

**TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O  
DIREITO À PROVA NO PROCESSO PENAL: UMA  
ANÁLISE DA OBRIGATORIEDADE DO EXAME DE DNA**

---



**Paulo Bueno de Azevedo\***  
**Ana Paula Amaral Craveiro\*\***

## 1 Intróito

Do fato nasce o Direito, de acordo com a lição de um antigo brocardo latino. Valioso esse ensinamento, que remete a uma interessante reflexão, no sentido de que, em regra, o ordenamento jurídico e, por vezes, a jurisprudência devem adaptar-se às mudanças ocorridas na sociedade, as quais podem dar-se nas mais diversas áreas e, inclusive, em outros campos do conhecimento, dentre os quais cabe destacar a Medicina, a Biologia e ciências afins.

Alguns avanços científicos necessitam ser disciplinados e até limitados, condicionados pelo Direito, a exemplo da polêmica técnica de clonagem. Isto não significa que as leis devam ser um entrave para as descobertas científicas, porém, em determinadas hipóteses, é preciso ter em consideração aspectos morais, éticos e também jurídicos ligados a direitos e garantias fundamentais da pessoa, que não podem ser indiscriminadamente violados sob a justificativa do progresso e desenvolvimento da ciência.

Um dos assuntos relativos a essa problemática é o da realização de exames de DNA (ácido desoxirribonucléico) em processos judiciais, de natureza cível ou penal, nos quais subsista dúvida sobre a identificação de algum indivíduo. O fato científico é o de que o exame de DNA propicia maior grau de certeza comparativamente a outras perícias do gênero. No entanto, discute-se se a determinação desta prova afeta direitos da personalidade constitucionalmente assegurados, tais como a intimidade, a integridade física e a privacidade.

\* Paulo Bueno de Azevedo é advogado em São Paulo e mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

\*\* Advogada em São Paulo, formada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em 2000.

E se a questão em apreço já desperta divergências nos processos civis de investigação de paternidade, mais numerosos são os questionamentos no âmbito do processo penal, especialmente em face da relativamente recente concepção garantista e de clássicos princípios, como o de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Tendo em vista que o exame de DNA pode auxiliar a descoberta de delitos graves e hediondos, dentre os quais se podem lembrar o homicídio e o estupro, é curial que se investiguem a adequação, a utilidade e os limites dessa prova no processo penal. Desta forma, no presente estudo, tentar-se-á demonstrar a possibilidade do referido exame no juízo criminal, mesmo contra a vontade do investigado, traçando-se, evidentemente, as condições da produção probatória, com o intuito de respeitar os direitos da personalidade assegurados na Constituição Federal.

A seguir, serão descritos, em linhas gerais, os direitos da personalidade eventualmente afetados pelo exame de DNA, prosseguindo-se, após, com considerações gerais sobre os meios de prova na seara criminal, e finalizando com a compatibilização do direito à prova e das garantias fundamentais.

## 2 Tutela constitucional dos direitos da personalidade

Intimamente ligados ao homem, os direitos da personalidade necessitam de uma proteção eficaz, em função de possuírem como objeto os bens jurídicos mais elevados da pessoa, quer sejam de ordem física, psíquica ou moral, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, a imagem, a identidade, a liberdade, dentre outros.

São direitos ínsitos na pessoa e, por assim serem, dotados de certas especificidades que lhes conferem posição singular dentro do cenário dos direitos privados. Ditas particularidades referem-se, por exemplo, ao fato de esses direitos contemplarem sanção contra quem quer que seja; de não serem suscetíveis de avaliação pecuniária ou econômica; de serem inseparáveis da pessoa, não podendo ser transferidos ou renunciados; de não estarem sujeitos à execução forçada nem se extinguírem pelo não uso ou pela inércia na defesa etc. Destarte, não obstante eventuais manifestações relativas dessas características, como no caso de uso da imagem por terceiros mediante remuneração, de disponibilidade do corpo para transplantes de órgãos ou de sucessão *mortis causa* do direito de autor, é possível caracterizar os direitos da personalidade, de forma geral, como indisponíveis, irrenunciáveis, oponíveis *erga omnes*, extrapatrimoniais, impenhoráveis, imprescritíveis, vitalícios, necessários e ilimitados.

Seguindo a concepção jusnaturalista, entendemos que os direitos da personalidade guardam relação com os atributos inerentes à condição de ser humano, apresentando-se na visão de Rubens Limongi França (1996, p. 1033) como faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da pessoa, bem como suas emanções e prolongamentos no mundo exterior. Uma vez inatos, cabe ao Estado reconhecê-los e sancioná-los no direito positivo, dotando-os de proteção própria, de

acordo com o tipo de relacionamento em questão: contra o arbítrio do Poder Público ou às incursões de particulares (Bittar, 2001, p. 7).

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos da personalidade são tutelados nos campos constitucional, penal e civil, garantindo-se, de forma cumulativa ou não, como meios de resposta a lesões ou ameaças à cessação da prática indevida, à apreensão de materiais violadores, à perseguição criminal e conseqüente submissão do agente à cominação de pena, à reparação de danos materiais e/ou morais etc. Deduz-se, então, que a proteção de tais direitos engloba uma dupla sanção: uma pública e uma privada.

A sanção pública reveste-se de duas feições, quais sejam a constitucional e a penal. No que tange à primeira, é ela verificada na previsão de indenização dos danos resultantes da ofensa aos direitos em tela, já que o texto constitucional assegura a inviolabilidade deles. Outrossim, manifesta-se também mediante institutos de salvaguarda como o mandado de segurança, o *habeas corpus* e o *habeas data*. Já na esfera penal, exterioriza-se a tutela repressiva, com a tipificação de condutas como os crimes contra a vida, a honra, a liberdade individual, a intimidade e o segredo. Ainda nessa seara pública, não se podem olvidar certas medidas administrativas empregadas para a cessação das práticas atentatórias, quando existentes aparatos próprios, como no caso de órgãos para a defesa dos direitos do autor ou à imagem.

A sanção privada, por sua vez, abarca ações específicas de natureza negatória e declaratória (para negar e afirmar a existência *in casu* dos direitos da personalidade) e o ressarcimento dos danos causados por meio da responsabilização civil. Independentemente de as ofensas serem de cunho material ou moral, pode-se exigir que cesse a ameaça ou a lesão a direito da personalidade e pleitear perdas e danos, como expressamente preceitua o novo Código Civil brasileiro, que reserva um capítulo exclusivo para a proteção desses direitos, tratando de sua intransmissibilidade e irrenunciabilidade, da previsão de indenização, além de trazer determinações acerca de disposições sobre o próprio corpo, sobre o direito ao nome, à imagem e à vida privada do indivíduo. Note-se que, anteriormente ao novo *codex*, afora leis esparsas, não havia regulamentação dessa estirpe para a tutela dos direitos em apreço, sendo de grande relevância as contribuições da doutrina e da jurisprudência para o sancionamento das ações lesivas até a efetiva penetração na codificação civil, no afã de garantir a inviolabilidade pregada na Carta Magna.

