

Extração compulsória de material biológico para fins de identificação criminal: a resposta adequada à Constituição à luz da Crítica Hermenêutica do Direito

Compulsory extraction of biological material for criminal identification purposes: the appropriate response to the Constitution in light of the Hermeneutic Critique of Law

Fátima Aurora Guedes Afonso Archangelo¹

Universidade do Vale do Rio dos Sinos – São Leopoldo/RS, Brasil

farchangelo@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/0835200279576994>

 <http://orcid.org/0000-0002-2780-8830>

RESUMO: Os avanços tecnológicos da segunda metade do século XX trouxeram inovações que ainda despertam polêmica no cenário da persecução penal. Relevante dissenso refere-se à possibilidade de coleta compulsória de material biológico para obtenção de perfil genético, mesmo em relação a portadores de identificação cível, prevista na Lei nº 12.037/2009 (art. 3º, inciso IV, e art. 5º). Embora a questão jurídica controversa seja única (coleta compulsória de material genético para a persecução penal), são proferidas decisões diametralmente opostas pelos tribunais. Diante desse contexto, indaga-se: é possível que decisões tão dissonantes sejam igualmente adequadas à Constituição? Sob a perspectiva do processo penal garantista, quais efeitos decorrem de uma decisão constitucionalmente inadequada em relação à questão jurídica posta? A partir da análise de julgados antagônicos, este artigo investiga se, dentre eles, há uma resposta judicial constitucionalmente

¹ Doutoranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestra em Direito e Poder Judiciário na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Juíza Federal Substituta – Tribunal Regional Federal da 6ª Região. Pesquisadora e Formadora da ENFAM, com ênfase em Direitos Humanos, Direitos Fundamentais, Direito da Antidiscriminação, Justiça Criminal Consensual e Processo Penal.

adequada para a questão jurídica controversa, sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), cunhada por Lenio Luiz Streck. Ao final, o texto agrega uma abordagem crítica, expandindo a reflexão quanto aos impactos da tomada de decisão constitucionalmente inadequada em relação à coleta de material genético para fins de persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE: Dados genéticos; Identificação Criminal; Persecução Penal Humanista; Resposta Constitucionalmente Adequada; Crítica Hermenêutica do Direito.

ABSTRACT: *Technological advances in the second half of the 20th century brought innovations that still stir controversy in the criminal prosecution scenario. A relevant disagreement concerns the possibility of compulsory collection of biological material to obtain a genetic profile, even in relation to individuals with civil identification, as provided for in Law no. 12.037/2009 (art. 3, item IV, and art. 5). Although the controversial legal issue is unique (compulsory collection of genetic material for criminal prosecution), diametrically opposed decisions have been issued by the courts. Given this context, the question is: is it possible for such dissonant decisions to be equally in line with the Constitution? From the perspective of the criminal procedure guarantee, what effects result from a decision that is constitutionally inadequate in relation to the legal question posed? Based on the analysis of conflicting judgments, this article investigates whether, among them, there is a constitutionally adequate judicial response to the controversial legal issue, from the perspective of the Hermeneutic Critique of Law (CHD), coined by Lenio Luiz Streck. At the end, the text adds a critical approach, expanding the reflection on the impacts of constitutionally inadequate decision-making in relation to the collection of genetic material for the purposes of criminal prosecution.*

KEYWORDS: *Genetic Data; Criminal Identification; Humanist Criminal Prosecution; Constitutionally Adequate Response; Hermeneutic Criticism of Law.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. O uso de dados genéticos no contexto da persecução penal: atualidade e relevância da questão; 2. A perspectiva de análise dos casos: a Crítica Hermenêutica do Direito como paradigma; 3. Estudo de casos: a busca pela resposta constitucionalmente adequada; 4. Parênteses necessários: a crítica científica garantista. Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos da segunda metade do século XX trouxeram inovações que ainda despertam polêmica no cenário da persecução penal. Nesse contexto, a tensão ente o uso de dados genéticos para fins de investigação criminal e os direitos fundamentais do suspeito tem sido objeto de questionamentos que aportam nos tribunais brasileiros desde o advento da Lei nº 12.037/2009; cujos dispositivos possibilitam, mediante prévia autorização judicial, a coleta compulsória de material biológico para obtenção de perfil genético, mesmo em relação a portadores de identificação cível, quando for essencial às investigações policiais (art. 3º, inciso IV e art. 5º)².

Embora a questão jurídica controversa seja única (coleta compulsória de material genético para fins de investigação criminal), a exigir tomada de decisão unívoca consoante o método hermenêutico, o que se verifica é que são proferidas decisões diametralmente opostas pelos tribunais, todas arrogando-se estar em conformidade com a Constituição Federal. É possível que decisões tão dissonantes sejam igualmente adequadas à Constituição? Ou a colidência entre tais decisões judiciais reforça a “crise na compreensão das garantias processuais penais”³? Pode-se afirmar que uma das decisões é correta e a outra incorreta em relação à Constituição?

No intento de contribuir para o esclarecimento dessas indagações, este texto pretende investigar se há uma resposta judicial constitucionalmente adequada para a questão jurídica controversa (coleta compulsória de material genético para a persecução penal), sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), cunhada por Lenio Luiz Streck, tomando para análise julgados antagônicos. E, para tal desiderato,

² BRASIL. Lei nº. 12.037, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 2 out. 2009. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 jul. 2024.

³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?* 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. 140 p., p. 16.

adota como fio condutor uma teoria da decisão jurídica que abrange a problemática dos princípios⁴.

Ao resultado dessa análise, acrescentam-se aportes críticos, no intuito de expandir as reflexões científicas sobre o problema nuclear do texto: os impactos decorrentes da tomada de decisão constitucionalmente inadequada.

Ancorou-se o artigo em revisão bibliográfica de referenciais teóricos interdisciplinares, complementada por pesquisa documental, para densificar a argumentação crítica e contribuir para o debate sobre a adequação constitucional da autorização judicial para extração compulsória de material genético para fins de persecução penal.

1. O USO DE DADOS GENÉTICOS NO CONTEXTO DA PERSECUÇÃO PENAL: ATUALIDADE E RELEVÂNCIA DA QUESTÃO

A identificação criminal é excepcional, nos termos do art. 5º, LVIII, da Constituição Federal⁵, sendo permitida nas estritas hipóteses legais. Estas estão previstas na Lei nº 12.037/2009⁶, que estabelece rol taxativo dos casos em que a identificação criminal se justifica.

A identificação criminal ordinária é feita por processo datiloscópico e fotográfico, nos termos do art. 5º da referida lei. A par dessas vias ordinárias, a obtenção de perfil de DNA para identificação criminal também encontra previsão na mesma Lei nº 12.037/2009, por acréscimo da Lei nº 12.654/2012⁷, que incluiu a coleta de material biológico para

⁴ Tal como propõem STRECK; OLIVEIRA, 2019, p. 17.

⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 jul. 2024.

⁶ BRASIL, 2009.

