



DNA E SUA UTILIZAÇÃO COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

Professor Dr. Marco Antônio de Barrosⁱ

Professor da Faculdade de Direito - UPM

Professor Marcos Rafael Pereira Piscinoⁱⁱ

RESUMO

Segundo determina a lei processual penal brasileira, nos crimes que deixam vestígios, é indispensável a realização do exame de corpo de delito. Uma das formas de se realizar este exame se dá pelo método de verificação de DNA, pois, sob o enfoque de uma visão pericial moderna, o corpo de delito envolveria tanto a materialidade quanto indícios de autoria.

Neste trabalho os autores procuram destacar a importância do exame de DNA para o processo penal, identificam a dificuldade que existe em torná-lo obrigatório frente ao princípio processual de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo e, finalmente, sustentam que este óbice deve ser enfrentado à luz do princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

According the brazilian penal process law, it is essential the realization of evidence examination in the crimes who had vestiges. This examination can be made by DNA tests, because, actually, the evidence comprehend the crime and its autorship.

The writers intend to show the importance of DNA tests to penal process, to established the difficulties to make the DNA tests

compulsory ahead the axiom that nobody has the obligation to produce proves against himself and, finally, held the opinion that this problem must be faced by the proportionality axiom.

Palavras chaves

DNA. Corpo de Delito. Produção de Prova. Proporcionalidade.

Keywords

DNA. Evidence (*Corpus Delicti*). Prove. Proportionality. Penal Process

1. Prova pericial

O termo prova origina-se do latim “probatio”, que por sua vez deriva do verbo “probare”, tendo como significado examinar, persuadir, demonstrar. Para o direito, prova é tudo aquilo que demonstra ou estabelece a verdade de um fato. As provas não possuem um fim em si, mas têm a finalidade de demonstrar um fato aos sujeitos do processo, em especial ao juiz, que é o principal destinatário de sua produção.

Neste singelo comentário sobre a realização do exame de DNA destinado a servir de prova no processo penal, coloca-se em destaque a perícia como uma espécie de prova que vem tratada em capítulo específico do Código de Processo Penal (arts. 158 a 184).

Segundo reza o artigo 158 do Código de Processo Penal, quando a infração deixar vestígio, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Prevalece o entendimento majoritário da doutrina no sentido de que o exame de corpo de delito se amolda a um caráter tridimensional, sendo composto de três elementos: *a)* o próprio corpo objeto do delito (*corpus criminis*); *b)* todas as demais coisas que poderiam interagir com o delito e com o corpo objeto do delito (*corpus*

instrumentorium); c) todas as demais coisas que poderiam interagir com o delito e que pudessem levar-nos à autoria do crime (*corpus probatorium*).

Assumindo uma afirmativa arrojada, Aranha¹ vislumbra na prova pericial uma natureza jurídica toda especial, que extravasa a condição de simples meio probatório e vai atingir um ponto intermediário entre a prova e a sentença. Segundo este autor, a prova tem como objeto os fatos; a perícia resume-se numa manifestação técnico-científica; enquanto a sentença exprime uma declaração de direito. Por isso é que a opinião manifestada pelo perito situa-se numa posição intermediária entre os fatos e a decisão. Vale dizer, o perito emite um juízo de valor.

Geralmente a perícia é determinada na fase da investigação do fato criminoso, ou seja, no inquérito policial, pela autoridade policial. Mas, poderá ser realizada por determinação judicial, tanto na fase investigatória quanto no próprio curso da ação penal, podendo o juiz agir de ofício ou deferir pedido formulado pelas partes. De seu turno, acusação e defesa podem formular quesitos (perguntas) para serem respondidos pelos peritos. De se notar, ainda, que a perícia materializa-se na peça técnica denominada laudo pericial.

2. Exame de DNA como prova pericial

Partindo dessa visão superficial a respeito da prova pericial, e ainda em apertada síntese, podemos dizer que o exame de DNA se encaixa perfeitamente entre as modalidades de perícia que estão sendo empregadas em determinadas investigações criminais,

¹ Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, *in* “Da prova no processo penal”, p. 155.

as quais reúnem novos meios de pesquisa e de apuração fincados no conhecimento e manuseio de modernas tecnologias.