Aprofundando-nos um pouco mais na tutela constitucional, é imprescindível lembrar que, consoante a Constituição Federal de 1988, os direitos da personalidade integram a categoria dos direitos humanos fundamentais. A exemplo de muitos diplomas internacionais, é tradição das Constituições brasileiras a prescrição dos direitos e garantias individuais do homem, e não poderia ser diferente na Carta atual, já que, a partir da segunda metade do século XX, tornou-se primordial a necessidade de proteção dos direitos humanos, intensificando-se a preocupação mundial com tal resguardo.

Em seu Título II, o texto constitucional prevê, como cláusulas pétreas, os direitos e garantias fundamentais do homem, enumerando, no art. 5º, os direitos e deveres individuais e coletivos, que, por sua vez, estão diretamente relacionados com o conceito de pessoa e suas projeções no mundo exterior, abrangendo, sem sombra de dúvidas, os direitos da personalidade.

Logo no *caput* do referido art. 5º, encontra-se garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, e, mais adiante, o inc. X determina serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelos danos – materiais ou morais – decorrentes de sua violação. Ademais, outros incisos do mesmo dispositivo constitucional também tecem expressas defesas aos direitos da personalidade, como proteções à integridade física e à integridade moral, com a proibição da tortura (III); à imagem (V e XXVIII); às liberdades de locomoção (XV), de consciência (VI), e de expressão (IV e IX); à intimidade e à vida privada, com as inviolabilidades de domicílio (XI), de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas (XII) etc.

Vale dizer que, além da previsão do direito à indenização dos danos causados pela ofensa aos direitos em exame, alguns incisos do mesmo art. 5º também disponibilizam instrumentos para a proteção das liberdades e direitos do homem, como os já lembrados *habeas corpus* (LXVIII), mandado de segurança (LXIX e LXX), mandado de injunção (LXXI) e *habeas data* (LXXII). Sobremais, pode-se também encarar como meio de tutela dos direitos fundamentais o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Cabe salientar, ainda, que a Constituição Federal reconhece, em situações excepcionais e gravíssimas, a possibilidade de restrição ou suspensão temporária de direitos e garantias fundamentais, como inviolabilidade de domicílio e de correspondências, não sendo permitida, por óbvio, a utilização injustificada e arbitrária dessas medidas. Trata-se do estado de defesa e do estado de sítio meios existentes para a restauração da ordem em momentos de anormalidade, previstos nos arts. 136 a 139 da Carta Magna.

Posto isso, deve-se ter em mente que, apesar de serem tidos como direitos fundamentais, os direitos da personalidade podem – e, muitas vezes, devem – sofrer limitações. Isto porque, como bem sustenta Alexandre de Moraes (2002, p. 46), não se pode permitir a utilização desses direitos como um “escudo protetivo” para a prática de atividades ilícitas ou para afastar ou diminuir a responsabilidade civil ou penal por atos criminosos. Ora, não raro aqueles que cometem graves delitos buscam guarida nos direitos fundamentais, como a inviolabilidade da intimidade, para tentar impedir, por exemplo, a colheita de provas, atravancando o desenvolvimento do processo criminal.

Há determinadas ocasiões que demandam o “sacrifício” do direito de um para restar assegurado o respeito aos direitos e liberdades dos demais, pelas exigências da vida em comum, justificando-se, assim, as restrições a certos direitos da pessoa. Ensina Paulo José da Costa Júnior (1995, p. 45) que essas delimitações

deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais concidadãos, que poderão perfeitamente conflitar ou penetrar por ela.

Existindo conflito entre dois ou mais direitos dessa categoria, deve-se utilizar do princípio da proporcionalidade, dosando-se as restrições que eles podem vir a sofrer, desde que sejam adequadas e justificadas pelo interesse público e estejam em consonância com o princípio da razoabilidade, ou seja, haja ponderação entre a delimitação do direito e os fins almejados (Moraes, 2002, p. 48).

A seguir, analisar-se-ão, mais especificamente, alguns direitos da personalidade que, como se verá em tópicos posteriores, podem sofrer as limitações retroapontadas em prol, por exemplo, do andamento de um processo criminal.

## 2.1 Intimidade e privacidade

Toda pessoa tem o direito de não desejar que determinados aspectos de sua personalidade e de sua vida particular cheguem ao conhecimento de terceiros, subtraindo-se à publicidade e impedindo a divulgação de palavras, escritos, gestos e atos que realize. No dizer de Pontes de Miranda (1956, p. 124), “cada um tem o direito de se resguardar dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos dos outros”.

Trata-se do direito à intimidade, cuja tutela consubstancia-se em meios de defesa da personalidade contra indiscrições, injunções e intromissões alheias, preservando-se o lar; as relações familiares; a vida amorosa ou conjugal; a nudez; correspondências; ligações telefônicas; os documentos, escritos e fatos particulares; confidências; dados pessoais; recordações; memórias e diários; o lixo particular; entretenimentos; hábitos e costumes domésticos; e, em alguns casos, até mesmo a identidade e a imagem do indivíduo.

Conforme já foi dito, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. X, garante como invioláveis a intimidade e a vida privada. Por estarem separados, subentende-se que os conceitos constitucionais de direito à intimidade e direito à privacidade não são sinônimos. Com efeito, há uma diferença entre os dois que reside na amplitude de proteção, sendo possível dizer que a intimidade encontra-se dentro do âmbito da privacidade, uma vez que a primeira refere-se às relações subjetivas e de trato mais confidencial da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto a última envolve todos os relacionamentos do indivíduo, inclusive os objetivos, como relações comerciais, de trabalho e de estudo (Ferreira Filho, 1997, p. 35).

Ainda no âmbito da Constituição Federal, encontram-se outras proteções expressas a alguns desdobramentos da intimidade e da vida privada, como no caso das já mencionadas inviolabilidades de domicílio (art. 5º, inc. XI) e de correspondências, comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, inc. XII). De igual sorte, cumpre ressaltar que, além da tutela constitucional, nos planos penal e civil também há

resguardo para a intimidade e para a vida privada, com a tipificação de delitos que atentem contra esses direitos e com reprimendas às violações e previsão de indenizações por danos materiais ou morais.

Urge acrescentar que, apesar de todos terem o direito de velar a sua intimidade, não se pode entender tal direito como ilimitado, porquanto, algumas vezes, o interesse de um indivíduo é superado pelo interesse público ou por um interesse maior de outro indivíduo, justificando-se o sacrifício da sua intimidade ou privacidade. É inegável que a ampliação da vida social das pessoas e o desenvolvimento de mecanismos sofisticados de fixação e difusão de sons, escritos e imagens vêm proporcionando cada vez mais intromissões no círculo particular dos indivíduos, mas, se descabidas e atentatórias à esfera íntima da pessoa, tais restrições à intimidade e à vida privada não devem ser toleradas. Sem abusos, obviamente, elas podem ser admitidas, como quando se revelam necessárias à coletividade para garantir a segurança e o bem comum ou se mostram proporcionalmente inferiores a interesse de outro indivíduo, a exemplo de interceptações telefônicas para desvendar práticas ilícitas, divulgação de informações, realização de revistas policiais, ou buscas e apreensões de armas ou entorpecentes realizadas em domicílios.