⁷ A Lei nº. 12.654/2012 também modificou a Lei nº. 7.210/84 (Lei de Execução Penal – LEP), que passou a prever a obrigação de condenados por certos crimes graves serem submetidos à identificação por DNA e seus perfis genéticos armazenados em banco de dados (art. 9-A). A constitucionalidade desse novel dispositivo da LEP está sendo questionada perante o STF, tendo sido afetada ao regime de repercussão geral (Tema 905 – Constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados por crimes

obtenção do perfil genético dentre os casos em que o juiz pode determinar a identificação criminal para fins de investigação de crimes e o seu armazenamento em banco de dados de perfis genéticos.

Vale ressaltar que o desenvolvimento da genética, como ramo da biotecnologia, ensejou relevante contribuição para a medicina e para outras ciências. A molécula de DNA carrega informações relativas às “[...] características hereditárias das pessoas e que possibilitam a identificação única de cada indivíduo”⁸, possuindo várias aplicações, que podem ser classificadas em clínica, pesquisa científica e identificação⁹, sendo esta última a que interessa a este texto. A respeito, esclarece Cardoso:

Por fim, a análise de DNA para fins de identificação examina as variantes de uma determinada sequência de DNA, que são os polimorfismos. Estes se manifestam no DNA não codificante, que, como mencionado, compõe a maior parte do genoma. *Constitui a prova forense, que atende a finalidades legais, como o esclarecimento da autoria de delitos, a verificação de vínculos familiares biológicos e o reconhecimento das vítimas de crimes e desastres*¹⁰.

A coleta, o tratamento e a conservação de dados genéticos exigem proteção jurídica especial. De um modo geral, essa proteção há que abranger o direito à intimidade, o direito à proteção de dados pessoais e à autonomia das pessoas. Essas balizas jurídicas variam conforme o

violentos ou por crimes hediondos em banco de dados estatal). Todavia, este texto refere-se à coleta de dados genéticos tão somente do investigado, não alcançando aspectos da constitucionalidade da alteração na LEP (BRASIL. Lei n.º. 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis n.ºs. 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, p. 1, Brasília, DF, 29 maio 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm. Acesso em: 17 jul. 2024).

⁸ CARDOSO, Thales Messias Pires. *Direitos fundamentais e tecnologia: o uso de dados genéticos para a persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. 208 p., p. 76.

⁹ Para saber mais: CARDOSO, 2022.

¹⁰ CARDOSO, 2022, p. 77, destaques nossos.

arcabouço normativo dos países¹¹, e, no aspecto do mérito, conforme a coleta de amostra dependa, ou não, de intervenção corporal.¹²

Para os limites deste texto, interessa o uso do DNA no campo da investigação criminal. Nessa seara, importante distinguir entre amostras duvidosas (encontrada no local dos fatos ou na vítima) e as indubitadas (extraídas diretamente do corpo de um indivíduo investigado), uma vez que:

O que interessa à investigação é o contraste entre os perfis de DNA colhidos de vestígios biológicos da cena do crime, de origem desconhecida, e os obtidos de pessoa conhecida, possível autora dos fatos, inclusive o contraste dos primeiros com uma base de dados de perfis genéticos, que armazena DNA proveniente de amostras duvidosas e indubitadas, para verificar a coincidência ou não entre

¹¹ Cardoso sublinha que documentos internacionais, como a Recomendação R5 (97), de 13 de fevereiro de 1997, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros Proteção de Dados Médicos, e também a Convenção de Oviedo, “remetem à legislação específica relativa à coleta, tratamento e conservação de dados genéticos para fins de prevenção e investigação criminal” (2022, p. 98). No Brasil, de forma semelhante, a Lei nº 13.709/2018, ou Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), a par de disciplinar de forma geral a coleta e o processamento de dados pessoais (inclusive os dados sensíveis, como os genéticos), exclui expressamente do âmbito de sua aplicação o tratamento de dados pessoais realizado exclusivamente para fins de segurança pública ou atividades de investigação e repressão de infrações penais, dentre outros, reservando à legislação específica (art. 4º, III e §1º). Em atenção a esse dispositivo legal, a Presidência da Câmara dos Deputados, em ato de 26/11/2019, instituiu Comissão de Juristas destinada a elaborar anteprojeto da necessária legislação específica. A par do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais para Segurança Pública e Persecução Penal (APL), também foi apresentado o Projeto de Lei nº 1515/2022, pelo então Deputado Coronel Armando (PL-SC), cujas distinções podem ser compreendidas através da leitura da *Nota técnica: análise comparativa entre o anteprojeto de LGPD penal e o PL 1515/2022*, publicada em conjunto pelo Instituto de Referência em Internet e Sociedade (IRIS) e Laboratório de Políticas Públicas e Internet (LAPIN), novembro de 2022. O Projeto de Lei 1515/2022 aguarda a criação de comissão especial para apreciação conclusiva sobre a matéria desde 20 de junho de 2022, conforme informações de tramitação da Câmara dos Deputados (Disponíveis em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2326300&fichaAmigavel=não>. Acesso em: 04 mar. 2025).

¹² Para saber mais: CARDOSO, 2022.

os perfis genéticos, servindo o laudo pericial de genética forense como prova no âmbito da investigação ou processo penal.¹³

A questão de fundo deste estudo imbrica-se com a coleta de amostras indubitadas de forma compulsória. A celeuma surge porque a pessoa investigada ou acusada passa a ser objeto de prova, o que é questionado como colidente a direitos fundamentais do suspeito de um lado e, de outro, defendido como prática constitucional ao argumento de que deve prevalecer o dever estatal de resguardar a sociedade contra crimes de maior violência.

Após o advento da previsão legal, não tardaram as primeiras coletas de material genético para fins de investigação criminal. Embora muitas vezes tenha havido o consentimento esclarecido dos investigados, também ocorreu a recusa de suspeitos à submissão à coleta de material genético para fins de investigação criminal, seguida, em alguns casos, de autorização judicial para a coleta compulsória. E essa autorização judicial de primeira instância foi questionada perante os Tribunais, que adotaram posições divergentes.

Diante desse contexto, indaga-se: há uma resposta constitucionalmente correta para essa celeuma à luz da Crítica Hermenêutica do Direito? E quais reflexos negativos ao processo penal humanista decorrem de eventual decisão constitucionalmente inadequada? É o que se pretende analisar juridicamente nos próximos tópicos¹⁴.

2. A PERSPECTIVA DE ANÁLISE DOS CASOS: A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO COMO PARADIGMA

Como delimitado nas linhas anteriores, este texto pretende tomar acórdãos divergentes sobre a constitucionalidade da autorização judicial

¹³ *Id.*, p. 106.

¹⁴ Para conhecer análise biopolítica sobre os bancos de perfis genéticos: ver LAZZARETTI, Bianca Kaini; CUNHA, Anita Spies da; SHCIOCCHET, Taysa. Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal: implicações éticas de jurídicas da coleta compulsória de material genético. In: ENCONTRO NACIONAL DE ANTROPOLOGIA E DIREITO, 4., 2015, São Paulo. *Anais* [...]. São Paulo: ENADIR, 2015. p. 1-11. Disponível em: <https://nadir.fflch.usp.br/sites/nadir.fflch.usp.br/files/upload/paginas/Artigo%20SUBMETIDO%20-%20ENADIR%202015%20-%20Bianca%2C%20Anita%20e%20Taysa%20-%20BPG.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2024.

para coleta compulsória de amostras indubitadas para fins de investigação criminal, analisando se há, ou qual seria, a decisão constitucionalmente adequada à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.