Deve ser lembrado que o DNA é definido como sendo um ácido celular, também conhecido como ácido desoxirribonucléico. Na verdade, a molécula de DNA foi desvendada em 1953 pelo britânico Francis Crick e pelo americano James Watson, os quais ganharam o prêmio Nobel pela pesquisa.

O DNA constitui parte dos cromossomos, sendo encontrado no núcleo das células e sua estrutura é responsável pela transmissão das características genéticas dos seres vivos, de geração para geração, resultando no código genético individual. Sabe-se que o DNA de uma pessoa é igual em todas as células do seu organismo e se compõe a partir da informação genética proveniente de seus genitores, metade da mãe e metade do pai biológico. Entre humanos, o DNA se diferencia somente em 0,2% de pessoa para pessoa. Ainda assim, a seqüência de DNA de uma pessoa nunca é igual à de outrem. É uma diferenciação mais precisa do que as digitais das mãos humanas, que também não se repetem.

É certo que, por tradição, a utilização do exame de DNA no processo judicial brasileiro está fortemente relacionada com a produção de prova no processo civil, especificamente no que tange ao Direito de Família, notadamente em testes que visam confirmar ou negar a paternidade, com a conseqüente fixação de pensão alimentícia e costumeira retificação do registro de nascimento do filho reconhecido. O detalhe interessante nesses casos é que o material genético não necessita ser obrigatoriamente colhido do suposto pai, podendo ser realizado o exame de DNA em avós, irmãos e em outros filhos do investigado.

Embora vigore em nosso ordenamento jurídico o princípio do livre convencimento do julgador, pelo qual o juiz é livre para proferir sua decisão, desde que a fundamente com base nas provas colhidas, o resultado do exame de DNA, nas ações de investigação de paternidade, tem valor de prova inequívoca e inquestionável. Neste contexto, o Superior Tribunal de Justiça fez editar a Súmula n. 301, dispondo que em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. Ou seja, recusando-se a se submeter ao exame de DNA, ao suposto pai são atribuídos os mesmos efeitos da confissão ficta.

Sem desdouro à sua predominante presença na área cível, convém assinalar que o exame de DNA também revelou sua plena eficácia em processos penais e hoje é considerado um dos meios mais seguros e eficazes entre aqueles que são utilizados para desvendar os crimes que deixam vestígios. No homicídio, por exemplo, o teste de DNA possibilita descobrir a autoria ou identificar criminosos que tenham deixado vestígios. Com sucesso realiza-se o exame biológico de fragmentos tais como sangue, fios de cabelo, pedaço de unha e outros. Igualmente no delito de estupro é de grande valor a realização deste exame em sêmen para possibilitar a identificação do esturador.

Vale dizer, o exame de DNA mostra-se apto a confirmar, ou não, com inigualável garantia de certeza, a autoria de crimes diversos, e, desse modo, transforma-se em meio de prova eficaz para o descobrimento da verdade no processo penal. A partir desta constatação, conclui-se que a função deste tipo de exame de corpo de delito extrapola a simples comprovação da materialidade do crime, podendo adentrar no campo da autoria e até mesmo atingir o espaço reservado à culpabilidade. Daí a relevância do exame de DNA para

desvendar crimes insolúveis ou elucidar fatos relacionados com ilícitos penais de grande complexidade.

3. Alguns casos de repercussão internacional de utilização do exame DNA no processo penal

Fundado no progressivo avanço da medicina legal, o emprego do exame de DNA, no processo penal, passou a ser admitido em alguns tribunais estrangeiros a partir do final da década de oitenta. A sua admissibilidade, como prova em cortes penais, data de 1986, quando o perfil genético do material biológico (sêmen) coletado de duas vítimas de estupro, seguido de morte, pôde ser confrontado com o perfil genético de um suspeito.

Conhecido nas cortes internacionais por “Caso Leicester”, foi a primeira vez que um tribunal aceitou o exame de análise do perfil genético como evidência criminal, ensejando afinal a prisão e condenação do autor dos crimes perpetrados em dois vilarejos do Condado de Leicester – Inglaterra.

