultar os processos ou obter certidões. A publicidade ampla é a regra no processo penal, porém existem exceções postas no texto constitucional sendo aplicada a publicidade interna em determinados casos.

A publicidade interna ou específica, também chamada de segredo de justiça, é a que limita a publicidade apenas às partes do processo e seus procuradores, aplicada em casos específicos onde a prioridade é a defesa da intimidade, o interesse social ou quando a sua publicidade pode resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem. Como exemplo temos os processos criminais relativos a crimes contra a dignidade sexual, nos quais a publicidade ampla poderia aumentar sobremaneira o sofrimento da vítima, causando-lhe desnecessária exposição e humilhação.

Por fim, temos as hipóteses em que o sigilo é decretado até mesmo para o acusado e seu defensor, no caso das provas cautelares, como a interceptação telefônica ou a quebra de sigilo de dados bancários, sendo possibilitado o contraditório deferido sobre a medida.

3.5 PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE

O Princípio da Busca da Verdade é aplicado no processo penal como meio de alcançar a verdade material, substancial ou a verdade real dos fatos. A priori a descoberta da verdade era pressuposto obrigatório para a realização da ação punitiva do Estado e esta poderia ser obtida a qualquer preço, podendo o magistrado determinar a produção de provas *ex officio*, acarretando muitas vezes a prática de arbitrariedades e violações de direitos.

Havia a crença que a verdade podia ser alcançada pelo Estado e se tornou a finalidade do processo criminal, essa busca da verdade a todo custo transformava este fim mais valioso do que a própria proteção da liberdade individual.

Atualmente, o entendimento de que a verdade absoluta poderia ser atingida no processo penal foi afastado, tendo em vista que a prova produzida em juízo, por mais forte que seja, é incapaz de dar ao magistrado juízo de certeza absoluta. A verdade absoluta, em total conformidade com todos os fatos ocorridos é um ideal inatingível.

O que podemos alcançar no processo penal é uma reconstituição do fato controverso com maior fidedignidade possível e por meio disso, dar fundamento para a resolução das questões.

Então, prevalece o entendimento que no processo penal o Princípio da Verdade Material ou Real não tem aplicabilidade, mas sim o Princípio da Busca da Verdade. Desse modo, temos no texto legal amparo para o magistrado agir na busca da verdade.

Por último, temos a aplicabilidade do Princípio da Busca da verdade nos casos tratados pelos Juizados Especiais Criminais, em casos de transação penal e a suspensão condicional do processo, a Lei nº 9.099/95 prevê que o conflito penal deverá ser resolvido por meio de um acordo de vontades das partes, afastando totalmente o princípio da busca da verdade e estabelecendo o que a doutrina denomina de verdade consensuada.

3.6 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL, DO PROMOTOR NATURAL E DO DEFENSOR NATURAL

O Princípio do Juiz Natural garante a todo cidadão o direito a existência de um juízo adequado para julgamento da sua demanda, conforme as regras de fixação de competência, e à proibição de juízos extraordinários ou tribunais de exceção constituídos após a ocorrência dos fatos.

Há três regras básicas que regem este princípio: 1) somente podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição Federal; 2) ninguém pode ser julgado por órgão jurisdicional instituído após a ocorrência do fato; 3) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competência que exclui qualquer discricionariedade.

Desse princípio sucedem dois outros princípios, o princípio do promotor natural e o princípio do defensor natural.

O primeiro consiste na vedação à designação de promotor para pleitear em caso específico, o promotor natural deverá ser aquele determinado em lei conforme as regras previamente estabelecidas pela instituição para distribuição de atribuições no foro de atuação.

E o princípio do defensor natural, consiste na vedação de nomeação de defensor diverso daquele que possui atribuição legal para atuar na causa, essa

proteção afasta uma possível arbitrariedade por parte do juiz em nomear um defensor dativo ou que haja contra as designações do defensor público geral.

3.7 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

O Princípio do Livre Convencimento Motivado consiste no fato em que todas as provas produzidas em juízo possuem o mesmo valor e que caberá ao magistrado a liberdade de avaliar e atribuir valor, e com base nelas fundamentar sua decisão. A necessidade de fundamentação permite às partes conhecer os motivos da decisão e recorrer delas e apresentar recurso.