Fundada por Lenio Luiz Streck, a Crítica Hermenêutica do Direito é uma teoria jurídica gestada a partir do novo paradigma jurídico que emergiu da Constituição Federal de 1988, cujo maior desafio é o controle hermenêutico das decisões judiciais¹⁵. A CHD reúne fundamentos da filosofia hermenêutica¹⁶, da hermenêutica filosófica¹⁷, da intersubjetividade linguística no âmbito da filosofia analítica¹⁸ e da teoria integrativa do Direito¹⁹. Merece transcrição síntese seminal de Streck sobre o desafio da CHD:

A tarefa da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) é a de “desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos” (Heidegger-Stein). Fincada na ontologia fundamental, busca, mediante uma análise fenomenológica, o desvelamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e somos aquilo que nos tornamos por meio da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isso porque o ser é sempre

¹⁵ Dentre outras teorias, elegeu-se a *Crítica Hermenêutica do Direito* como paradigma para o controle hermenêutico das decisões judiciais selecionadas, tanto por sua reconhecida consistência epistêmica como porque é a base teórica da disciplina *Hermenêutica, Interpretação do Direito e Linguagem*, ministrada pelo Prof. Dr. Lenio Luiz Streck no âmbito do Doutorado em Direito Público do PPGD da UNISINOS, cursada pela autora em 2024, quando iniciou a análise de tais casos em trabalho de conclusão de nominada disciplina.

¹⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. 600 p.

¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. 624 p.; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. 631 p.

¹⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. 350 p.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 593 p.

o ser de um ente, e o ente somente é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico)²⁰.

Neste tópico, busca-se expor alguns fundamentos da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), matriz teórica em que se fundará a análise crítica dos julgados selecionados. Não se pretende abordar todos os contornos da CHD²¹, uma vez que sua complexidade não comporta uma apresentação exauriente nos estreitos limites de um artigo, mas de esclarecer aqueles temas e conceitos da CHD em que se pautará a análise do tópico subsequente, e que se interrelacionam, quais sejam: (i) a necessidade de uma nova perspectiva hermenêutica (constitucional) no Estado Democrático de Direito; (ii) o direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição (resposta correta); (iii) a compreensão dos elementos que permeiam os princípios do Constitucionalismo Contemporâneo; e (iv) o ativismo judicial.

Com o advento da Constituição de 1988, Streck ressalta a necessidade de se dar “[...] novos contornos à interpretação do direito (constitucional) sem que se confundam, contudo, os princípios da interpretação constitucional com os princípios jurídico-constitucionais”²².

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]*, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. DOI: 10.18593/ejll.v17i3.1.2206. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206/pdf>. Acesso em: 9 jul. 2024.

²¹ Para saber mais: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro digital (E-pub); STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020a. 486 p. (Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento); STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck*. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020b. 279 p.; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11.ed. rev. atual. e ampl. 4. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. 455 p.; QUARELLI, Vinicius. *O que é isto: a crítica hermenêutica do Direito de Lenio Luiz Streck?* Salvador: JusPodivm, 2024. 176 p.

²² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET,

Defendendo um rigoroso controle das decisões judiciais em prol do novo paradigma (a democracia), Streck propõe uma nova perspectiva, baseada em um conjunto mínimo de princípios (hermenêuticos), quais sejam: 1) a preservação da autonomia do Direito, que abarca outros princípios como o da correção funcional, o da rigidez do texto constitucional, o da força normativa da Constituição e o da máxima efetividade; 2) o controle hermenêutico da interpretação constitucional, tendo como razão final o controle da discricionariedade das decisões judiciais; 3) o efetivo respeito à integridade e à coerência do direito; 4) o dever fundamental de justificar as decisões ou de como a motivação não é igual à justificação; e 5) o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada²³. Esses princípios devem ser compreendidos como um “modo de concretizar a Constituição”²⁴, e, por isso, orientam a análise do tópico 3 deste texto.

Como Dworkin, a CHD entende o Direito como atividade interpretativa em um contexto intersubjetivo de fundamentação que assegure a coerência e a integridade da decisão. E, tal como Gadamer, Streck esclarece que a interpretação é a explicitação do compreendido: compreende-se para interpretar. Por conseguinte, a CHD entende que o intérprete deve compreender o sentido da Constituição, a partir do círculo hermenêutico, e não como elemento objetivo separado do intérprete. Para tanto, é imprescindível uma pré-compreensão sobre a totalidade do sistema jurídico-político-social, da qual depende a força normativa da Constituição. Nessa senda, a baixa compreensão sobre o sentido da Constituição conduz a uma interpretação incorreta ou inadequada, que impacta negativamente na efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Para a CHD, há um direito fundamental de se obter uma resposta adequada à Constituição, “[...] que não é a única e nem a melhor”²⁵. A partir disso, Streck assevera que o cidadão tem um direito a uma “*accountability* hermenêutica”:

Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 73-90. p. 74.

²³ *Id.*, p. 72-89.

²⁴ *Id.*, p. 76.

²⁵ STRECK, 2016, p. 729

Assim, partindo do dever fundamental de justificar/motivar as decisões, chegamos ao direito fundamental à obtenção de respostas corretas/adequadas à Constituição. Mais do que isso: a concretização dos direitos fundamentais requer a obtenção de respostas adequadas à Constituição. Trata-se de um direito (humano) fundamental do cidadão, ou seja, o cidadão tem o direito a uma *accountability* hermenêutica. Há uma ligação umbilical entre esse dever fundamental e esse direito fundamental. A complementaridade entre ambos representa uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais²⁶.

Segundo anotam Streck e Oliveira²⁷, o conceito de princípio pode aparecer na linguagem jurídica com, pelo menos, três significados distintos: a) como princípio geral do Direito; b) como princípio jurídico-epistemológico; e c) como princípio pragmático-problemáticos, a que a CHD nomeia por princípios constitucionais. E é essa terceira acepção, de princípios constitucionais, “[...] que se desenvolve no contexto do movimento constitucional do segundo pós-guerra”²⁸ que será tomada para análise crítica dos julgados abordados no tópico seguinte deste texto.

Para a CHD, a perspectiva de princípios constitucionais envolve a descontinuidade com relação às possibilidades significativas anteriores. São princípios próprios do Estado Democrático, associados à “Constituição e a toda sua carga política de conformação de uma nova sociedade e da possibilidade de instituição de um melhor governo, limitado e respeitador dos direitos e garantias fundamentais”²⁹, com forte pragmatismo. Para melhor esclarecer a ruptura paradigmática dos princípios constitucionais em relação aos axiomas anteriores (elemento abstrato-sistemático, aplicável por mera dedução de conceitos), Streck reforça a distinção entre ambos,

²⁶ *Id.*, p. 730-731. Para saber mais: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário senso incomum: mapeando as perplexidades do Direito*. São Paulo: Dialética, 2023. E-book.