Também em 1986, na Flórida, uma corte americana requisitou o exame do DNA de um suspeito de ter invadido vinte residências e na seqüência ter cometido consecutivos estupros de suas vítimas. A técnica de identificação humana pelo perfil genético possibilitou a prisão e condenação do referido autor dos crimes.

Já no caso “Estado de Kansas x Mosley” (1989), o acusado de dois crimes de estupro, anteriormente identificado por depoimento das ofendidas, foi posto em liberdade após a realização do exame de DNA no material biológico coletado das vítimas. Noutro caso, “Estado do Texas x Trimboli”, em 1989, o acusado de triplo homicídio teve a autoria confirmada pelo exame do DNA.

Realizado no caso “Estado de Maryland x Bloodsworth” (1993), o exame de DNA excluiu a acusação do crime de estupro seguido de morte, de uma menina de 9 anos de idade, liberando o acusado que encontrava-se preso de 1984.

No Brasil, desde 1992, a Polícia Civil do Distrito Federal, por meio de sua Polícia Técnica, passou a desenvolver esforços no sentido de implementar a pesquisa de DNA forense, e implantar o seu próprio laboratório de análise de material genético, como subsídio à perícia criminal.

Anota-se que o caso pioneiro de aproveitamento do exame de DNA, na área processual penal, chegou aos nossos Tribunais em 1994, quando dois peritos criminais da Polícia Civil do Distrito Federal foram enviados aos Estados Unidos, a fim de realizar o exame de DNA. Nesse caso foi extraído material biológico relacionado a dois crimes perpetrados em Brasília. O resultado desse trabalho foi descrito nos laudos periciais números 96.114 e 96.136, do Instituto de Criminalística do DF, referentes à ação penal nº 4040/93, da 6ª Vara Criminal de Brasília (processo n 9672/93, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal).

Vale a pena mencionar que em 8 de dezembro de 1994, a Câmara Legislativa do Distrito Federal aprovou a Lei n. 803, criando a Divisão de Pesquisa de DNA Forense – DPDNA, órgão diretivo, subordinado diretamente ao Departamento de Polícia Técnica da Polícia Civil do Distrito Federal, atribuindo-se a este órgão o encargo de realizar exames em DNA forense.

Assim como no Distrito Federal, Minas Gerais, São Paulo, Paraíba e Rio Grande do Sul já realizam os exames de DNA. Outros estados vêm se adequando ao mesmo sistema.

Todavia, pode-se dizer que em nosso País, o órgão mais avançado, experiente e de maior evidência na realização de exames de DNA, para fins de investigação criminal, é o Instituto Nacional de Criminalística – INC. Cuida-se de organismo sediado em Brasília – Distrito Federal, que se encontra subordinado ao Departamento de Polícia Federal e ao Ministério da Justiça. De acordo com os técnicos da área, o “Laboratório de Genética do INC” foi projetado de modo a garantir a segurança das análises nele realizadas e se encontra equipado com o que há de mais moderno em tecnologia de análise do DNA.

4. DNA e o descobrimento da verdade

Impõe realçar que o exame de DNA constitui um meio de se produzir prova elucidativa, que contribui de forma altamente generosa para com o descobrimento da verdade, especialmente no que toca à comprovação positiva ou negativa de autoria de infração penal. Para ilustrar esta afirmação vamos aqui relembrar três casos que tiveram grande repercussão na mídia nacional e que por isso se tornaram notórios e emblemáticos.

Caso I - “Pedrinho” foi seqüestrado no hospital em que nascera e por mais de uma década o crime não foi desvendado. Descobriu-se posteriormente que a ação criminosa tinha sido praticada por Vilma Martins Costa, pessoa que registrou “Pedrinho” como sendo seu filho natural. Tendo sido desvendada toda a trama que envolveu referido seqüestro, os policiais levantaram outras suspeitas contra Vilma, pois esta havia feito uma operação de esterilização antes do nascimento de Roberta Jamily Martins Borges, jovem que também se encontrava registrada como sendo sua filha.