Trata-se de regra do ordenamento processual penal, com exceção o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, no qual prevalece a íntima convicção.

3.8 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dentre os princípios que estabelecem a garantia de direitos, temos o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como instrução constitucional vital para todo ordenamento jurídico. Tão relevante princípio está previsto na nossa Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III e tem como objetivo garantir ao cidadão seus direitos resguardados pela sociedade e pelo poder público, afim de preservar a valorização do ser humano. Nesse sentido, segundo Rocha (1999):

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é uma das bases do Estado Democrático de Direito, próprio da República Federativa do Brasil, portanto, não há possibilidade de ser mitigado ou relativizado, sob pena de gerar a instabilidade do regime democrático, sendo este princípio que rege todos os demais, o que confere ao mesmo fundamento de caráter absoluto. Nesse sentido, Flávia Piovesan diz que (2000, p. 54):

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Diz ainda a autora que (2004, p. 92):

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.

Tendo a Dignidade da Pessoa Humana como sentido da ordem jurídica, temos no ordenamento penal e processual penal sua indispensável aplicabilidade. Neste sentido, toda e qualquer função normativa deve partir da dignidade como princípio norteador do sistema jurídico atual.

Na esfera penal tal princípio estabelece não só limite ao poder de punição e proibição do Estado como também monitora as relações estabelecidas e limita a atuação do aparato punitivo, estabelecendo assim garantias aos acusados e condenados. Assim, antes de toda punição e todo processo, temos uma dignidade a ser respeitada. Immanuel Kant acredita que o homem não pode ser tratado como um objeto, como um meio para atingir um determinado fim. Nesse sentido, temos que a garantia a dignidade desenrola todos os princípios basilares da relação entre direito penal e constitucional e assegura que haja um equilíbrio entre a autoridade e a liberdade. Segundo Capez (2005):

Da dignidade humana, princípio genérico e reitor do Direito Penal, partem outros princípios mais específicos, os quais são transportados dentro daquele princípio maior. Desta forma, do Estado Democrático de Direito parte o princípio reitor de todo o Direito Penal, que é a dignidade da pessoa humana, adequando-o ao perfil constitucional do Brasil e erigindo-se à categoria de Direito Penal Democrático.

Em caso de conflito entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e outro princípio penal ou processual penal, cabe ao aplicador do direito o bom senso de atribuir à importância, peso ou valor à dignidade de um em detrimento da dignidade

do outro na busca da solução mais adequada para o caso concreto. Portanto, o limite de uma dignidade passa a ser a igual dignidade ou direito do outro, não se podendo privilegiar um em detrimento de outro com igual dignidade ou direito, contudo o valor contido na dignidade da pessoa humana como fundamento da República é absoluto, inafastável, irrenunciável, visto que se trata do respeito à integridade do homem e deve sempre ser levado em conta por constituir a essência e o fim maior do Estado Democrático de Direito. A dignidade da pessoa humana tem em sua essência um valor imprescindível para a vida de todo e qualquer cidadão. Nesse sentido, Moraes (2002) leciona que:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, que constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento.

Assim, temos que a relação entre Direito Penal e Constitucional está baseada na perspectiva de respeitar a ordem hierárquica das normas e consolidar valores e princípios afim de proteger a pessoa humana de afrontas a seus direitos, promovendo assim as garantias penais e processuais e assegurando que a pena seja imposta de maneira justa.

No fim, temos que seguramente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o mais importante do ordenamento jurídico brasileiro e tem a finalidade de proteger os direitos fundamentais.

3.9 PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* OU NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

O Princípio do *Nemo Tenetur Se Detegere*, também conhecido como Princípio da Não Autoincriminação, consiste no direito de que ninguém deve ser obrigado a

produzir prova contra si mesmo. Trata-se de uma forma de autodefesa passiva, exercida por meio da inatividade do indivíduo sobre quem recai a imputação.

De acordo com Renato Brasileiro (2020, p. 72):

Trata-se de uma modalidade de autodefesa passiva, que é exercida por meio da inatividade do indivíduo sobre quem recai ou pode recair uma imputação. Consiste, grosso modo, na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado (ou acusado) em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação.