²⁷ STRECK; OLIVEIRA, 2019.

²⁸ STRECK, 2020a, p. 370.

²⁹ STRECK, 2020a, p. 370.

destacando que aqueles “[...] surgem como elementos constitutivos da normatividade jurídica”³⁰. A propósito, merece transcrição:

Do conceito de princípio pragmático-problemático podemos dizer, com o auxílio de Castanheira Neves (2003, p. 108), que “[...] se distinguem decisivamente dos ‘princípios gerais do Direito’ que o positivismo normativista-sistemático via como axiomas jurídico-rationais do seu sistema jurídico, pois são agora princípios normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade, expressões normativas de ‘o Direito’ em que o sistema jurídico cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade”³¹.

Dworkin afirma que “[...] o julgamento é, caracteristicamente, uma questão antes de princípio que de política”³². A par disso, Streck esclarece que, embora os princípios constitucionais “[...] projetem maior luz para o fenômeno da decisão judicial”, eles também “[...] oferecem espaços argumentativos que permitem controlar os sentidos articulados pelas decisões”³³. Disso resulta que o conteúdo dos princípios constitucionais não é uma escolha discricionária do julgador, afastando-se construções arbitrárias, decisionismos e o fenômeno que Streck criticamente descreve como “pamprincipiologismo”³⁴. Adverte o teórico que o conteúdo dos princípios constitucionais “[...] não pode ser livremente determinado pelos tribunais, isso porque eles são manifestações histórico-cultural que se expressa em determinado contexto de uma experiência jurídica comum”³⁵.

Para a CHD, os princípios constitucionais possuem normatividade capaz de conduzir a decisão judicial à resposta adequada à Constituição. Nesse sentido, a CHD ressalta que os princípios constitucionais: a) devem ser compreendidos como um “fechamento interpretativo”, agregando-lhes

³⁰ *Id.*, p. 372.

³¹ *Ibid.*

³² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 593 p., p. 10.

³³ STRECK, *op. cit.*, p. 372-373.

³⁴ Para saber mais sobre o fenômeno ‘pamprincipiologismo’: STRECK, 2020a, p. 253-256 (verbete 34), que se refere à utilização de princípios como mero recurso argumentativo, “álisis teóricos” sem qualquer densidade deontológica.

³⁵ STRECK, *op. cit.*, p. 373.

o caráter deontológico e o de preenchimento da “inexorável porosidade das regras jurídicas” – noutros dizeres, devem ter sua normatividade reconhecida; b) não podem ser usados como “grau zero de sentido” – “direcionam a decisão judicial para o sentido mais coerente com o todo de nossas práticas jurídicas num espaço democrático”; c) “devem refletir um sentido constitucional reconhecido em nossa comunidade de modo vinculante, ainda que passível de exceções”; d) possuem a característica da transcendência, ultrapassando a discussão meramente semântica – o “princípio é, pois, o elemento compreensivo que vai além da regra, ou seja, transcende à onticidade da regra”; e e) não são conceitos vazios – “sua normatividade direciona sentidos que espelham a *comum-idade* a que pertencem”³⁶.

Lado outro, a CHD denuncia o fenômeno do ativismo judicial como sempre prejudicial à democracia. Isto porque o ativismo judicial é compreendido como inerente a “comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais”; como um “behaviorismo judicial”; como “absolutamente ruim e censurável em uma perspectiva de democracia normativa”³⁷. Em suma, o ativismo caracteriza-se pela atuação judicial que excede os limites jurídicos fixados para a tomada de decisão (Constituição, princípios, leis, jurisprudência etc.) e/ou invade a competência legislativa ou executiva.

A partir desses conceitos da CHD, passa-se à análise crítica dos julgados sobre a possibilidade de coleta compulsória de material genético para fins de investigação criminal.

3. ESTUDO DE CASOS: A BUSCA PELA RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

Em diversos países, são questionados os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos e de condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em banco de dados e deles fazer uso para fins de persecução penal.

No Brasil, com o advento da Lei nº 12.654/2012, esse questionamento aportou no Supremo Tribunal Federal (STF) em relação à possível

³⁶ STRECK, 2020a, p. 372-375

³⁷ *Id.*, 2016, p. 724.

violação de direitos de condenados por intermédio do RE 973837 RG/MG, sendo afetada ao regime de repercussão geral em 2016 (Tema 905).

A par disso, a coleta compulsória de amostras indubitadas de suspeitos (não condenados) para fins de investigação criminal também foi questionada perante os tribunais brasileiros, recebendo respostas divergentes. Como amostra do posicionamento superior dispensando o assentimento do suspeito para a coleta de seu material biológico para fins de investigação criminal, seleciona-se o HC 115.767/PR, apreciado pelo STF em 16 de novembro de 2012, sob relatoria da então Ministra Rosa Weber. Esse *habeas corpus* tem sido considerado paradigma para aqueles que afirmam a constitucionalidade da coleta compulsória de material biológico do investigado no processo penal, embora esse caso não tenha se referido à identificação de perfil genético nos termos e para os fins da Lei nº 12.654/2012, mas para verificação de concentração de álcool no material biológico do paciente (urina e sangue)³⁸. Do inteiro teor do julgado, extrai-se:

Observo, ademais, que não é tão claro, como alega o Impetrante, que a realização do exame dependeria do assentimento do paciente quanto à coleta de urina. Invoca o direito o silêncio como base de um direito genérico à não autoincriminação e que impediria a colheita de material biológico para exame sem a concordância expressa do investigado. Inegável que o direito ao silêncio é uma das vigas mestras do processo penal em um Estado Democrático de Direito. Em sua origem tinha profunda conotação religiosa, sendo apontado texto de São João Crisóstomo como principal fonte da máxima latina *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* [...]. Durante os séculos XVI e XVII, o direito foi invocado pelas Cortes inglesas da *Common Law* contra a jurisdição dos tribunais eclesiásticos, perante os quais não era respeitado, em batalha judicial que se confundiu com a afirmação da própria liberdade de consciência e de crença. De forma semelhante, o direito de permanecer em silêncio progressivamente se afirmou como mecanismo de proteção das próprias liberdades políticas e de expressão. Também como pano de fundo, o direito ao silêncio firmou-se como característica diferenciadora de dois modelos de processo penal, um, o inglês, no

³⁸ LAZZARETTI; CUNHA; SHIOCCHET, 2015.

qual os direitos do acusado eram relativamente resguardados, outro, o continental europeu, fundado na prática de extração mediante tortura de confissões involuntárias do investigado. [...] No Brasil, o direito ao silêncio teve reconhecimento um pouco mais tardio, contemplado que foi no Código de Processo Penal de 1941 e elevado a garantia constitucional apenas com a Constituição de 1988. Na atualidade, o direito ao silêncio não mais está tão intimamente relacionado às liberdades básicas de expressão, políticas e religiosas. Não obstante, ainda cumpre a importante função de prevenir a extração de confissões involuntárias no processo penal. Com base nessa compreensão da função do direito ao silêncio, ele não tem sido invocado, no Direito Comparado, como óbice à colheita compulsória de material biológico do acusado ou do investigado para fins de exame no processo penal³⁹.