Desse modo, com relação à Roberta Jamile, o procedimento a ser adotado deveria ser o mesmo, isto é, a autoridade policial encarregada das investigações entendeu ser necessária a realização do exame genético para confirmar se Francisca Maria Ribeiro da Silva, pessoa que também havia tido a filha seqüestrada ao nascer, seria ou não a verdadeira genitora de Roberta Jamily. Todavia, esta última, diferentemente do que aconteceu com “Pedrinho”, negou-se a fornecer material para a realização do exame de DNA.

Todos os envolvidos foram chamados a prestar declarações na Delegacia de Polícia, dentre eles, Roberta Jamily, que não se mostrava disposta a colaborar com as investigações, tanto que manteve a sua recusa em fornecer material para o exame genético.

Sucedeu que Roberta era fumante e deixou o “toco” do seu cigarro no cinzeiro do Distrito Policial. Diante disso, o delegado recolheu o resto do cigarro de Roberta, o qual continha sua saliva, e o encaminhou à perícia técnica para fazer o exame de DNA. O resultado do exame confirmou que Roberta não era filha de Vilma, a mulher que a criou, mas, sim, de Francisca.

Solucionou-se a questão sobre a verdadeira maternidade, mas o exame de DNA, obtido sem o consentimento de Roberta, tornou-se polêmico. Instalou-se uma discussão sobre a licitude da prova produzida. Alguns defenderam que houve violação do direito à intimidade de Roberta e que a prova não poderia ser aceita no processo. Outros avalizaram a prova pericial, argumentando que o resto de cigarro fumado por Roberta, uma vez descartado, transformou-se em lixo, ou seja, não fazia mais parte do seu corpo.

Como se sabe, sempre que um crime é cometido, a Polícia isola o local para que não haja alteração ou supressão de nenhuma prova. Em seguida, recolhe-se todo o material deixado pela vítima e pelo autor do delito (por exemplo: sangue, fios de cabelo, impressões digitais, resquícios eventualmente existentes sob as unhas, esperma, documentos, fotografias, objetos, armas etc.) e não há necessidade de autorização dos envolvidos para isso. Como o resto de cigarro equipara-se a um desses vestígios, que podem levar à solução de um crime, seu recolhimento pela autoridade policial foi então considerado lícito.

Caso II - Também foi acompanhado com grande interesse pela imprensa um segundo caso, que teve como personagem central da polêmica a cantora mexicana Glória de Los Angeles Treviño Ruiz, conhecida como Glória Trevi, que alegou ter sido estuprada durante o período em que permaneceu detida sob custódia da Polícia Federal

Em consequência, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, conheceu como “procedimento de reclamação” o pedido formulado contra a decisão do juízo federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Este juízo monocrático expediu autorização para a coleta da placenta da cantora, que se tornara extraditanda, após o parto, a fim de realizar o exame de DNA com o propósito de instruir inquérito policial. Este procedimento foi instaurado para apurar os fatos relacionados com a origem da gravidez da cantora e se iniciou quando ela já se encontrava recolhida na carceragem da Polícia Federal.

Alegava a gestante que sua gravidez decorria de envolvimento de servidores responsáveis por sua custódia. Afinal a reclamação dirigida ao STF apontava três argumentos principais: (1)

a reclamante, na condição de extraditanda, estava recolhida em hospital público sob a autorização do STF; (2) havia manifestação expressa da gestante, contrária à coleta de qualquer material a ser recolhido de seu parto; (3) vinculando-se a questão aos fatos constantes dos autos de extradição (queixa da extraditanda de que teria sofrido "gravidez não consentida" e "estupro carcerário"), a autorização só poderia ser dada pelo próprio STF.

Julgando o caso, no mérito, o STF declarou procedente a reclamação e, avocando a apreciação da matéria de fundo, deferiu a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada da extraditanda, cabendo ao juízo federal da 10ª Vara do Distrito Federal adotar as providências necessárias para tanto. Fazendo a ponderação dos valores constitucionais contrapostos, destacando-se, de um lado, o direito à intimidade e à vida privada da extraditanda, e de outro, o direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal como instituição (atingidos pela declaração de a extraditanda haver sido vítima de estupro carcerário, divulgada pelos meios de comunicação), o STF afirmou a prevalência do esclarecimento da verdade quanto à participação dos policiais federais na alegada violência sexual, levando em conta, ainda, que o exame de DNA aconteceria sem invasão da integridade física da extraditanda ou de seu filho.