A partir deste princípio, extrai-se diversas garantias, tais como, direito ao silêncio ou o direito a inexigibilidade de dizer a verdade, conforme será analisado.

O direito ao silêncio ou direito de permanecer calado refere-se a faculdade de o acusado não responder às perguntas formuladas pela autoridade, sendo o silêncio interpretado como manifestação passiva da defesa, não podendo ser entendido como confissão ficta ou falta de defesa, causando prejuízo ao acusado.

Tão importante direito, encontra respaldo na Constituição Federal de 1988 que define:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; [...]

É indispensável a prévia e formal advertência a este direito, isto para evitar a autoincriminação involuntária, sob pena de ilicitude da prova obtida, o que se aplica, inclusive, à testemunha. Em contrapartida, tem entendimentos jurisprudenciais que consideram a nulidade relativa no tocante a não comunicação do direito ao silêncio. Devendo ser demonstrado o prejuízo, bem como que a falta de registro da advertência a tempo oportuno.

Vale ressaltar que o direito ao silêncio não abrange o direito de omitir a verdade quanto à identidade pessoal, caracterizando crime de falsa identidade, conforme súmula 522 do Superior Tribunal de Justiça que diz: “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”.

Outro que merece destaque é o direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal. Este trata-se do direito de não ser obrigado a confessar o delito

praticado. Contudo, não há que se falar em direito de não autoincriminação, se para a garantia de tal direito houve o acometimento de uma infração penal com o objetivo de encobrir delito anterior;

Bem como a inexigibilidade de dizer a verdade: doutrinariamente entende-se que o acusado possui o direito de mentir, sob o argumento de que o comportamento de dizer a verdade não é obrigatório e não resulta nenhum prejuízo ao processo, tendo em vista que tal prática não é tipificada como crime. Contudo, a mentira a ser tolerada é a mentira defensiva. As mentiras que imputam falsamente a terceiros a prática do delito incidem no delito de denúncia caluniosa, previsto no art. 339 do Código Penal;

Outra ramificação do Princípio da Não Autoincriminação é o direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminar o acusado. Refere-se ao direito em consentir ou negar a participação ativa do acusado em produção de provas (acareação, reconstituição do crime, exame grafotécnico). A participação deve ser consentida, não admitindo medidas coercitivas contra o acusado para obrigá-lo a cooperar na produção de provas. Com isso, a recusa do acusado em submeter-se a participação não configura o crime de desobediência, nem o de desacato e da sua negação não se pode gerar presunção de culpabilidade.

Existem casos onde mesmo com a recusa do acusado algumas provas podem ser realizadas. Temos por exemplos: o caso de exame grafotécnico, o Supremo Tribunal Federal, fundamentado neste princípio, trata o fornecimento para exame grafotécnico não obrigatório, contudo, nada impede que a autoridade determine a apreensão de papéis e documentos que possam suprir o fornecimento do referido material. Outra situação seria a que o acusado é apenas um meio de verificação, como no reconhecimento pessoal. Para garantir a participação o Estado pode determinar a condução coercitiva, pois a prova demanda apenas de sua cooperação passiva, não havendo violação do princípio ora comentado;

Por fim, tem-se o direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva. Diz respeito ao direito a negação de submeter-se a intervenções invasivas ao corpo humano. O que diferencia uma prova invasiva de uma não invasiva é o método realizado para obter os resultados.

São provas invasivas aquelas que necessitam de penetração no organismo humano ou extração de alguma parte dele, como exemplo tem-se o exame de sangue, ginecológico, identificação dentária, endoscopia, entre outros. No caso desse tipo de

provas, o princípio do *NEMO TENETUR SE DETEGERE* é aplicado e o réu não é obrigado a se autoincriminar, podendo recusar-se a produção da prova e não sofrendo qualquer ônus em virtude da recusa.

São provas não invasivas aquelas que não necessitam de penetração no organismo humano e sim uma inspeção ou verificação, como o exame de DNA a partir de fios de cabelo encontrados no chão. Neste caso, a prova não invasiva independe de concordância, desde que não haja colaboração ativa do agente.