A decisão segue transcrevendo trechos de julgados da Suprema Corte norte-americana e dispositivos legais do Direito Continental europeu (alemão, português e francês) no sentido de que o direito ao silêncio não previne a coleta compulsória de material biológico da pessoa acusada ou investigada no processo penal. Como derradeiro exemplo, a decisão colaciona manifestação da Corte Europeia de Direitos Humanos (em *Saunders v. United Kingdom*, de 1996):

O direito a não autoincriminação está primordialmente relacionado, no entanto, com o respeito à vontade do acusado de permanecer em silêncio. Como usualmente entendido no sistema legal dos Estados Partes da Convenção [Europeia de Direitos Humanos] e em outros lugares, ele não se estende ao uso, no processo criminal, de material que pode ser obtido do acusado por meio de poderes compulsórios, mas que tem existência independente da vontade do suspeito como, entre outros, documentos apreendidos por mandado, amostras de hálito, sangue e urina e tecidos corporais para fins de exame de DNA⁴⁰.

³⁹ HC 115.767/PR, rel. Min. Rosa Weber, em 16 nov. 2012. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=115171384&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2024.

⁴⁰ *Id.*

Ao final, a decisão argumenta que manifestações no sentido de que o direito ao silêncio preveniria a coleta compulsória de material biológico da pessoa investigada ou acusada seriam “[...] afirmações acrílicas a respeito do instituto”, que “[...] ignoram a origem histórica, a função atual e a compreensão dele no Direito Comparado”⁴¹.

Embora essa decisão afirme que considera a historicidade do direito ao silêncio, parece mais espelhar a “onticidade” eurocêntrica e norte-americana, desconsiderando “o sentido mais coerente com o todo de nossas práticas jurídicas” no espaço da democracia brasileira, tal como indicado como via correta para aplicação de princípios constitucionais pela CHD. No próprio STF, prevalece o entendimento de que ninguém é obrigado a fazer qualquer prova contra si mesmo⁴². Assim, ao crivar outras compreensões de vulgares e acrílicas, a decisão proferida no HC 115.767/PR, opta por se distanciar do sentido constitucional reconhecido em nossa comunidade de modo vinculante ao princípio da não autoincriminação e de sua correlação com outros princípios constitucionais que regem o processo penal acusatório. Distancia-se do sentido constitucional e aproxima-se de uma leitura política, fundamentada em ordens jurídicas distintas da vigente na democracia brasileira.

No HC 115.767/PR, percebe-se que a argumentação está umbilicalmente ligada ao paradigma da subjetividade, do esquema sujeito-objeto. Abriu-se espaço para exposição do “livre convencimento do juiz” sobre questão de mérito deduzida em *habeas corpus* a que se negou seguimento por inadequação da via eleita. Essa visão pessoal da magistrada não poderia ser tomada como parâmetro para outros julgamentos, principalmente porque não constituiu razões de decidir (a questão não foi sequer decidida), não operou coisa julgada material (o *habeas corpus* teve seu seguimento negado por prejudicial de mérito), limitando-se o teor da manifestação à exposição de pensamento “em tese” sobre a “gestão da prova”.

Em sentido oposto, sobre a mesma questão, manifestou-se a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por mais de

⁴¹ *Id.*

⁴² Nesse sentido: STF, HC 94.082-MC/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 25/03/2008 e HC 99289, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009.

uma ocasião⁴³, em julgados relatados pelo Desembargador Federal Néviton Guedes, concluindo pela indispensabilidade do consentimento da pessoa acusada para a coleta de seu material biológico para obtenção de perfil genético. Segue um dos acórdãos, por todos⁴⁴:

PENAL. PROCESSO PENAL. INVESTIGAÇÃO. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. ART. 3º, IV E 5º, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 12.037/09. COLETA DE MATERIAL BIOLÓGICO. DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. (...) 4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo (HC 99289, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009). 5. O STF firmou também o entendimento de que viola a dignidade humana, a intimidade, a intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório para coleta do material indispensável à feitura de exame (HC 71373, Relator Min. Francisco Rezek, Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/1994). 6. Por sua vez, a Constituição expressamente estabelece em seu art. 5º, inciso LVIII que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”, e, ainda, que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (inciso XLIX); e, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (inciso LVI), sob pena de inconstitucionalidade.

⁴³ Por exemplo: ACR 0002272-80.2017.4.01.3823, Desembargador Federal Néviton Guedes, TRF1 – Quarta Turma, e-DJF1 21/03/2018; e ACR 0000089-71.2019.4.01.3822, Desembargador Federal Néviton Guedes, TRF1 – Quarta Turma, e-DJF1 28/01/2020.

⁴⁴ A seleção do acórdão a ser contraposto ao anterior decorreu de busca na jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ) e também dos Tribunais Regionais Federais, optando-se por aquele cuja leitura preliminar revelou maior explicitação dos elementos indicados pela CHD como ínsitos à resposta adequada à Constituição. No mesmo sentido, sugere-se também a leitura de acórdãos proferidos por outros Tribunais: REsp 1677380/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, STJ – Segunda Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 16/10/2017; e MSCrim 5016208-17.2021.4.03.0000, Desembargador Federal José Marcos Lunardelli, TRF3 – Décima Primeira Turma, DJEN 01/12/2021.

7. A Constituição Federal estabelece também que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (art. 5º, LXIII), devendo-se acentuar que a doutrina e a jurisprudência internacionalmente têm interpretado que o direito ao silêncio deve ser observado como causa e consequência do direito mais amplo de a pessoa não ser forçada a produzir prova contra si. 8. É certo que a Lei 12.037/2009 dispõe que, embora apresentando documento de identificação, poderá ocorrer a identificação criminal do indivíduo, com coleta de material biológico para obtenção de perfil genético, quando for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa (art. 3º, inciso IV e art. 5º). 9. Buscando, pois, harmonizar os dispositivos legais referidos (art. 3º, IV e 5º, parágrafo único da Lei 12.037/09), de modo a compatibilizá-los com o texto constitucional, há de fazer sempre presente a anuência do investigado para coleta de dados e material genético, sem o que as referidas normas padeceriam de inconstitucionalidade (interpretação conforme à Constituição). 10. Em resumo, somando-se os dispositivos constitucionais já referidos com o comando do inciso XLIX (é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral), resulta logicamente inafastável a conclusão de que a Constituição Federal não consente com qualquer possibilidade de forçar o acusado em processo penal a produzir prova contra ele mesmo, especialmente, quando o meio de prova pressupõe método invasivo de sua integridade física ou moral. 11. Por força do direito de não produzir prova contra si mesmo, sempre que a produção de prova tiver como pressuposto uma ação por parte do acusado, é indispensável o seu consentimento. 12. O MPF no juízo de primeira instância requereu a identificação criminal e coleta de material biológico compulsória. Assim, a apreciação de pedido subsidiário - que seja deferida a coleta voluntária que se faz com a permissão do investigado -, deve ser apreciada pelo juízo natural, sob pena de indevida supressão de instância. 13. Apelação a que se nega provimento⁴⁵.