Caso III - Refere-se ao drama sofrido por Adão Manoel Ramires. Depois de cumprir cinco anos de prisão e de se submeter a mais de dez anos de andamento do processo criminal, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decretou a sua absolvição em relação ao crime de estupro de que fora acusado. Após o exame de DNA ter comprovado que Ramires não era o autor daquele delito, o 4º Grupo Criminal daquele Tribunal acolheu a ação de revisão criminal.

Neste caso, Ramires foi condenado, em 1995, a oito anos de reclusão, a serem cumpridos em regime integralmente fechado, sob a acusação de estuprar uma jovem de 24 anos, que padecia de problemas físicos e mentais. A idade mental da jovem era estimada em cerca de seis anos. Referida pessoa ficou grávida de gêmeos e Ramires foi apontado pela vítima como sendo o pai das crianças.

A ação penal correspondente ao crime de estupro foi movida pelos pais da jovem. Durante a instrução processual, o acusado pediu a realização do teste de DNA para comprovar sua inocência, mas um outro exame foi feito, ou seja, o GSE (à época, o DNA não era amplamente usado). O método apontou 60% de chance de Ramires ser o pai das crianças. Com base no depoimento da vítima e no resultado do exame, ele foi condenado.

Ramires, viúvo e pai de dois filhos, como já foi dito, cumpriu cinco dos oito anos fixados na pena. Saiu mais cedo da prisão por prestar serviços carcerários. Em 2001, seu defensor ingressou com a ação de justificação judicial. Pediu a realização do exame de DNA para comprovar, através da prova técnica, que Ramires não tinha engravidado a jovem. O exame de DNA demonstrou a sua inocência e com o resultado em mãos, o advogado elaborou o pedido de revisão criminal, pleiteando a absolvição e o pagamento de três mil salários mínimos, a título de indenização. Por três votos a dois o pedido de absolvição foi aceito. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a obrigação de o Estado indenizar o réu tardiamente absolvido, porém determinou que a ação de reparação fosse ajuizada perante a Justiça Cível daquele Estado.

5. Projetos de Lei sobre a matéria

Por enquanto a nossa legislação não contempla especificamente a realização desse tipo de exame na área processual penal. Mas, tramitam no Congresso Nacional, dentre outros projetos de lei que versam sobre o exame de DNA, duas propostas legislativas que se relacionam com a sua utilização em investigação criminal, a saber:

a) Projeto de Lei nº 1041/2003, de autoria da Deputada Zelinda Novaes. Dispõe sobre a obrigatoriedade de coleta de material para elaboração de exame pericial de DNA nos crimes contra a liberdade sexual que deixem vestígios, contendo a sugestão de se criar os seguintes preceitos legais: “ Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre os crimes contra a liberdade sexual. - Art. 2º Em qualquer fase da persecução criminal, inclusive no flagrante delito, é obrigatório, além das formas já previstas na lei, a coleta de material adequado e sua remessa imediata para confecção de exame de ácido desoxirribonucléico – DNA, nos crimes que deixem vestígios. - Parágrafo único Os peritos registrarão no laudo a natureza e eficiência dos instrumentos utilizados, bem como todos os dados que possam esclarecer a verdade e a autoria delitiva. - Art. 3º Os órgãos da polícia judiciária estruturarão setores e equipes de policiais especializados no combate aos crimes contra a liberdade sexual e com habilitação técnica relacionada à natureza do exame de DNA. - Art. 4º Aplicam-se subsidiariamente, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo

Penal. - Art. 5º O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 60 (sessenta) dias.”

b) Projeto de Lei nº 417/2003, de autoria do Deputado Wasny de Roure, mediante o qual se propõe a alteração do artigo 1º da Lei nº 10.054, de 7 de dezembro de 2000, inserindo o DNA para a identificação criminal, com a introdução do seguinte dispositivo: “Art. 1º O art. 1º da Lei nº 10.054, de 7 de dezembro de 2000, passa a vigor com a seguinte redação: “Art. 1º O preso em flagrante delito, o indiciado em inquérito policial, aquele que pratica infração penal de menor gravidade (art. 61, *caput* e parágrafo único do art. 69 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995), assim como aqueles contra os quais tenha sido expedido mandado de prisão judicial, desde que não identificados civilmente, serão submetidos à identificação criminal, inclusive pelo processo datiloscópico, fotográfico e de DNA”.