## 2.2 Integridade física

Constituindo um dos direitos da personalidade, a integridade física da pessoa merece proteção contra atentados de qualquer espécie. Vale notar que essa incolumidade abrange o direito à vida em si, bem como o direito ao corpo – com ou sem vida (cadáver) – e às partes separadas do corpo.

Logo, por meio da tutela da integridade física protege-se a vida desde o nascimento, coibindo-se ofensas ao físico, à saúde e à mente, situados aqui os sofrimentos de ordem anatômica (como os resultantes de lesões corporais), fisiológica (prejuízos à saúde oriundos de contágios de doenças ou envenenamentos, por exemplo) e mental (perturbação das faculdades mentais); preserva-se o corpo tanto em sua forma plástica integral como em suas partes separadas, como cabelos, unhas, sangue, sêmen, leite materno ou órgãos; e respeita-se a integridade do cadáver.

No âmbito constitucional, a integridade física encontra guarida de maneira expressa nas garantias de inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*), no repúdio à tortura e a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inc. III), ou, ainda, na proteção para os presos (art. 5º, inc. XLIX), por exemplo. Na esfera penal, por sua vez, há a tipificação de várias condutas que atentam contra esse direito da personalidade, como os delitos de homicídio, aborto, lesão corporal, maus-tratos, omissão de socorro, bem como os crimes contra a saúde, contra os costumes e contra o respeito aos mortos. Já no plano civil, o sancionamento para ofensas à integridade física faz-se, mais uma vez, com a previsão de indenização pelos danos materiais ou morais.

Oportuno registrar que, no que tange à vida, goza o indivíduo de direito indisponível, visto que, como bem lembra Carlos Alberto Bittar (2001, p. 67), trata-se de “um direito à vida e não um direito sobre a vida”. Contudo, há disponibilidade no que concerne ao direito ao corpo e às suas partes separadas, desde que observados certos limites que são o próprio direito à vida e à integridade física, não se permitindo disposição que resulte em inviabilização da vida ou da saúde, importe em deformações permanentes, ou atente contra princípios norteadores da sociedade, como os bons costumes. Com efeito, obedecidas tais restrições e considerando-se sempre a imperatividade de seu consentimento, a pessoa pode submeter-se ou ser submetida a intervenções cirúrgicas ou a experiências médicas, genéticas, científicas e afins; realizar trabalhos perigosos; usar de seu corpo para satisfazer a lascívia alheia; separar partes destacáveis do corpo, dispondo de unhas, cabelos, dentes, sangue (para transfusão ou realização de exames), sêmen (para inseminação), leite materno etc.; extirpar partes enfermas para salvar a vida ou preservar a saúde; ceder órgãos para transplantes (se forem duplos, como os rins); ou, ainda, destinar seus órgãos para doação depois de sua morte ou determinar o uso de seu cadáver para fins científicos ou altruísticos.

### 2.3 Identidade e identificação pessoal

Atributo ínsito na personalidade humana, a identidade apresenta-se como direito fundamental da pessoa, na medida em que constitui uma espécie de elo entre o indivíduo e a sociedade em geral. “É o direito que tem a pessoa de ser conhecida como aquela que é e de não ser confundida com outrem” (Limongi França, 1996, p. 1.041).

Analisando-a de forma subjetiva, como atributo inerente à natureza humana, a identidade engloba não só o direito de a pessoa ser individualizada por seus caracteres próprios e exclusivos que a diferenciam das demais, mas também abarca a faculdade de o indivíduo resguardar-se de intromissões injustificadas, no afã de preservar sua intimidade, não se identificando em qualquer situação para qualquer pessoa. No aspecto objetivo, a identidade manifesta-se pela identificação pessoal, que encerra os elementos capazes de garantir a individualização da pessoa no mundo exterior, o que é absolutamente imprescindível para a sobrevivência do homem em sociedade.

Cumpra observar que para a identificação pessoal do indivíduo são admitidos vários sinais, e, para resguardar o direito à identidade, são eles protegidos pelo ordenamento jurídico, seja no âmbito constitucional, preservando-se o direito da personalidade em questão; seja na esfera penal, coibindo-se falsificações e o engodo para a prática de crimes; ou no plano civil, prevendo-se indenizações para a ocorrência de danos. São sinais identificadores o nome, que compreende o patronímico, o prenome, o pseudônimo e a alcunha e, outrossim, o reconhecido nome artístico; os títulos de identificação e honoríficos; e os elementos figurativos, a exemplo das insígnias e do brasão de família.

Do mesmo modo, prestam-se à identificação pessoal do indivíduo determinados números que passam a integrar sua documentação e servem para precisar sua individualização e facilitar tanto o seu conhecimento pelo Poder Público como as relações travadas em seu cotidiano, como o número da cédula de identidade (RG), do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), do título de eleitor, e de outros documentos oriundos de demais registros ou cadastros em órgãos ou instituições. Tais números pertencem à pessoa e são aptos a individualizá-la assim como seu próprio nome, não podendo ser utilizados por outrem, renunciados, transmitidos ou negociados.

Sobremais, é mister salientar que, muitas vezes, a identificação pessoal ultrapassa o âmbito de sinais externos como nome, números ou símbolos, sendo feita por meio das impressões digitais ou por exames biológicos que comprovem tratar-se realmente de uma pessoa e não de outra. Dentre esses exames, encontra-se o de DNA, que atesta geneticamente a identidade do indivíduo, sendo muito útil para solucionar dúvidas sobre paternidade ou para identificar criminosos em delitos como estupros e homicídios, utilidade essa que será analisada a seguir.

### **3 O exame de DNA – Benefícios e dificuldades**

O primeiro passo a ser dado, quando irá se tratar da possível obrigatoriedade de uma prova, é entender a natureza desta e as suas respectivas vantagens. Desde já, é mister ressaltar que a perícia de DNA, amiúde, não representa uma prova definitiva, absoluta, a qual sirva para se apurar, sem dúvida de qualquer espécie, a verdade real. De fato, o que a prova em testilha pode proporcionar, em termos efetivos, é maior grau de certeza, tratando-se de um meio apropriado a se alcançar uma verdade mais aproximada dos fatos, o que, como se verá em tópico ulterior, é preconizado pela teoria do garantismo. Posto isso, cumpre explicitar, em linhas gerais, as principais características da perícia de DNA.

Consoante o ensinamento de Delton Croce e Delton Croce Júnior (1998, p. 623), “O DNA é o elemento que contém todas as informações genéticas de cada indivíduo, com características próprias, como ocorre com as impressões digitais”. A evolução dos estudos sobre os genes humanos e a forma de análise e identificação de pessoas é relativamente recente, tendo sido iniciada por Alec Jeffreys, em 1984.