Portanto, somente a partir de uma prévia advertência do direito de não produzir prova contra si mesmo e do consentimento do sujeito passivo da medida, poderá ser realizado o procedimento, seja a prova invasiva ou não invasiva.

Em sua obra, Brasileiro (2019, p. 86) comenta:

Da recusa em produzir prova contra si mesmo também não se pode extrair a tipificação do crime de desobediência (CP, art. 330). Afinal de contas, se o art. 330 do Código Penal tipifica a conduta de “desobedecer a ordem legal de funcionário público”, há de se concluir pela ilegalidade da ordem que determine que o acusado produza prova contra si mesmo. O exercício regular de um direito - de não produzir prova contra si mesmo - não pode caracterizar crime, nem produzir consequências desfavoráveis ao acusado. Sua recusa em submeter-se à determinada prova é legítima. O exercício do direito ao silêncio também não pode ser utilizado como fundamento para majoração da pena do condenado, nem tampouco para dar suporte à eventual decretação de prisão cautelar, sob o argumento (equivocado) de que o acusado não colabora com a produção probatória. Nesse sentido, a la Turma do Supremo já decidiu que não constitui fundamento idôneo, por si só, à prisão preventiva, a consideração de que, interrogado, o acusado não haja demonstrado “interesse em colaborar com a Justiça”: ao indiciado não cabe o ônus de cooperar de qualquer modo com a apuração dos fatos que o possam incriminar

É com base nestes entendimentos que se discute uma possível afronta ao Princípio da Não autoincriminação por parte das alterações impostas pelas Leis n^o 12.654/12 e Lei n^o 13.964/2019 no tocante a identificação compulsória do perfil genético para alguns condenados.

4. A IDENTIFICAÇÃO COMPULSÓRIA DO PERFIL GENÉTICO DO APENADO FRENTE AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

O presente capítulo terá o intuito de analisar a identificação criminal genética na legislação brasileira, fazendo uma discussão desta frente aos princípios constitucionais que regem o processo penal, em especial o Princípio da Não Autoincriminação, em especial, analisar as alterações trazidas pela Lei nº 12.645/2012 e pela Lei nº 13.964/2019, esta última conhecida popularmente como Pacote Anticrime.

4.1 A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O *jus puniendi* ou direito de punir, assegura ao Estado o direito de condenar e aplicar uma pena para aquele que comete algum ato ilícito. Para que isso ocorra, é imprescindível que se tenha absoluta certeza da identidade do autor do delito, é daí que surge o instituto da identificação criminal.

A identificação criminal consiste na reunião de informações inerentes a uma pessoa que tenha cometido um ilícito penal. Renato Brasileiro (2020, p. 216) destaca a importância desta afirmando que:

Daí a importância da identificação criminal, que desempenha papel fundamental no auxílio da aplicação do direito penal, porquanto, através dela, é feito o registro dos dados identificadores da pessoa que praticou a infração penal sob investigação, possibilitando o conhecimento ou a confirmação de sua identidade, a fim de que, ao término da persecução penal, lhe sejam impostas as sanções decorrentes do delito praticado.

De suma importância entender que a identificação criminal se classifica como gênero do qual suas espécies são: identificação datiloscópica- realizada por meio das saliências papilares (impressões digitais); a identificação fotográfica, sendo esta uma das primeiras providências adotadas pela polícia para o reconhecimento de um suspeito; e por fim, tem-se a identificação do perfil genético introduzida pela Lei nº 12.654/12. Em resumo, a identificação criminal abrange uma sessão fotográfica, a

coleta de impressões digitais do indivíduo e, em alguns casos específicos, a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

Conforme os ensinamentos de Lopes Jr. (2018, p. 143):

A identificação criminal prevista no art. 5º, LVIII, da CB, foi regulamentada pela Lei nº 12.037/2009 e constitui o gênero, do qual são espécies a identificação datiloscópica, a identificação fotográfica e a coleta de material genético (modificação introduzida pela Lei n. 12.654/2012).