6. DNA em confronto com princípios que regem o processo penal

Independente da inexistência até agora de normas legais específicas disciplinando a matéria, o certo é que a realização do exame pericial de DNA está sendo admitida em alguns processos penais, conforme exemplos mencionados linhas acima. No entanto, a sua utilização ainda não conta com pacífica aceitação doutrinária.

Três correntes se formaram em torno desta questão. Os adeptos da primeira corrente argumentam ser obrigatório o exame de DNA imposto ao investigado, principalmente nos casos em que este figura como único elemento de prova, e até sustentam que a recusa do mesmo em submeter-se ao exame pericial pode implicar na

configuração do crime de desobediência à ordem judicial, aliada à pena de confissão. Para a segunda corrente, o réu pode recusar-se à realização do exame, mas, sua negativa, importará na presunção de verdade dos fatos contra ele alegados, independentemente do cotejo com outras provas. E a terceira fundamenta-se na não-obrigatoriedade do exame e também não aceita que a negativa por parte do réu possa implicar em presunção de veracidade, reconhecendo, no entanto, que a recusa possa eventualmente equiparar-se a um componente passível de reverter-se em seu desfavor, caso o contexto probatório restante assim o permita.

Do quadro atual se abstrai uma situação que é inequívoca. Nenhuma dificuldade parece existir quando o pedido de sua realização é formulado pela defesa de réu (mormente nos casos em que se imputa ao denunciado a prática de crimes contra a liberdade sexual). A solução que tem sido dada pela jurisprudência de nossos tribunais inclina-se no sentido de aprovar o deferimento do pleito de realização de exame de DNA. Tal negativa constitui afronta ao princípio constitucional da ampla defesa, especialmente se a prova é considerada essencial para a negação da autoria (STJ: RT 752/550).

Entretanto, o exame de DNA ainda não se tornou um método rotineiro de produção de prova pericial destinado à elucidação de ilícitos penais. E isto se dá em decorrência de uma situação oposta, sobretudo presente na hipótese em que o réu ou investigado não quer se submeter voluntariamente ao exame de DNA.

Daí a indagação: é, ou não, obrigatória a subsunção do investigado ou do acusado ao referido exame?

A pergunta se mostra pertinente na medida em que se tem em vista a existência do princípio de que ninguém pode ser compelido a produzir provas contra si próprio. Trata-se do princípio conhecido como *nemo tenetur se detegere*, que garante ao indiciado ou ao acusado o direito de não produzir provas contra si mesmo, de permanecer em silêncio nos interrogatórios policiais ou judiciais e de decidir se coopera ou não com as investigações judiciais ou policiais. São garantias previstas na alínea “g” do parágrafo 2º do artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica, bem como no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil.

Um adendo é de ser feito neste momento para melhor esclarecer esta questão: dentre as provas que invariavelmente dependem da colaboração do indiciado, existem aquelas que se denominam invasivas e as não invasivas. Do ponto de vista da realização do exame de DNA, as primeiras são do tipo que necessitam de intervenções no organismo humano; e as segundas são aquelas em que não há necessidade de se penetrar no organismo humano, porque são realizadas a partir de seus vestígios, tais como exames biológicos feitos em fios de cabelo, salivas contidas em pontas de cigarros etc.

Considera-se o princípio do *nemo tenetur se detegere* como sendo direito e ao mesmo tempo garantia que se confere ao indiciado ou acusado de poder recusar-se a participar ativamente da produção de provas contra si mesmo. Sustenta-se a inexistência do dever de colaboração do acusado, visto imperar a regra geral que atribui à acusação o dever de reunir e produzir provas que não dependam da colaboração do réu para demonstrar os fatos imputados. Mas, essa interpretação não é definitivamente categórica

e sofre alguns temperamentos na aplicação do direito em casos concretos.