O maior grau de precisão obtido pela técnica de DNA, a qual tem remota possibilidade de erro, rendeu-lhe a fama de que se conseguiam as “impressões digitais genéticas” das pessoas. Mediante a análise de minissatélites e de microssatélites, regiões do ácido desoxirribonucléico, consegue-se determinar a individualidade humana. Essas estruturas têm seqüências específicas de aminoácidos, que dão uma característica única ao seu detentor.

Fazendo-se um estudo comparativo, entre a amostra obtida, por exemplo, no local do delito, e aquela fornecida pelo suspeito, logra-se obter uma identificação positiva ou negativa, a qual será apta a auxiliar o convencimento do juiz no caso concreto. Com efeito, esse tipo de perícia não tem somente a utilidade de identificar

a paternidade em processos cíveis, sendo, outrossim, um meio eficaz para individualizar o autor de um crime de estupro que deixou vestígios de esperma na ofendida ou o agente de homicídio ferido pela vítima durante uma luta etc.

Entretanto, e esta é a preocupação principal neste tema, é preciso enfrentar a questão de como devem ser colhidas as amostras para os exames. Preliminarmente, há que observar certos procedimentos de colheita do material no local do crime ou no próprio sujeito passivo, a fim de se viabilizar a técnica em apreço. A respeito das hipóteses de estupro, Luiz Fernando Jobim, Maria Regina Jobim e Charles Brenner (Jobim, 1999, p. 271) recomendam o seguinte:

Nesses casos, é importante que se enviem ao laboratório amostras de estiletos com ponteira de algodão, mais conhecidos como *swabs*, provenientes da colheita de secreção vaginal ou anal da vítima. É importante que esse procedimento aconteça nas primeiras 24 horas do assalto sexual e que não se coloque o material colhido em nenhuma solução, mas simplesmente dentro de um recipiente como um tubo de ensaio seco. A vítima não deverá fazer higiene vaginal.

[...] Em caso de estupro seguido de morte, é importante a colheita de material vaginal, assim como o de sangue da vítima.

Obedecidos os aspectos técnicos, seja em que crime for, de colheita das amostras do local do delito ou da vítima, surge a grande dificuldade que é a obtenção do material do suspeito, a qual esbarra em alegações de ofensa aos direitos da personalidade, discussão que será tratada adiante. Neste tópico, cumpre especificar, apenas, os modos pelos quais podem ser fornecidos os materiais devidos para exame. Assim, os peritos podem necessitar de uma pequena amostra de sangue do acusado, de um pouco de saliva, colhida com instrumentos apropriados, ou, nalguns casos, de um simples fio de cabelo ou pedaço de unha. Não se exige, pois, nada fatal à pessoa, nada que a prejudique em termos físicos, havendo, entretanto, como já citado, a alegada discussão quanto aos direitos da personalidade.

Antes disso, é necessário mencionar outra dificuldade prática no tocante aos testes de DNA, qual seja o custo, por vezes, proibitivo do exame. Não é incomum que alguns acusados por delitos sexuais requeiram o aludido exame, tendo em vista a sua maior confiabilidade. Tal pleito, em algumas situações, vem sendo negado pelo Poder Judiciário em razão do custo do exame de DNA e por conta da suficiência de outras provas existentes nos autos do processo. Interessante transcrever, a esse respeito, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, colacionada por Guilherme de Souza Nucci (2002, p. 310):

Não se acolhe o suscitado cerceamento de defesa, por não ter sido realizado o exame pericial de DNA, se foi dada a devida ciência à defesa de que o exame não poderia ser feito naquele Estado, sendo que, no prazo do art. 499 do Código de Processo Penal, não houve qualquer reiteração ou impugnação pela ausência da prova pleiteada, nem tampouco foi apontada nulidade processual quando das alegações finais (HC 9.919-RS, 5ª T., rel. Gilson Dipp, 7.10.1999, p. 83).

É curial que o Poder Público tenha condições de arcar com as custas de um exame relevante, como o de DNA, máxime quando ele se mostra crucial para a solução da autoria delitiva. Assim, as meras alegações de falta de recursos são bastante temerárias num processo no qual pode estar em jogo a liberdade de um inocente. Por isso, espera-se que haja modernização dos órgãos auxiliares do Poder Judiciário, propiciando-se a realização das perícias pertinentes requeridas pelo réu no processo penal. Caso a justificativa seja, tão-somente, a carência de meios financeiros, não se estará garantindo, na prática, o princípio constitucional da ampla defesa, preconizado no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal.

Todavia, nas hipóteses em que não houver relevância do teste de DNA, ou nas quais o defensor do acusado omitir-se sobre a perícia em tela para, posteriormente, requerer a anulação do feito, há que conhecer a realização do devido processo legal, mesmo sem a produção do aludido exame.

Mais difícil, contudo, é a situação inversa, na qual o suspeito ou réu nega-se a fornecer material para a análise de sua identidade genética, alegando estar protegido por algum direito da personalidade (intimidade, privacidade, integridade física etc.), prejudicando, de certa forma, o alcance de uma verdade tão próxima quanto possível dos fatos. É certo que, no devido processo legal, impõe-se o respeito à dignidade humana, porém resta saber quais são os limites que podem ou não ser ultrapassados. Este é o ponto principal deste trabalho, que será tratado em seguida às considerações gerais sobre a prova no processo penal.

#### **4 Considerações acerca da prova no processo penal**

Em qualquer espécie de processo, criminal, civil ou trabalhista, assume, em regra, importância fundamental a prova. Dentre os vários sentidos deste termo, destaca-se aquele que é o buscado pelas partes, isto é, o convencimento do magistrado, a certeza inculcada no espírito do julgador de que o fato alegado pela parte realmente aconteceu. Conquanto seja cediço que a verdade real, absoluta, é praticamente impossível de ser alcançada, não se pode, de forma alguma, menosprezar a verdade aproximada que é obtida em juízo. Se apenas fosse aceito um método perfeito de se chegar ao real desenvolvimento dos fatos objetos da lide, fatalmente teria fim o instituto do processo e, por conseguinte, o próprio ordenamento jurídico teria escassa utilidade.

Todavia, se, por um lado, a obsessão por uma prova infalível não tem razão de ser, é curial que se procure, sempre, aprimorar os meios pelos quais se pode chegar o mais próximo possível da verdade. Neste momento, percebe-se um outro significado para a prova, qual seja a de meio, instrumento hábil a demonstrar determinado evento.

Nesta linha de raciocínio, no âmbito específico do processo penal, costuma-se dizer que não existem limites para os meios probatórios, sendo o rol estipulado no Código de Processo Penal meramente exemplificativo. A conclusão da doutrina é

respaldada pelo art. 155 do mencionado diploma legal, segundo o qual, no juízo penal, apenas no que concerne ao estado das pessoas, serão obedecidas as restrições à prova estabelecidas na legislação civil. O fundamento para isso é o aforismo, não muito exato, de que no processo civil é perseguida a verdade formal, enquanto, no penal, almeja-se a verdade material.