⁴⁵ ACR 0000089-71.2019.4.01.3822, Desembargador Federal Néviton Guedes, TRF1 – Quarta Turma, e-DJF1 28/01/2020. Disponível em: <[https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http s%3A%2F%2Farquivo.trf1.jus](https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F%2Farquivo.trf1.jus)>

Esse acórdão contém os elementos indicados pela CHD como necessários à tomada de decisão constitucionalmente correta: 1) sustenta-se em consistente justificação, reconstruindo “[...] o direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições”⁴⁶ – esclarece a tradição dos entendimentos do STF sobre os princípios constitucionais regentes do processo penal acusatório e protetivos dos direitos fundamentais dos suspeitos/investigados; 2) correlacionou os diversos princípios constitucionais com aplicação sobre a questão da identificação criminal por coleta de material biológico do sujeito suspeito/investigado, apresentando uma interpretação que prestigiou a integridade e coerência da Constituição; 3) no ponto em que reforçou sua argumentação com a posição internacional sobre o tema, deu relevo à jurisprudência mais garantista e próxima do sistema acusatório (“a jurisprudência internacionalmente têm interpretado que o direito ao silêncio deve ser observado como causa e consequência do direito mais amplo de a pessoa não ser forçada a produzir prova contra si”⁴⁷).

Ao se posicionar pela indispensabilidade do consentimento do investigado para a coleta de material biológico para fins de persecução penal, a decisão se curva ao sistema acusatório (manifestação da recepção do paradigma filosófico do giro ontológico-linguístico), afastando-se do subjetivismo. E, no esforço argumentativo de expor a conformidade de sua interpretação à integridade constitucional, reflete o acatamento à intersubjetividade que ocorre na linguagem, e que é essencial ao sistema acusatório. A despeito da relevância do sistema acusatório, destaca Streck:

é possível afirmar que o sistema acusatório é o modo pelo qual a aplicação igualitária do Direito Penal penetra no Direito processual-penal. É a porta de entrada da democracia. É o modo pelo qual se garante que não existe um “dono da prova”; é o modo pelo qual se tem a garantia de que o Estado cuida de modo igualitário

br%2FAGText%2F2019%2F0000000%2F00000897120194013822_3.doc&-wdOrigin=BROWSELINK>. Acesso em: 22 jul. 2024.

⁴⁶ STRECK, 2016, p. 730.

⁴⁷ ACR 0000089-71.2019.4.01.3822, Desembargador Federal Néviton Guedes, TRF1 – Quarta Turma, e-DJF1 28/01/2020.

da aplicação da lei; enfim, é o *locus* onde o poder persecutório do Estado é exercido de um modo, democraticamente, limitado e equalizado⁴⁸.

Assim, apenas a segunda decisão analisada adotou uma interpretação conforme a Constituição, passando pelos filtros indicados pela CHD como necessários à uma resposta constitucionalmente adequada e inserindo-se no contexto democrático de um sistema acusatório.

4. PARÊNTESES NECESSÁRIOS: A CRÍTICA CIENTÍFICA GARANTISTA

O advento da Lei nº 12.654/2012 intensificou as discussões interdisciplinares sobre a coleta e uso de informações genéticas para fins de investigação criminal no Brasil, reproduzindo debates precedentes noutros países. Dentre notas técnicas⁴⁹ e outros estudos publicados⁵⁰, sublinham-se aqueles que problematizam a lei brasileira em relação à possibilidade de ofensa a direitos fundamentais.

Este tópico pretende contribuir para essa discussão, retomando o fio que permeou o precedente estudo de julgados: a autorização judicial para coleta compulsória de dados e material genético para fins de investigação criminal, analisada sob a perspectiva de uma teoria da decisão jurídica que abrange a problemática dos princípios⁵¹.

Em breve regresso ao segundo acórdão analisado, extrai-se a indicação de vários princípios constitucionais que o julgador correlacionou com a questão da coleta compulsória de material biológico do indivíduo suspeito/investigado, conducentes à afirmação de que “a *Constituição*

⁴⁸ STRECK; OLIVEIRA, 2019, p. 56.

⁴⁹ Como a endereçada pelo *Projeto Novas Fronteiras dos Direitos Digitais* à Comissão de Juristas da Câmara de Deputados responsável pela elaboração do anteprojeto para tratamento de dados pessoais por órgãos de segurança pública e para fins de persecução penal (BIONI *et al*, 2020)

⁵⁰ Por exemplo: FREITAS, C. O. DE A.; SOARES, R. J.; MILANEZI, R. DE C.. O caso Yara Gambirasio e a (im)possibilidade da coleta de material genético em massa da população brasileira. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 10, n. 2, p. e847, 2024.

⁵¹ Tal como propõem STRECK; OLIVEIRA, 2019, p. 17.

*Federal não consente com qualquer possibilidade de forçar o acusado em processo penal a produzir prova contra ele mesmo, especialmente, quando o meio de prova pressupõe método invasivo de sua integridade física ou moral*⁵². Em especial, essa conclusão judicial prestigia o princípio *nemo tenetur se detegere*, ínsito ao modelo acusatório de persecução penal, vocacionado à proteção do indivíduo contra os excessos estatais. Esse inafastável cariz garantista é destacado por Maria Elizabeth Queijo em sua tese doutoral:

Não poderá ser inviabilizada a persecução penal, pelo reconhecimento de direitos fundamentais ilimitados, mas não será admissível também que sejam eles, inclusive o *nemo tenetur se detegere*, aniquilados, para dar lugar ao direito à prova ilimitado e à busca da verdade a qualquer custo, com a colaboração inarredável do acusado.⁵³

Em relação às provas que dependem da cooperação da pessoa acusada, tal como a coleta de amostra indubitada de material genético, Queijo pondera que a desconsideração do *nemo tenetur se detegere* enseja a ilicitude da prova colhida⁵⁴, a despeito de entendimentos em sentido contrário⁵⁵, que sustentam que a coleta compulsória de material

⁵² ACR 0000089-71.2019.4.01.3822, Desembargador Federal Néviton Guedes, TRF1 – Quarta Turma, e-DJF1 28/01/2020. Disponível em: <[https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http s%3A%2F%2Farquivo.trf1.jus.br%2FAGText%2F2019%2F0000000%2F00000897120194013822_3.doc&wdOrigin=BROWSELINK](https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F%2Farquivo.trf1.jus.br%2FAGText%2F2019%2F0000000%2F00000897120194013822_3.doc&wdOrigin=BROWSELINK)>. Acesso em: 22 jul. 2024.

⁵³ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2002. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/001277596>. Acesso em: 05 mar. 2025.

⁵⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2002. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/001277596>. Acesso em: 05 mar. 2025.