Em vigoroso trabalho jurídico, Queijo² afirma que o *nemo tenetur se detegere*, como outros direitos fundamentais, não é absoluto, devendo coexistir no ordenamento jurídico com outros direitos e valores, como a paz social e a segurança pública, que são igualmente tutelados. Por isso, admitem-se restrições ao referido direito, em caráter excepcional, as quais deverão ser operadas sempre por lei, estrita e prévia, que atenda ao princípio da proporcionalidade.

Manifestando-se sobre a restrição ao *nemo tenetur se detegere* que implicar em intervenção corporal no acusado, defende a mencionada autora, o posicionamento de que a realização da prova deve ser previamente determinada por decisão judicial, sendo esta devidamente motivada. E ainda com relação às provas produzidas mediante intervenção corporal invasiva, a autora acrescenta que somente deverão ser realizadas com o consentimento do acusado, mediante prévio controle jurisdicional sobre a medida, ressaltando, afinal, que a autorização judicial não poderá suprir o consentimento do acusado. Já em relação às demais provas, que não dependam de intervenção corporal no investigado, o controle jurisdicional poderá ser efetuado *a posteriori*.³

Seguindo essa linha de raciocínio, a prova invasiva não poderá ser colhida sem a concordância do imputado, enquanto que a prova não invasiva pode ser determinada pela autoridade policial, submetendo-se à posterior avaliação do julgador, a quem caberá

² Maria Elizabeth Queijo, in “O direito de não produzir prova contra si mesmo”, p. 429.

³ Idem, p. 430.

construir a solução do processo em conformidade com o imperativo do *proporcionalmente justo e adequado ao caso concreto*.

Cabe lembrar que o princípio da proporcionalidade não está expressamente previsto na Constituição da República. Castro⁴, profundo conhecedor da matéria, assinala que referida cláusula expressa a noção de eqüitatividade, adequabilidade, suficiência, ausência de abuso ou excesso, equilíbrio de conduta, equânime distribuição de ganhos e ônus nas relações jurídicas, idoneidade na contemplação dos interesses e pretensões jurídicas. Enfim, o princípio da proporcionalidade identifica-se com a justa e aceitável proporção na correlação entre os direitos e os deveres impostos, reprimidos, admitidos ou de qualquer forma promovidos pela ordem jurídica plural e democrática.

Incide, no caso de aplicação do princípio da proporcionalidade, a utilização técnica de hermenêutica da *ponderação de interesses*. Ensina Castro, que a interpretação da Constituição conjugada com a ponderação de valores supralegais inter-relacionados, busca evitar o abuso de direito ou o exercício exorbitante das liberdades individuais, no pressuposto de que todas elas sujeitam-se a limites imanentes e que por isso a todos impõem o dever geral de respeito quanto à essência e fronteira dos vários direitos fundamentais. Para este autor, a ordem constitucional não se limita a reconhecer e garantir o valor da liberdade: associa-o ao princípio (que lhe é ínsito) da responsabilidade social e integra-o no conjunto dos demais valores comunitários.⁵

Na trincheira da batalha que diariamente se trava entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*, se estabelece o embate entre a

⁴ Carlos Roberto Siqueira Castro, in “O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”, p. 198.

⁵ Op. cit., p. 208.

preservação de direitos quanto à liberdade, à honra, à intimidade e à vida privada do indivíduo contra o poder-dever estatal de buscar a verdade e de realizar a justiça. E à luz das considerações já feitas, não se pode afirmar soberanamente que a determinação judicial que submete o acusado à realização do exame de DNA, em casos excepcionais, implica necessariamente na obtenção de prova ilícita (art. 5º, LVI, da Constituição Federal).

Bonfim⁶ afirma que esta questão ganha amplitude no moderno processo penal, uma vez que a inadmissibilidade absoluta de provas obtidas por meios ilícitos, conquanto notável garantia constitucional-processual, afronta o princípio do livre convencimento do juiz, na medida em que obriga o magistrado a desconsiderar a realidade, ou seja, a desconsiderar a sagrada atividade de buscar a verdade real.