Sem entrar no mérito dos processos cíveis, é fato que, no juízo criminal, pela alta relevância dos interesses em jogo (a liberdade de um inocente e a segurança da sociedade), evita-se, ao máximo, a previsão de formalidades eventualmente limitadoras de uma verdade aproximada do ocorrido. Em face disso, não se prevêem, no processo penal, o instituto da revelia, com os efeitos previstos para os feitos civis, a limitação quanto à prova exclusivamente testemunhal etc. Muitas das condicionantes dispostas no Código de Processo Civil não teriam qualquer utilidade no juízo criminal.

Assim, não demora a surgir a questão dos limites jurídicos das provas no processo penal. Seriam elas, diante do até agora exposto, ilimitadas? A resposta negativa é evidente e até necessária, já que a ausência de quaisquer fronteiras levaria a arbitrariedades e, outrossim, ao próprio desvirtuamento da verdade, tal qual acontece nos casos de tortura para obtenção de informações.

O primeiro passo em direção a uma segura limitação da produção probatória consiste na investigação dos princípios atinentes às provas. Neste diapasão, recorda-se, preliminarmente, o princípio básico de toda relação processual, que é o devido processo legal (CF, art. 5º, inc. LIV). Especificamente quanto aos meios probatórios, pode-se dizer que este princípio exige o respeito ao ordenamento jurídico, não se podendo apresentar, em juízo, provas oriundas de sua violação, ou seja, não se admitem provas ilícitas (CF, art. 5º, inc. LVI). Os instrumentos probatórios, se nem sempre estiverem expressamente previstos na lei, ao menos, não podem guardar uma relação de antítese com a ordem jurídica.

Ademais, outro princípio invocável é o do contraditório, consistente na possibilidade de a parte conhecer todas as provas produzidas pelo adversário e, conseqüentemente, de contraditá-las, oferecendo contraprova. Nesta senda, a ampla defesa também aparece como princípio fundamental, ensejando que o réu de uma lide utilize-se de todos os meios lícitos, e, nalgumas situações, até ilícitos, para provar os seus direitos ou sua inocência.

Em relação às provas muito ainda poderia ser dito, mas acabaria sendo desviado o escopo do presente estudo. Tendo em mente a noção de limites jurídicos às provas e dos princípios mais relevantes, falta apenas traçar, em linhas gerais, a maneira como vêm sendo tratadas as provas ilícitas no Direito brasileiro, a fim de examinar, ao final, a viabilidade da obrigatoriedade do exame de DNA.

#### **4.1 As provas ilícitas e seu tratamento no ordenamento jurídico pátrio**

Já se disse que, nos termos do art. 5º, inc. LVI, da Constituição Federal, são inadmissíveis em juízo as provas obtidas por meios ilícitos. É curial, então, que se

façam algumas breves anotações sobre a problemática da produção probatória ilícita, explicitando as teorias existentes e o tratamento dado pela jurisprudência pátria.

Preliminarmente, há que afastar uma controvérsia terminológica que se instalou com referência a provas ilícitas, ilegais e ilegítimas. Os primeiros dois termos são mais questionados do que o último, cujo significado vem sendo amplamente aceito pela doutrina e pelos tribunais, isto é, formou-se um consenso no sentido de que provas ilegítimas são aquelas que violam as normas jurídicas processuais. Exemplificando, um laudo pericial assinado por apenas um perito, sem qualquer justificativa plausível, pode ser considerado uma prova ilegítima, por desrespeito ao art. 159 do Código de Processo Penal.

Enfocando agora a questão das provas ilícitas e ilegais, existe uma discussão no tocante a qual das duas palavras seria o gênero abrangedor da outra, que seria espécie ao lado da prova ilegítima. Confira-se o entendimento de Alexandre de Moraes (2002, p. 262):

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme analisado, as *provas ilícitas* são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as *provas ilegítimas* são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as *provas ilegais* seriam o gênero do qual as espécies são as *provas ilícitas* e as *ilegítimas*, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.

Guilherme de Souza Nucci (2002, p. 301-302) entende exatamente o oposto, aduzindo que as provas ilícitas são aquelas contrárias ao ordenamento jurídico, acrescentando que a Constituição Federal, ao prescrever a inadmissibilidade de *provas ilícitas*, vedou toda prova infringente de norma material ou processual, não abrindo brecha, pois, para a tolerância das provas ilegítimas. Assim, provas ilícitas seriam gênero das espécies ilegal e ilegítima.

Na realidade, talvez o equívoco seja a tentativa de classificação de provas que ofendem o direito material e das que não observam o direito processual. Tanto num como noutro caso, desrespeita-se a lei, razão pela qual tais provas podem ser tachadas de ilícitas ou de ilegais.<sup>1</sup> O motivo doutrinário para essa divisão é o da maior gravidade, em regra, das violações às normas de direito material, mais passíveis, portanto, de ensejar a nulidade da prova. Cuida-se de uma necessidade aparente de classificação, visto que, apenas no caso concreto, se poderá dizer sobre a ilicitude da prova, de sua validação ou anulação. De qualquer sorte, se se lograr imprescindível a separação das provas infringentes das regras processuais, é conveniente acatar o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, já que, conforme bem notado pelo autor, não se pode dar margem à concepção de que a Carta Magna

<sup>1</sup> O termo "ilegítimo" para designar uma violação à lei, ainda que processual, é um tanto inapropriado, porquanto, conforme indica o seu próprio significado doutrinário, não se deixa de violar uma lei, sendo, assim, mais do que meramente ilegítimo. A prova, dessa maneira, é também ilícita ou ilegal (palavras que, perfeitamente, podem ser usadas como sinônimos). Entretanto, como já se consagrou tal uso, não se oporão maiores óbices a essa utilização, conquanto pareça haver um emprego desnecessário da ilegitimidade.

não garantiu devidamente a observância da lei processual, protegendo, tão-somente, o direito material.

Posto isso, cumpre destacar duas importantes correntes que completam a análise das provas ilícitas. A primeira, traduzida como teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of poisonous tree*), é influência do direito norte-americano. Consoante os defensores dessa tese, as provas conseguidas em decorrência das obtidas ilicitamente também são inadmissíveis no processo. Dessa forma, se um ladrão revela o esconderijo da *res furtiva* mediante tortura, não poderá se aceitar a apreensão da coisa, ainda que o tenha sido mediante posterior e válido mandado de busca e apreensão. O objetivo dessa corrente é evitar que se propicie ou mesmo se incentive a prática da produção probatória ilícita.

Em contrapartida, nos últimos anos ganhou força a teoria da proporcionalidade, oriunda do direito alemão, segundo a qual não será sempre, forçosamente, que se rejeitará uma prova ilícita ou uma dela derivada. Serão, em vez disso, ponderados os interesses, valores e direitos em conflito, a fim de determinar o cabimento ou não da prova produzida. Essas idéias, no Brasil, estão sendo utilizadas, precipuamente, a favor do acusado, com o intuito de preservar a garantia da liberdade, geralmente preponderante sobre os direitos que com ela conflitam.