⁵⁵ Em oposição à tese de Queijo, Suxberger e Furtado sustentam que a “garantia da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) não é ofendida quando do imputado não se exige colaboração ativa para a coleta da amostra biológica. Assim, não ocorre violação da referida garantia quando o Estado obriga o investigado ou condenado a colaborar passivamente, simplesmente não resistindo ao ato legal de retirada da sua amostra biológica de maneira adequada e indolor (como no caso da coleta de unha ou sangue)” (SUXBERGER, Antonio H; FURTADO, Valtan T. *Investigação criminal genética – banco de*

genético está circunscrita à função meramente identificadora e não de produção de prova, não ofendendo o princípio da não autoincriminação. Em crítica científica a artigo de Suxberger e Furtado⁵⁶, Garrido sublinha o interesse probatório dos perfis genéticos a serem coletados com base na Lei nº 12.654/2012:

De imediato, vale destacar as palavras de André Nicolitt e Carlos Wehrs, quando reconhecem que a nova lei introduziria “aparato científico probante, a nosso ver travestido de forma de identificação” (2014, p. 135). A mesma percepção tem Maria Elizabeth Queijo, reconhecendo que a utilização do banco de perfis genéticos tem a pretensão de comprovar autoria/participação em delito, sendo a finalidade “inegavelmente probatória” (2013, p. 14). [...] É claro que toda a discussão entre uso do DNA para a identificação ou para a produção de prova, isto é, para a comparação com como evidências de crime, acaba por retornar à problemática de o banco de perfis genéticos agredir às garantias do Pacto de São José da Costa Rica, no que se refere à não autoincriminação. Por outro lado, se houver o consentimento do doador, de forma livre de vícios e esclarecido, expressão real de sua autonomia, não há o que se falar em lesão à direitos fundamentais (GARRIDO e GARRIDO, 2013, p. 300). Essa deveria ser a forma de coleta no contexto da identificação criminal, na hipótese do inciso IV do art. 3º da Lei 12.037/2009, podendo inclusive ser de interesse da defesa.⁵⁷

A compreensão da coleta de material genético de indivíduos suspeitos como finalisticamente probatória desafia que a interpretação e a aplicação da Lei nº 12.654/2012 ocorram sob as luzes da teoria da prova

perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 2, p. 809–842, 2018).

⁵⁶ SUXBERGER e FURTADO (2018).

⁵⁷ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Crítica científica de “Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados” - Apontamentos sobre a inconstitucionalidade da Lei 12.654/2012. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 2, p. 889–900, 2018. <https://doi.org/10.22197/rb-dpp.v4i2.163>

no contexto do processo penal humanista, com todas suas decorrências jurídicas. Nesse mesmo sentir, esclarece Maria Elizabeth Queijo:

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.⁵⁸

No contexto dessa discussão, a questão da coleta compulsória de amostra indubitada de suspeitos também suscita reflexões sobre a constitucionalidade do princípio da verdade real. A respeito, Nicolitt adverte que o constituinte não optou “por uma verdade absoluta, alcançada por qualquer meio, mas, sim, por uma verdade mínima ou relativa, uma verdade possível e limitada pelos procedimentos e pelas garantias da defesa”⁵⁹. Prossegue o jurista:

Enfim, a análise das garantias constitucionais os leva a concluir que a Constituição optou por um processo penal democrático, adotando um sistema acusatório com espírito garantista e abraçando a ideia de verdade mínima possível, descoberta sob o crivo do contraditório, da ampla defesa e com respeito às garantias processuais, dentre as quais a dignidade da pessoa humana e a imparcialidade do julgador. Como se antecipou, a busca da verdade deve se harmonizar com os demais interesses tutelados pela ordem jurídica, pois do contrário, o processo se subverte em um espetáculo de horrores.⁶⁰

De todo modo, mesmo que se afirme a recepção do princípio da verdade real, sua aplicação carece de força absoluta, devendo se curvar ao conjunto de princípios fundamentais constitucionais, notadamente aos da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e da inadmissibilidade das provas ilícitas⁶¹.

⁵⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 421

⁵⁹ NICOLITT, 2023, p. 807.

⁶⁰ NICOLITT, 2023, p. 819.

⁶¹ “Dignidade, igualdade, liberdade e estado de inocência são direitos inerentes a todos os seres humanos que, além de *status* supraconstitucional, contam

Importante ressaltar a tríplice dimensão do princípio da inocência no âmbito do devido processo penal humanista, todas desconsideradas quando autorizada a coleta compulsória de prova dependente de intervenção corporal:

Não obstante o inafastável senso de justiça e clamor humanista da declaração francesa, decorreram quase dois séculos para que o princípio da presunção de inocência passasse a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, o que só ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988. E, apenas após a ratificação pelo Brasil da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em 1992, esse princípio passou a ser aqui compreendido a partir de sua dúplici acepção originária, como regra probatória (consagrando que a prova da inocência é presumida) e norma de tratamento (garantindo o estado de inocência do acusado durante o processo)⁶². A essas vertentes é ainda acrescentada a dimensão de norma de julgamento (relacionada à definição e suficiência do *standard* probatório conforme a fase decisória), como esclarece Moraes⁶³. (ARCHANGELO, 2024, p. 36)

Enfatiza-se, também, que, ante a liquidez e a certeza dos direitos fundamentais⁶⁴, mostra-se indispensável o consentimento do investiga-

com assento constitucional, neles erigindo-se pilares essenciais ao Estado Democrático de Direito brasileiro e à legitimação da atuação do Sistema Penal de Justiça. Guardam entre si estreita conexão que assume relevo na interpretação e aplicação das normas processuais penais, desde o procedimento investigativo até o desfecho da execução de eventual pena.” (ARCHANGELO, 2024, p. 33).

⁶² GOMES FILHO, 2011, p. 15-51.

⁶³ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

⁶⁴ De forma lapidar, Rosemiro Pereira Leal ensina: “Afiguram-se de importância significativa a liquidez e certeza dos direitos fundamentais da vida, liberdade e dignidade, na linha constituinte de sua construção, porque a lei constitucional, nesse passo, é provimento de mérito não rescindível ou afastável por juízos cognitivos ou de conveniência ou equidade da decidibilidade judicial, cabendo a esta tão-somente cumprir e conduzir a execução dessa fundamentalidade jurídica titularizada ou protegê-la de ilegalidades supervenientes” (PEREIRA LEAL, 2016).

do para a coleta de material biológico para fins de persecução penal, se afirmando inafastável o correspondente provimento judicial garantista.