No Brasil a primeira expressão ao procedimento de identificação criminal advém do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Processo Penal de 1941, no qual determina que durante o inquérito policial, dentre outras providências, o Delegado deve ordenar a identificação do acusado pelo processo datiloscópico.

De forma diversa do que aconteceu em outros ordenamentos jurídicos pelo mundo, que normalizaram a identificação criminal e suas especificidades em leis infraconstitucionais, no Brasil não foi exatamente assim. Pois a própria Constituição Federal de 1988 traz em seu corpo a identificação criminal, considerando-a garantia individual, não sendo matéria tratada apenas em leis infraconstitucionais.

Com o advento das leis que versam especificamente sobre identificação criminal, houve um aumento na liberdade de atuação do Estado para utilizar-se desse meio na busca de identificar os infratores, bem como fora inaugurado o método de identificação criminal com base na coleta e análise de perfis genéticos.

No tocante a coleta de material biológico, específico da identificação do perfil genético, esta é realizada no curso da investigação afim de identificar a autoria e materialidade de um crime. Os dados genéticos do acusado serão coletados e armazenados em um banco com todas as informações pertinentes para a identificação e gerenciados por uma unidade oficial de perícia criminal. Para realizar a coleta do material genético utiliza-se de vários meios, como o “suabe” bucal onde são recolhidas células das bochechas e em seguida são analisadas em laboratório adequado.

Merece destaque a informação de que a “Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos”, da UNESCO, alega a necessidade de haver consentimento para a realização desta coleta, devendo sempre serem observados as orientações pertinentes aos Direitos Humanos. Contudo, não existe qualquer menção acerca do consentimento para a coleta deste material na legislação brasileira,

surgindo assim a possibilidade de afronta a certos princípios norteadores do processo penal.

4.2 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA COLETA DE MATERIAL GENÉTICO COMO MÉTODO DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Após a introdução da Lei nº 12.654/2012 e de forma mais recente a nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), muito se discute acerca da constitucionalidade das mesmas no tocante a compulsoriedade da coleta de material genético dos apenados para auxiliar na identificação criminal, frente a alguns princípios basilares presentes no ordenamento jurídico pátrio.

Em seu artigo 5º, inciso LXIII, a CRFB/88 prevê ao apenado o direito ao silêncio, porém, esta norma constitucional deve ser analisada de forma mais abrangente, pois nela está esculpido o Princípio de *Nemo Tenetur Se Detegere*, resguardando assim o direito de não produzir provas contra si mesmo.

A identificação genética no Brasil se deu através da Lei nº 12.037/2009, sendo posteriormente alterada pela Lei nº 12.654/2012. Segundo tais diplomas legais, para que haja a coleta de material genético se faz necessário uma determinação judicial para tanto, seja de ofício ou por requerimento das partes. Vale destacar que a Lei de Execução Pena- LEP, também disciplinou algumas considerações acerca deste método de identificação. Em nenhum dos diplomas legais mencionados acima encontra-se menção a possibilidade de consentimento por parte do apenado para a realização de tais procedimentos, pelo contrário, com o advento do Pacote Anticrime, fora acrescentado ao artigo 9º-A da LEP o § 8º e o inciso VIII ao artigo 50, onde ambos afirmam que a recusa por parte do preso em ceder material voluntariamente para a identificação do perfil genético constitui falta grave.

Art. 9º-A. O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional.

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

§ 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense.

§ 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.

§ 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa

§ 4º O condenado pelos crimes previstos no caput deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena

§ 5º A amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar.

§ 6º Uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do caput deste artigo deverá ser correta e imediatamente descartada, de maneira a impedir a sua utilização para qualquer outro fim.

§ 7º A coleta da amostra biológica e a elaboração do respectivo laudo serão realizadas por perito oficial.

§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

Na hipótese de o material genético ter sido coletado sem uma conduta ativa do apenado, não há que se falar em eventual violação ao *Nemo Tenetur Se Detegere*. O que se discute é a extração compulsória, mesmo que seja realizada por meio de procedimento indolor.