Apesar das respeitáveis opiniões em contrário, a teoria da proporcionalidade parece ser a mais adequada para o tratamento das provas ilícitas e de suas derivadas. De fato, não existe nenhum direito ou garantia absolutos, sendo característica de todos a relatividade. Se a polícia, respondendo a uma denúncia anônima de tráfico de entorpecentes, invade uma casa e encontra imensa quantidade de drogas, não seria razoável a invalidação da prova, alegando-se violação de domicílio. Mesmo ante a fragilidade da denúncia anônima, dever-se-ia considerar o seu acerto e, por conseguinte, levando em conta a possibilidade de invasão de domicílio onde esteja sendo praticada uma infração penal (no caso, depósito de drogas para fins de tráfico), seria cabível a adoção da proporcionalidade e a admissão da prova, pelo predomínio do interesse coletivo (segurança e saúde pública) sobre o individual (domicílio). O mesmo não ocorreria se fosse encontrada ínfima quantia, indicativa de utilização da droga para uso próprio, visto que se configuraria, somente em tese, uma infração de menor potencial ofensivo,<sup>2</sup> sem maiores riscos à segurança e à saúde pública.

O princípio da proporcionalidade, em suma, seria aquele que atende melhor à consciência da coletividade, evitando decisões, por vezes, absolutamente discordantes com o sentimento social.

Após esse singelo relato das principais teorias existente na temática das provas ilícitas, cumpre enfrentar a questão da possibilidade de exigir o exame de DNA nos processos penais.

<sup>2</sup> Art. 61 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, e art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001.

## 4.2 DNA sem consentimento: prova ilícita?

Duas perguntas podem ser feitas a respeito do exame do DNA, ambas relativas à falta de consentimento da pessoa a ser periciada. A primeira delas consiste na possibilidade de, uma vez obtido um material qualquer da pessoa, apto a propiciar referida perícia, realizar o teste, mesmo quando conhecida a postura contrária do examinando. Já a segunda refere-se à exigibilidade do exame de DNA.

Em relação ao primeiro questionamento, a resposta deve ser afirmativa. Com efeito, num processo criminal, em toda infração que deixe vestígios, torna-se imprescindível a perícia, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal. Assim, por exemplo, em casos de delitos sexuais, os vestígios de sêmen na vítima constituem importante fonte de prova, podendo conduzir à condenação ou absolvição do acusado. No último caso, já se abordou a questão da insuficiência de recursos econômicos para a realização do exame, comentando-se que, havendo pertinência da prova, descabida é a sua recusa pela motivação única de custas.

Contudo, a situação inversa também é plausível, ou seja, o réu do processo ou o indiciado no inquérito recusa-se a fornecer material para a elaboração dos testes. Nessa hipótese, outrossim, é possível que as autoridades consigam obter materiais possibilitadores do exame, involuntariamente deixados pelo acusado ou outra pessoa relacionada à lide.<sup>3</sup> Ocorrendo isso, pode a polícia ou os órgãos judiciais determinarem a perícia, ainda que sem o consentimento de quem de direito? Não estaria sendo violado o direito à intimidade ou à privacidade?

Parece correto o entendimento de que, nessa situação, adequada e, amiúde, necessária seria a atuação das autoridades competentes, a fim de realizar a perícia em tela. Não se estaria ofendendo qualquer direito da personalidade, não se formando, por conseguinte, uma prova ilícita. De fato, a indiscrição cometida contra a pessoa investigada, nessas circunstâncias, não configuraria violação da intimidade ou privacidade, porquanto estaria sendo examinado, tão-somente, um material já descartado pelo indivíduo, justificando-se, assim, até pelo critério da proporcionalidade, a feita do teste, objetivando-se a elucidação de um ilícito penal.

Não foram outros os acontecimentos relativos ao exame de paternidade do filho da cantora mexicana Glória Trevi, que se encontrava presa, sob custódia da polícia federal. Ao ficar, estranhamente, grávida durante o período de sua detenção, muito se especulou acerca de um eventual estupro carcerário ou outro delito sexual, do qual tivesse resultado a gravidez da cantora.

Após o nascimento do infante, aproveitou-se a placenta oriunda do parto e realizou-se o exame de DNA, comparando-se com a identidade genética dos policiais federais, os quais forneceram os elementos devidos para a perícia. Ao final,

<sup>3</sup> Recentemente, a polícia de Brasília, atuando em caso de subtração de incapazes que ganhou imenso espaço na imprensa e na mídia, recolheu um toco de cigarro deixado pela garota sobre quem recaía a suspeita de ter sido a vítima do delito em apreço, mas que se recusava a fazer o exame de DNA. O teste, feito sem o consentimento da jovem, comprovou que, em verdade, ela era filha de outra pessoa, uma senhora que tivera o bebê subtraído no hospital. Embora tenha se suscitado a prescrição do crime de subtração de incapazes, não há como negar a utilidade do exame, o qual elidiu a incerteza da genitora biológica.

comprovou-se a inocência da polícia, descobrindo-se o verdadeiro genitor da criança, um amigo da cantora.

Além do sucesso em termos de solução do caso, cumpre destacar que se tentou a propositura de reclamação, com o fito de impedir a elaboração do teste de DNA, o qual, em difícil votação, foi rejeitado pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, conforme anotam William Douglas, Abouch V. Krymchantowski e Flávio Granado Duque (2003, p. 38):

A respeito do tema, convém citar que o STF conheceu como reclamação o pedido formulado contra a decisão da 10ª Vara Federal da SJ/DF que autorizara a coleta da placenta de extraditanda grávida, após o parto, para a realização do exame de DNA com a finalidade de instruir inquérito policial instaurado para a investigação dos fatos relacionados com a gravidez da mesma [...].

Observe-se ainda que, no mérito, o Tribunal julgou procedente a reclamação e, avocando a apreciação da matéria de fundo, deferiu a realização do exame de DNA, cabendo à 10ª Vara providenciá-lo. Fez-se, assim, no caso a ponderação dos valores constitucionais contrapostos, quais sejam o direito à intimidade e à vida privada da extraditanda, e o direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal como instituição [...].

Como se percebe na decisão de nossa mais alta corte, os direitos da personalidade, conforme o que ocorre com todos os outros, não podem ser considerados absolutos ou ilimitados em qualquer hipótese. Antes de tudo, deve-se proceder a uma verificação criteriosa dos interesses que estão em jogo, em lugar de não se admitir, *a priori*, a relativização de determinado direito. E se isto vale para pessoas que nem são acusadas num processo penal, com maior razão valerá para os réus.

Não se trata de privar um acusado de todo e qualquer direito, mas, sim, de, meramente, não considerá-los direitos absolutos, o que não coaduna com a ordem jurídica constituída. Se qualquer direito de todo cidadão é relativo, não é pelo fato de ele vir a ser réu num processo penal que esta situação mudará. Dessa forma, na instrução criminal, dever-se-ão analisar as supostas agressões aos direitos da personalidade do réu consoante o princípio da proporcionalidade.