Diante desse quadro, é possível afirmar, com esquite em uma linha epistêmica garantista, que, para além de não atender aos contornos teóricos da CHD, a decisão judicial que autoriza a coleta compulsória de material genético na seara criminal enseja efeitos deletérios ao devido processo penal humanista, tais como: a) excede à permissão judicial para fins de excepcional e necessária identificação criminal; b) libera a produção de prova mediante intervenção corporal forçada; c) vilipendia o princípio *nemo tenetur se detegere*, afastando a garantia da não autoincriminação da situação concreta; d) eiva de ilicitude a prova decorrente da coleta compulsória de material genético do indivíduo suspeito, contaminando de nulidade a persecução penal dela decorrente; e) (re)estabelece via direta para a persecução penal inquisitorial, legitimando o arbítrio estatal; f) desconsidera as múltiplas acepções do princípio da presunção de inocência, seja como regra probatória, seja como norma de tratamento e de julgamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inarredável que os avanços tecnológicos possam instrumentalizar lícitamente a persecução penal, aumentando o percentual de elucidação de crimes. Não obstante, o uso de tecnologias para procedimentos investigatórios deve se atrelar ao contexto democrático do sistema acusatório adotado no Brasil.

O estudo dos casos selecionados para análise à luz da CHD indicou apenas a segunda decisão como resposta constitucionalmente adequada (correta), uma vez que: (i) compatibilizou os dispositivos legais questionados (art. 3º, IV e 5º, parágrafo único da Lei nº 12.037/2009) com o texto constitucional, considerando sua integridade e coerência, ao afirmar que é imprescindível a anuência do investigado para coleta de seu material genético; e, lado outro, (ii) afirmou a inconstitucionalidade da extração compulsória de material biológico para fins de identificação criminal (interpretação conforme à Constituição).

O sistema acusatório é um marco civilizatório e democrático. O plexo de princípios constitucionais que o delineiam não pode admitir

interpretações reducionistas, muito menos leituras isoladas de um deles. A correção/adequação constitucional de uma resposta judicial a uma dada questão tem como condição de possibilidade o respeito à coerência e integridade do Direito. Nessa senda, quando o poder persecutório colidir com direitos fundamentais do investigado, a resposta judicial adequada deve resultar de interpretação conforme a Constituição. Desconsiderar esses imperativos democráticos pode conduzir ao ativismo e ao arbítrio, ensejando retrocesso ao inquisitorialismo.

Ao fim e ao cabo, importa reiterar: há um direito fundamental a uma resposta judicial constitucionalmente adequada (correta), que, na seara criminal, é aquela que se imbrica com o sistema acusatório.

REFERÊNCIAS

ARCHANGELO, Fátima Aurora Guedes Afonso. *Medida cautelar penal prospectiva: o comparecimento periódico em juízo sob lentes humanistas*. Londrina: Thoth, 2024. 129p.

AZEVEDO, Cynthia Picolo Gonzaga de; LIMA, Eliz Marina Bariviera de; SILVA, Felipe Rocha da; RODRIGUES, Gustavo Ramos; DUTRA, Luiza Corrêa de Magalhães; SANTARÉM, Paulo Rená da Silva; RODRIGUES, Victor Barbieri Vieira Rodrigues. *Nota técnica: análise comparativa entre o anteprojeto de LGPD penal e o PL 1515/2022*. Instituto de Referência em Internet e Sociedade (IRIS) e Laboratório de Políticas Públicas e Internet (LAPIN), novembro de 2022. Disponível em: <https://lapin.org.br/wp-content/uploads/2022/11/Nota-tecnica-Analise-comparativa-entre-o-anteprojeto-de-LGPD-Penal-e-o-PL-15152022-1.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2025.

BIONI, Bruno; EILBERG, Daniela Dora; CUNHA, Brenda; SALIBA, Pedro; VERGILI, Gabriela. *Proteção de dados no campo penal e de segurança pública: nota técnica sobre o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e investigação criminal*. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2020. Disponível em: <https://www.dataprivacybr.org/wp-content/uploads/2021/11/NT-PROTECAO-DE-DADOS-NO-CAMPO-PENAL-E-DE-SEGURANCA-PUBLICA.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2025.

CARDOSO, Thales Messias Pires. *Direitos fundamentais e tecnologia: o uso de dados genéticos para a persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREITAS, C. O. DE A.; SOARES, R. J.; MILANEZI, R. DE C. O caso Yara Gambirasio e a (im)possibilidade da coleta de material genético em massa da população brasileira. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 10, n. 2, p. e847, 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i2.847>

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Crítica científica de “Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados” - Apontamentos sobre a inconstitucionalidade da Lei 12.654/2012. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 2, p. 889–900, 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.163>

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais: comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares penais no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 15-51.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. 600 p.

LAZZARETTI, Bianca Kaini; CUNHA, Anita Spies da; SHCIOCCHET, Taysa. Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal: implicações éticas de jurídicas da coleta compulsória de material genético. In: ENCONTRO NACIONAL DE ANTROPOLOGIA E DIREITO, 4., 2015, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo: ENADIR, 2015. p. 1-11. Disponível em: <https://nadir.fflch.usp.br/sites/nadir.fflch.usp.br/files/up%20load/paginas/Artigo%20SUBMETIDO%20-%20ENADIR%202015%20-%20Bianca%20-%20Anita%20e%20Taysa%20-%20BPG.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2024.

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

PEREIRA LEAL, Rosemiro. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 4, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/21612>. Acesso em: 5 mar. 2025.

QUARELLI, Vinicius. *O que é isto: a crítica hermenêutica do Direito de Lenio Luiz Streck?* Salvador: JusPodivm, 2024. 176 p.

NICOLITT, André; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no Processo Penal e a nova identificação criminal. Lei 12.654/2012.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? *Boletim IBCCRIM*, n. 250, p. 13-15, set. 2013.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal.* 2002. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/001277596>. Acesso em: 05 mar. 2025.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. <https://doi.org/10.18593/ejll.v17i3.12206>

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso.* 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro digital (E-pub).

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional.* In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (org.). *Comentários à Constituição do Brasil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 73-90.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.* 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020a. 486 p. (Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento).

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck.* 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020b. 279 p.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* 11.ed. rev. atual. e ampl. 4. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. 455 p.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário senso incomum: mapeando as perplexidades do Direito.* São Paulo: Dialética, 2023. E-book.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?* 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. 140 p.

SUXBERGER, Antonio H; FURTADO, Valtan T. Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 2, p. 809–842, 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.122>

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. 350 p.

Authorship information

Fátima Aurora Guedes Afonso Archangelo. Doutoranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito e Poder Judiciário na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Juíza Federal Substituta – Tribunal Regional Federal da 6ª Região. Pesquisadora e Formadora da ENFAM, com ênfase em Direitos Humanos, Direitos Fundamentais, Direito da Antidiscriminação, Justiça Criminal Consensual e Processo Penal. farchangelo@hotmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 27/09/2024
 - Desk review and plagiarism check: 27/09/2024
 - Review 1: 20/10/2024
 - Review 2: 15/12/2024
 - Review 3: 27/12/2024
 - Preliminary editorial decision: 17/02/2025
 - Correction round return: 05/03/2025
 - Final editorial decision: 09/03/2025
- Editorial team**
 - Editor-in-chief: 1 (VGV)
 - Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

ARCHANGELO, Fátima A. G. A. Extração compulsória de material biológico para fins de identificação criminal: a resposta adequada à Constituição à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 1, e1106, jan./abr. 2025. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i1.1106>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.