Neste momento faz-se a seguinte análise: a coleta de material genético foi introduzida na legislação penal brasileira como método de identificação criminal, todavia, por vezes sua finalidade diverge daquele para qual foi criada, tornando-se apenas um meio de prova no percurso do processo criminal, sendo assim, prejudicial a defesa do acusado, uma vez que o contraditório e a ampla defesa estão prejudicados.

Neste sentido é o entendimento de Maria Elizabeth Queijo (2021, p. 250):

No entanto, a coleta de material genético tem por único objetivo – e não há outro – a identificação de autoria de delito, em persecuções penais futuras, ou naquela que está em andamento: ou seja, a finalidade não é a identificação criminal, como se sugere na Lei, mas a comprovação de autoria/participação em delito. A finalidade é inegavelmente probatória. Pretende-se, por meio da coleta desse material, realizar perícia.

Em razão da coleta de material genético estar sendo utilizada como meio de prova, e esta se faz com intervenção corporal do infrator, é necessário que algumas

determinações sejam observadas para que tais práticas sejam consideradas constitucionais. Destaca Aury Lopes Junior (2020, p.236):

Considerando a gravidade da intervenção corporal e a restrição da esfera de privacidade do sujeito, deverá a autoridade policial demonstrar a impossibilidade de obter a prova da autoria de outro modo, constituindo a coleta de material genético a *ultima ratio* do sistema. Não se pode tolerar uma banalização da intervenção corporal, eis que representa uma grave violação da privacidade, integridade física e dignidade da pessoa humana, além de ferir de morte o direito de silêncio negativo (direito de não produzir prova contra si mesmo).

Com as inovações aplicadas a LEP advindas da Lei nº 12.654/12, fora acrescentado o artigo 9º-A, o que acarretou inúmeras divergências na doutrina e jurisprudência quanto a sua constitucionalidade, uma vez que obriga os condenados por crime doloso com emprego de violência grave contra pessoa e os que praticarem qualquer dos crimes estabelecidos artigo 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos) a serem submetidos a coleta de material genético, através do exame de DNA usando de técnica adequada e indolor, para a identificação do perfil genético.

Como já afirmado, esta norma é alvo de discussões sobre sua validade constitucional, tendo em vista que existe uma possível afronta a princípios constitucionais como o da Dignidade da Pessoa Humana e princípios norteadores do processo penal como o da Não Autoincriminação. Lopes Junior (2018, p. 434) ainda afirma:

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

Vale destacar que o Brasil é signatário em alguns tratados internacionais tais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH – Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que defendem o direito de não produzir provas contra si, além, é claro, do próprio Diploma Constitucional de 1988 prevê esta regra.

Conforme já explanado em capítulo próprio, os princípios constituem verdadeiros alicerces de um sistema, funcionando como um modelo direcionador na criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas. A compulsoriedade na coleta

de material biológico de certos apenados vai contra o que determina alguns princípios estudados neste trabalho.

Basta observar o parágrafo 8º do art. 9º- A e o inciso VIII do artigo 50 da Lei de Execução Penal, ambos inclusos pelo chamado Pacote Anticrime, os quais disciplinam que a recusa em ceder material genético constitui falta grave na execução da pena, o que acarreta a perda de vários direitos inerentes fase de execução penal.

A título de exemplo, são tipos de sanções para o cometimento de falta grave: a revogação da autorização para trabalho externo (artigo 36, LEP); a interrupção na contagem do prazo para progressão de regime (artigo 112, § 6º, LEP); a transferência para cumprimento de pena em regime mais rigoroso (artigo 118, I, LEP); a revogação do direito a saída temporária (artigo 125, LEP); e ainda a possibilidade de revogação de até 1/3 (um terço) do tempo remido (artigo 127, LEP). Observa-se que Lei de Execução Penal trata de forma rigorosa aqueles que cometem falta grave, retirando dos condenados diversos direitos.

Por obvio, aquele que cumpre pena não tem alternativa a não ser aceitar que sejam feitos os procedimentos de coleta de material biológico em seu corpo para que não sofra as reprimendas acima elencadas, além de outras sanções que não foram mencionadas próprias para quem comete falta grave. Assevera Cristiane Chaves Lemos (2014, p.12):

Em um processo penal orientado pela presunção de inocência e balizado pelo contraditório é fundamental observar as regras que disciplinam a atividade probatória. O magistrado é o responsável em assegurar a igualdade entre as partes e em controlar os requisitos de verificabilidade dos fatos para que o processo “não seja mero jogo de cena ou cerimônia protocolar, consoante mencionado, ritual que apenas antecederia a imposição do castigo, previamente definido pelas forças políticas.