Imagine-se que uma pessoa investigada pelo crime de estupro deixe na delegacia de polícia determinado material (um fio de cabelo, um lenço sujo de sangue, saliva num copo de água etc.) que enseje a realização do exame de DNA, comparando-se com os vestígios encontrados na vítima. Se a autoridade policial proceder à perícia, mesmo sem expressa autorização judicial, não terá havido ilegalidade nem violação ao direito da intimidade ou da privacidade.

Com efeito, os direitos de intimidade e privacidade não podem ser utilizados como instrumento impeditivo da descoberta da autoria delitiva. A perícia em alguma quase insignificante parte do corpo do acusado, tal qual um fio de cabelo, não lhe causará mal algum em termos físicos. Daí por que já se descarta eventual ofensa à integridade física.

De outro lado, alegar violação da intimidade ou da privacidade é dizer que tais direitos não permitem a investigação da autoria do crime, o que é absurdo. Assim, havendo pertinência do exame na situação concreta, óbice não haverá à sua realização, uma vez que o direito de intimidade ou de privacidade não são afetados pela perícia feita para auxiliar na descoberta do autor da infração. Basta pensar no que aconteceria se fosse comprovada a inocência do réu. Poderia ele dizer que o exame pericial, demonstrando, por exemplo, que o seu DNA difere completamente do encontrado no local dos fatos ou na vítima, violou a sua intimidade ou privacidade? Não, visto que descartada a coincidência da identidade genética, de nada mais servirão as informações obtidas com o teste, as quais poderão ser destruídas. Se o réu for inocente, mais prejudicial terá sido a ele a inclusão de seu nome no inquérito e no processo do que a prova pericial produzida.

Não obstante isso, é mister que sempre seja analisado o caso concreto, a fim de verificar se a perícia da identidade genética violará ou não os direitos da personalidade. Quando se vislumbrar essa violação, concluir-se-á pela ilicitude da prova.

Outro questionamento, no entanto, pode surgir em relação ao exame de DNA, a saber, a possibilidade de determinar (o juiz) ou de instituir (o legislador) a sua obrigatoriedade no processo penal, o que, aparentemente, colide com princípios processuais penais, a exemplo do direito de não produzir prova contra si mesmo. Além do que também se opõe a essa obrigatoriedade a tutela dos direitos da personalidade.

Relativamente a essa problemática, aduzem Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2000, p. 132):

A tutela constitucional da intimidade, da honra e da imagem parece justificar, mais do que nunca, a recusa do suspeito ou acusado em submeter-se a exames das partes íntimas, bem como a provas degradantes, como o “bafômetro”, até porque ninguém pode ser obrigado a fazer prova contra si mesmo. Tanto assim que, no campo civil, o STF decidiu que ninguém pode ser obrigado a submeter-se a exame de DNA para efeito de investigação de paternidade.

Em primeiro lugar, verificar-se-á a possibilidade atual de ser determinada a perícia de DNA no decorrer de um inquérito policial ou de uma instrução judicial. Nesta hipótese, concorda-se apenas parcialmente com o entendimento supratranscrito dos insignes juristas.

Realmente, não se pode compactuar com a produção de provas “degradantes”, se e quando forem *ilícitas*. O significado de “prova degradante” pode variar de pessoa a pessoa, razão pela qual é curial que se estabeleça a vedação da produção probatória mediante um critério mais preciso, que é, justamente, o da prova ilícita. A revista em partes íntimas do acusado, por exemplo, não pode ser descartada quando houver indícios de que ali se tenha escondido uma arma ou outro instrumento lesivo. Afinal, isto ocorre até mesmo com quem vai visitar um detento de uma penitenciária. O risco da segurança da prisão, se não houvesse tal tipo de revista, predomina sobre o direito à intimidade, sendo, porém, evidente que é necessário preservar, o máximo possível, a dignidade da pessoa.

O mesmo pode ser dito no tocante ao exame de DNA, apesar de o Supremo Tribunal Federal entender a questão de forma diferente. De fato, no âmbito cível, em processos de investigação de paternidade, o STF vem admitindo a recusa em realizar o exame, presumindo, em alguns casos, a paternidade.<sup>4</sup> Obviamente, a negativa em submeter à perícia não pode fazer prova contra o réu no processo penal.<sup>5</sup>

O problema, então, reside em saber se a ordem judicial para a realização de DNA fere a lei ou algum direito dos acusados. Sem embargo da posição do Supremo Tribunal Federal, não parece acertado o entendimento de que a realização desse tipo de exame violaria a intimidade, a honra ou a privacidade das pessoas.

Efetivamente, a descoberta da identidade genética só seria utilizada para efeitos de comparação com o DNA pertencente ao suposto autor da infração, de modo que, em vez de devassar a intimidade ou a privacidade do investigado, apenas se estaria realizando uma diligência para identificar o culpado pelo delito. Havendo base legal para tanto, não existiria problema algum nisso nem ofensa a direito da personalidade. E qual lei permitiria isso?

Uma série de dispositivos do Código de Processo Penal pode ser invocada para determinar tal perícia, destacando-se o art. 155. Deduz-se não haver limitação à prova no processo penal, salvo àquelas relativas a estado civil, vale dizer, a prova a ser produzida não precisa estar expressamente consignada na lei, bastando que ela não contrarie o direito positivo.

Ora, o teste de DNA não ofende a lei nem o princípio de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo. Quanto a esse último, previsto no art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal, é preciso tecer algumas considerações, com o intuito de encontrar os seus limites.

Assim, como é cediço, o réu, conquanto possa mentir acerca de sua participação no crime, não pode fazê-lo na fase do interrogatório referente a sua qualificação (CPP, art. 188). Conforme acentua Guilherme de Souza Nucci (2002, p. 354):

O direito ao silêncio não vale para esta fase, quando se busca segurança jurídica e o interesse do Estado e da sociedade é processar a pessoa correta, evitando o lamentável erro judiciário. [...] O direito à ampla defesa não é ilimitado, nem pode ser exercido abusivamente. As implicações, nessa situação, são graves, podendo levar um inocente ao cárcere e ferindo a segurança jurídica que o processo necessita conter.

O entendimento acima exposto é seguido pela maioria da doutrina e, *mutatis mutandis*, pode ser aplicado ao exame de DNA. De fato, como já se viu, a perícia em tela tem um elevadíssimo grau de precisão – fala-se em identidade genética – ofertando *certeza* na hipótese de exclusão da autoria e, no caso de identificação

<sup>4</sup> Aliás, esta é a orientação preconizada pelo novo Código Civil em seu art. 232, *in verbis*: "A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame".