É sabido que a aplicação do princípio da proporcionalidade tem cabimento nos casos em que o Estado-Juiz, representando a sociedade, é chamado a tutelar dois interesses relevantes e antagônicos, como o são a defesa de um direito constitucionalmente resguardado e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. Assim, diante da impossibilidade de dar proteção a ambos, a solução deve consultar o *interesse que preponderar* para que assim seja preservado. Diante disto, a própria aplicação do princípio da proporcionalidade exclui qualquer alegação de obtenção de prova por meio ilícito, porquanto movida pelo legítimo interesse estatal de se promover a efetividade da justiça penal.

Pondere-se, em tempo, que não se pode cair na cilada que se esconde na banalização da aplicação do princípio da proporcionalidade. Mesmo que no processo penal sempre se

⁶ Op. cit., p. 294.

apresente o interesse público, a supremacia do princípio da proporcionalidade só pode ser aceita quando a decisão judicial levar em conta os parâmetros de sua adequação, necessidade e estrita proporcionalidade à resolução do caso concreto. Dito com outras palavras, o princípio da proporcionalidade não pode ser rotineiramente utilizado a ponto de tornar inócuo o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Respeitados estes requisitos, a nosso ver, a determinação judicial de realização do exame pericial de DNA, baseado em amostra biológica do acusado, tem cabimento nos crimes graves e naqueles que causam grande repercussão ou comoção social. A medida judicial deve ser movida pela característica excepcional que o caso concreto apresentar e assim ser determinada quando se trate da única forma de se evitar o possível cometimento de injustiças relativamente a terceiros (ver item 4 acima).

Por fim, se o acusado recusar a submeter-se ao exame, sua vontade deve ser respeitada, porém, com a prévia advertência de que a sua opção negativa induz à presunção *juris tantum* de veracidade dos fatos contra si alegados, a ser levada em conta na avaliação judicial de todo contexto probatório.

7. Conclusão

O exame de DNA constitui-se numa das formas probantes mais seguras, pois não está sujeito à falibilidade da memória e da percepção humana e nem a outros vícios que se encontram na formação de documentos de qualquer natureza.

É essa a razão que impulsiona a sua utilização como meio de prova, tanto no processo civil, quanto no processo penal, visto que

a almejada busca da verdade não permite que parem dúvidas sobre as provas produzidas nos processos judiciais.

Às pessoas são legalmente conferidos e resguardados direitos e garantias quanto à liberdade, honra, intimidade e vida privada. Na mesma medida se deve respeitar o direito de não se auto-incriminar. Todavia, o Estado tem o poder-dever de buscar a verdade para efetivamente realizar a justiça penal. Portanto, nas hipóteses em que forem tutelados dois interesses relevantes e antagônicos, a solução deve basear-se na preservação do interesse de maior relevância para a sociedade.

Neste caso, em caráter excepcional, e desde que motivado e amparado por rigorosos critérios de adequação, necessidade e estrita proporcionalidade da medida, o julgador pode valer-se da aplicação do princípio da proporcionalidade com o objetivo de determinar que o indiciado ou réu seja intimado para submeter-se à realização do exame de DNA. Do mandado de intimação deverá constar expressamente a ressalva de que a sua recusa à determinação judicial induzirá a presunção *juris tantum* dos fatos alegados pertinentes à referida prova pericial.

Referências bibliográfica e de pesquisa

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. São Paulo: Saraiva, 4^a ed., 1996.

BONFIM, Edílson Mougénout. Código de processo penal anotado. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 3^a. ed., 2005.

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

<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/134318.pdf> – acesso em 11/08/2007

<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/367227.pdf> – acesso em 11/08/2007

<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/223278.pdf> – acesso em 11/08/2007

<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=DNA&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=15> – acesso em 11/08/2007

<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=DNA&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=44> – acesso em 11/08/2007

<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=DNA&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=68> – acesso em 11/08/2007

<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info257.asp#Colis%C3%A3o%20de%20Direitos%20Fundamentais%20-%201> – acesso em 11/08/2007

ⁱ Marco Antonio de Barros é autor da obra Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas (editora RT), professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e Doutor em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ⁱⁱ Especialista em Direito Penal.