A compulsoriedade na coleta de material genético e a configuração de falta grave a partir da sua recusa são regras que entram em conflito com os já mencionados princípios da Dignidade da Pessoa Humana e o princípio da Não Autoincriminação. Este último é usado tanto na fase da investigação como também no curso do processo criminal e como o próprio nome já demonstra, em nenhum momento da persecução penal o indivíduo pode ser obrigado a contribuir com sua própria incriminação. Queijo (2012, p.77) ainda explica:

[...] o princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos no interrogatório, sugestões e dissimulações.

Por sua vez, a Dignidade da Pessoa Humana é um princípio norteador para os demais, logo, havendo afrontas ao princípio do *Nemo Tenetur se Detegere*, o primeiro também estará sendo violado. Vale lembrar que o artigo 1º da Constituição Federal de 1988 elenca os fundamentos do Estado Democrático de Direito, entre eles está a dignidade da pessoa, previsto no inciso III, no qual objetiva assegurar a todo ser humano as condições mínimas indispensáveis para uma existência digna, e no caso em análise, prevê condições dignas ao cumprimento de pena.

A legislação pátria vigente prevê apenas duas situações em que os perfis genéticos podem ser excluídos dos bancos de dados criminais, são elas: a) quando ocorre a absolvição do acusado; b) nos casos em que há condenação, após requerimento da parte, desde que passados 20 (vinte) anos do cumprimento da pena. Muito também se discute acerca do período previsto por ser desproporcional, pois assim, mesmo depois de o cumprimento da pena ter chegado ao fim, o indivíduo continuará sob vigilância, ferindo outros princípios do Processo Penal como o da Presunção de Inocência.

Muitas foram as mudanças ocorridas no tocante a coleta de material genético dos apenados para identificação dos seus perfis genéticos, contudo, muitas delas violam princípios elementares do ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do já mencionado parágrafo 8º do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal (LEP), uma vez que elevar a recusa do condenado em ceder seu material genético ao nível de uma falta grave implicará em sérios prejuízos aos apenados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O primeiro capítulo deste trabalho monográfico encarregou-se de fazer uma síntese acerca dos Sistemas Processuais Penais que perpassaram pela história e aqueles que ainda se fazem presentes nos ordenamentos jurídicos, com ênfase no brasileiro. Fora realizada uma análise acerca dos aspectos individuais de cada Sistema (Inquisitivo, Acusatório e Misto) onde foram feitas reflexões sobre suas principais características com o intuito de demonstrar as diferenças existentes entre os mesmos.

Ainda no capítulo introdutório, foram feitas breves, porém relevantes considerações a respeito das provas no processo penal, tema de suma importância para o desenvolvimento do presente trabalho. Neste momento foram discutidos alguns conceitos trazidos pelos mais diversos doutrinadores da área, bem como foram realizados estudos sobre as classificações dos meios de prova, como por exemplo as nominadas e inominadas. E finalizando o capítulo I, registrou-se algumas provas em espécie, com destaque para as provas testemunhal, pericial e documental, onde foram tratados aspectos gerais de cada espécie.

A seu turno, o segundo capítulo cuidou em conceituar e demonstrar a importância dos Princípios em um ordenamento jurídico. Foram feitas ponderações acerca dos Princípios de maior relevância na esfera do Processo Penal, como o da Ampla Defesa, da Busca da Verdade Real, Dignidade da Pessoa Humana e em especial o Princípio da Não Autoincriminação, também denominado como *Nemo Tenetur Se Detegere*, sendo este uma peça fundamental no presente trabalho.

Por fim, no terceiro capítulo este trabalho monográfico buscou conceituar a identificação criminal no ordenamento jurídico brasileiro, esmiuçando suas características e explanando sua aplicação prática.