<sup>5</sup> Já no âmbito de processos de investigação de paternidade, parece deveras temerário este entendimento de que a recusa em se submeter ao exame de DNA pode acarretar o reconhecimento da filiação.

positiva, uma margem quase inexistente de erro. Portanto, se, fazendo o exame, pode-se até mesmo excluir a autoria delitiva,<sup>6</sup> não há razões suficientes para recusá-lo. Trata-se de importante meio para o alcance da verdade material e, em consequência, da segurança jurídica.

Pense-se, ainda, que o direito de não fazer prova contra si mesmo liga-se mais ao fato de que o réu não é obrigado a se auto-incriminar, tal qual acontece na confissão ou, eventualmente, na participação em reconstituição do crime. Na realização da perícia genética, não haveria auto-incriminação, mas, tão-somente, o cumprimento do dever de não opor obstáculos à apuração do delito. Analogamente, pode-se dizer que o réu que esconde o instrumento do crime em sua casa não precisa entregá-lo à polícia, porém a coisa pode ser obtida mediante a expedição de um mandado de busca e apreensão domiciliar.

Aliás, o exemplo da busca e apreensão domiciliar também remete à lembrança de que não há, quando de sua efetivação, alegação de violação do direito de privacidade, o que reforça o entendimento de não haver violação de direito da intimidade e da privacidade quando da elaboração desse teste.

Não há falar, ademais, em ofensa do direito à honra, pois, com as avançadas técnicas existentes, não se pode considerar ofensiva à dignidade humana tal perícia. De outro prisma, se alguém inocente submeter-se ao exame, é seguro afirmar que, amiúde, muito mais ofensivo à sua honra e reputação é o próprio processo penal ou o inquérito policial. E se fosse levado a rigor o óbice do direito à honra, poder-se-ia advogar pela abolição dos inquéritos e processos penais. Neste ponto, considerando-se o processo e o inquérito como males aos acusados inocentes, é razoável admitir que a perícia do DNA, excluindo a possibilidade de autoria, seria o melhor remédio para a honra e a reputação dos investigados.

Destarte, não se vislumbrando impeditivos para a determinação judicial do exame de DNA, não há por que julgá-lo como prova ilícita. A orientação contrária dos tribunais superiores, nesse aspecto, pode e deve ser modificada.

Quanto à metodologia da coleta de material necessário ao exame, é imprescindível que se respeite a dignidade humana, não se utilizando coação moral ou física contra o acusado. Se ele não apresentar o material voluntariamente, é possível, devido aos avanços da área, aproveitar o deixado involuntariamente, como um fio de cabelo solto, a saliva encontrada num toco de cigarro etc.

Mesmo sendo, de acordo com a opinião exposta neste estudo, possível a determinação judicial para submissão ao teste de DNA, é conveniente que, diante da resistência da maior parcela da jurisprudência, se edite lei, regulamentando o exame pericial em apreço, a fim de garantir maior aproximação da verdade no processo penal.

<sup>6</sup> Claro que não se está defendendo o absoluto valor do exame de DNA, que, como qualquer outra prova, não vincula o julgamento do magistrado. Mas, isso não invalida o fato de que, não existindo indícios contrários, aludida perícia autoriza a conclusão de que determinada pessoa não teve qualquer participação no fato delituoso.

Este entendimento não colide com a moderna teoria do garantismo penal; ao contrário disso, vai ao seu encontro, porquanto, conforme ensina Luigi Ferrajoli (2002, p. 32-33), o processo penal garantista pressupõe o cognitivismo, isto é, a busca da verdade o mais próxima possível da ideal.

Realmente, o almejo ao encontro da verdade material sempre foi uma marcante característica do processo penal, razão pela qual não se deve rejeitar a determinação judicial de exame de DNA, o qual, conforme demonstrado, não ofende qualquer direito da personalidade nem o ordenamento jurídico como um todo.

## 5 Considerações finais

A realidade, como se percebe, é dinâmica, trazendo mudanças na vida e sociedade que não poderiam sequer ser previstas pelos legisladores. Algumas dessas modificações devem ser objeto de regulação pelo ordenamento jurídico, enquanto outras nem precisam de tal cuidado, podendo ser abrangidas por disposições genéricas já existentes, de acordo com o critério da jurisprudência.

O exame de DNA configura importantíssimo instrumento pericial, passível de auxiliar o magistrado na descoberta de várias questões fáticas, aproximando-o da chamada verdade material. Essa revolucionária perícia, segundo o entendimento aqui exposto, poderia ser utilizada no âmbito do processo penal, sem que se pudesse alegar a ofensa a direitos da personalidade ou a princípios constitucionais penais, porquanto não se trata de método lesivo à integridade física, psíquica ou moral dos acusados. Em nada ficaria arranhada a moderna tendência garantista das lides criminais.

Entretanto, a natural resistência às novidades e aos avanços científicos ainda predomina tanto nos meios doutrinários como nos jurisprudenciais, prejudicando, em algumas hipóteses, uma decisão mais condizente com a verdade real e, por conseguinte, mais justa. Evidentemente, há limites à consecução da descoberta da verdade em todo e qualquer processo, mas, nem por isso, deve-se renegar uma evolução da ciência que permite um exame mais acurado do caso pelo magistrado.

Em face dessa problemática, e como tentativa de conciliação dos direitos dos acusados e dos novos exames periciais, não seria de mau alvitre a edição de lei reguladora de um procedimento próprio para o teste de DNA no processo penal, dispondo sobre, dentre outras circunstâncias, a forma de coleta do material genético dos réus e indiciados, garantindo-se-lhes a dignidade, e a previsão de possibilidade de contraprova por laboratórios devidamente credenciados, a fim de assegurar a ampla defesa.

Seja qual for a solução, jurisprudencial ou legislativa, é imperativo que o processo penal não permaneça infenso a essa recente metodologia que, em muitas causas, pode levar a um julgamento mais consentâneo com a realidade e, consequentemente, mais justo.

## Referências

- BITTAR, Carlos Alberto. *O direito civil na Constituição de 1988*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Os direitos da personalidade*. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1995.
- CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Manual de medicina legal*. 4. ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DINIZ, Rivanildo Pereira. A proteção constitucional da vida privada e a reparação do dano moral. *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, n. 29, p. 185-213, out.-dez. 1999.
- DOUGLAS, William; KRYMCHANTOWSKI, Abouch V.; DUQUE, Flávio Granado. *Medicina legal à luz do direito penal e processual penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2000.
- JOBIM, Luiz Fernando; GALVANTE FILHO, Helvétio; FIGINI, Adriano da Luz; REIS, Alani Borges dos; SILVA, Moacyr da. *Tratado de perícias criminalísticas: identificação humana*. Organização de Domingos Tochetto. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1999.
- LEITE, Rita de Cássia Curvo. Os direitos da personalidade. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001. p. 150-168.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de direito civil*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: RT, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. VII.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. O exame de DNA e a sua influência na investigação da paternidade biológica. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001. p. 68-96.
- TUCCI, Rogerio Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- VIERA, Diego Camaño. El proceso extraordinario del nuevo CPP: un enfoque garantista. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: Notadez Informação, n. 3, 2001.