Buscou-se ainda analisar a legislação do Brasil no que diz respeito a esta identificação criminal, com breves considerações feitas a Lei nº 12.037/2009, bem como as inovações trazidas pelas leis nº 12.654/2012 e a nº 13.964/2019, esta última popularmente conhecida como Pacote Anticrime, onde foram tecidos comentários sobre os impactos das mesmas, principalmente quando postas frente a princípios que regem o Processo Penal.

Para concluir a fundamentação teórica, houve uma discussão acerca da constitucionalidade dos procedimentos de coleta de material genético de alguns

apenados, tendo em vista que são obrigados a ceder este material biológico para composição de seu perfil criminal genético. Conduta esta que pode estar ferindo o renomado Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e de forma mais específica o Princípio da Não Autoincriminação.

Em face do que foi discutido ao longo da pesquisa, resta evidente que a obrigatoriedade em ceder material genético por parte do apenado vai de encontro com o que preceitua o afamado *Nemo Tenetur Se Detegere*, uma vez que impõe ao preso que este, de forma ativa, contribua para a produção de provas contra si.

O Estado busca de várias formas controlar a criminalidade, assim como aprimorar o processo penal com intuito de dar mais eficiência as punições aplicadas. Para isto, edita diversas normas neste sentido, a exemplo das mencionadas no decorrer deste estudo como o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) que tornou mais rígidos alguns institutos penais, processuais penais e os referentes a execução penal. Por ser o detentor do direito de punir, deve o Estado apurar quem é o causador do delito até que se tenha plena certeza, contudo, a procura por meios para combater a criminalidade não é suficiente, uma vez que o Poder Público não pode obter os resultados a qualquer custo, sendo necessário que se respeite os princípios constitucionais e os direitos fundamentais resguardados aqueles que são sujeitos passivos na persecução penal.

No que tange a identificação do perfil genético, o procedimento invasivo de coleta compulsória de material genético prevista na Lei nº 12.654/12, conforme já mencionado, confronta preceitos expressos na CRFB/88 e em Tratados Internacionais, ferindo o princípio da Não Autoincriminação assegurado pelo ordenamento jurídico pátrio. Com o advento do Pacote Anticrime houve ainda mais ameaças a Constituição Federal por considerar que a recusa para tal procedimento configurará falta grave e em consequência disto o indivíduo ter cerceado direitos seus, confrontando assim a dignidade humana.

Portanto, não pode o Estado usar seu poder de forma indiscriminada e indeterminada, vindo a confrontar a Constituição Federal e tratados internacionais. Deve-se sempre observar os valores nela expressos para que se busque ao máximo evitar injustiças. O Estado é detentor do direito e deve punir quando necessário, contudo, deve fazer isto dentro dos limites constitucionalmente determinados.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Lei nº 12.037, de 1º de Outubro de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm. Acesso em: 18 de ago. 2022;
- BRASIL. **Lei nº 12.654 de 28 de Maio de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.654%2C%20DE%208%20DE%20MAIO%20DE%202012.&text=Altera%20as%20Leis%20n%C2%BAs%2012.037,criminal%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 18 de ago. de 2022;
- BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 18 de ago. 2022;
- BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 18 de ago. 2022;
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 18 de ago. 2022;
- BRITO, ALEXIS COUTO DE. **Execução Penal**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020;
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005;
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**, 7. ed., Forense, 1999.
- LEMOS, Cristiane Chaves. **A coleta de perfil genético como forma de identificação criminal: entre a lógica do controle e a fragilidade processual penal**. Porto Alegre. 2014;
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020;
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018;
- LOPES JUNIOR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003;
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

- OCAMPOS, Lorena/ FREITAS JÚNIOR, João Carlos. **Direito Processual Penal**. 1. Ed. Brasília: CP Iuris, 2020
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021;
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000;
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988**, 2004;
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 13 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- Reis, Alexandre Cebrian Araújo/ Gonçalves, Victor Eduardo Rios/ coord. Pedro Lenza. **Direito Processual Penal Esquematizado**– 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021;
- ROIG, RODRIGO DUQUE ESTRADA. **Execução Penal: Teoria Crítica**. 5. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.