

- constitutiva que viola o princípio constitucional da presunção de inocência. 4. Recurso provido" (TRF 1ª Reg., AC 2004.34.00.043178-1/DF, rel. **Ítalo Fioravanti Sabo Mendes**, DJU 25.05.2006). No mesmo sentido: TRF 1ª Reg., AC 2007.36.00.010949-3/MT, 3ª T., rel. Juiz Federal **César Cintra Fonseca** (conv.), e-DJ 14.03.2008, F1, p. 126; TRF 1ª Reg., AGR 2004.34.00.043178-1/DF, 4ª T., rel. Desembargador Federal **Carlos Olavo**, rel. acor. Desembargador Federal **Carlos Olavo**, DJ 25.05.2006, p. 24.
- (6) **CÂMARA, Luiz Antônio**. Considerações sobre as medidas cautelares reais patrimoniais nos crimes contra a ordem econômica. Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2009, p. 255-288.

- (7) "Penal. Processual penal. Sonegação fiscal e falsidade ideológica. Recebimento do recurso em sentido estrito como apelação criminal. Sequestro e hipoteca dos bens dos acusados. Requisitos. Sequestro não pode ser usado como punição. Indeferimento. (...), contudo, para a caracterização do periculum in mora, por outro lado, faz-se necessária a comprovação da ameaça de dilapidação do patrimônio dos acusados, o que não restou configurado no presente caso concreto, tornando o pedido de sequestro insusceptível de atendimento. 4. O sequestro dos bens dos acusados no processo penal não deve ser utilizado como forma de punição, pois o ordenamento jurídico veda o confisco de bens nesses casos, assegurando o direito individual de propriedade e a livre disposição

- de bens. 5. Recurso crime em sentido estrito conhecido como apelação criminal e improvido" (TRF 5ª Reg., SER 824, rel. Des. **Napoleão Maia Filho**, DJU 02.08.2006, p. 644).
- (8) TRF 4ª Reg., Ap nº 2007.70.00.008887-8/PR, 7ª T., rel. **Néti Cordeiro**, DJ 25.06.2009.

Rafael Junior Soares

Advogado criminal.

Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC/UFPR. Pós-Graduando em Direito Penal Econômico e Europeu pela Faculdade de Direito de Coimbra e pelo IBCCRIM.

ESCORÇO SOBRE A COLHEITA COMPULSÓRIA DE DNA DO ACUSADO

Thiago Ruiz

A prova realizada com base em mostras genéticas é sem dúvida revestida de importância no processo penal hodierno. O avanço tecnológico acarretou a relevância da prova genética, que cada vez mais exige aprofundada análise sob suas circunstâncias e implicações na *persecutio criminis*. Trata-se de prova pericial que, às vezes, constitui o único elemento probatório que pode seguramente relacionar o autor do delito ao fato imputado.

Um dos vieses de maior discussão a respeito da prova genética cinge-se na (im)possibilidade de determinação judicial para o acusado realizar o exame. Veja que não se trata de exame de material genético colhido no local do crime ou descartado, como os encontrados em bitucas de cigarros e guardanapos, mas de obtenção de material genético por meio de intervenção corporal.

Os posicionamentos são divididos quanto à necessidade ou não do consentimento do acusado. Por um lado, **Alejandro D. Carrió** ensina que o acusado poderá ser obrigado a conceder mostra genética extraída de seu corpo, uma vez que o imputado é objeto de prova, de modo que a sua negativa não pode obstar o direito do Estado investigar delitos realizados quando houver fundadas suspeitas, e a inspeção corporal puder ajudar a esclarecer o delito, o que justifica o vencimento de "cualquier negativa de éste a prestarse a la medida en cuestión."⁽¹⁾

Ainda, há quem defenda que é possível a extração compulsória de mostras biológicas do imputado desde que o exame não traga perigo a sua vida ou saúde. Nesta esteira, ensina **Carlos A. Carbone** que: "La extracción de sangre, de cabellos y/o vello pubiano, muestras epiteliales, es legítima en contra de la voluntad del sindicado si cumple los requisitos indispensables de razonabilidad, proporcionalidad, necesidad, utilidad y pertinencia y no viola su derecho a la intimidad, la integridad física ni tampoco su dignidad humana, ya que solo afecta en forma leve la integridad corporal y no si viola la prohibición de tratos inhumanos y degradantes cuando son realizados por personas habilitadas y con el límite de no poner en peligro la vida o la salud.

Tampoco es necesario su previo consentimiento para llevar a cabo la diligencia de extracción de muestra sanguínea."⁽²⁾

De outra banda, **Martín Huertas**⁽³⁾ admite que as intervenções corporais não podem ser impostas coercitivamente, nem por força física, nem utilizando outros meios de coação indireta, mas deve submeter-se tal circunstância ao crivo do ônus probatório, isto é, a negativa em colaborar com o exame deve ser considerada em desfavor do imputado. Sem embargo, tal magistério endossa a presunção. Ocorre que o campo da suposição é extremamente perigoso em sede de um processo penal que pretende ser democrático.

Por sua vez, **Karl Heinz Gössel**⁽⁴⁾ afirma que a determinação compulsória pode ocorrer no processo penal desde que respeitado o princípio da proporcionalidade e a esfera de intimidade da pessoa. Ademais, aduz que é necessário observar se se trata de mostras genéticas ou de análise do genoma, de modo que a análise do genoma, por possibilitar o acesso ao código genético da pessoa, não pode ser permitido, enquanto a análise de mostras genéticas é admissível, uma vez que a prova apenas será relativa à identidade da pessoa.

Em seu turno, **Maria Elizabeth Queijo**⁽⁵⁾ classifica o exame de DNA e as provas que implicam em intervenção corporal em invasivas ou não invasivas e afirma que as provas não invasivas são produzidas com respeito aos direitos fundamentais, contudo, conclui ser vedada a condução coercitiva do acusado para produzir prova contra si mesmo, de forma que a não exigência ao dever de colaborar, por se tratar de direito fundamental, apenas pode ser flexibilizada diante da ocorrência de delitos graves e para atender interesse público, sempre em consonância ao princípio da proporcionalidade, caso a própria Constituição limite o direito fundamental que assegura a não autoinculpação ou haja previsão legislativa para tanto, isto desde que diante de valores limitadores suficientemente importantes e através do crivo judicial previamente fundamentado em delitos graves, segundo a análise

de cada caso em concreto.

Por outro lado, **Aury Lopes Junior**⁽⁶⁾ assevera que, no processo penal contemporâneo, democrático, o imputado pode rechaçar o exame que corresponda à intervenção corporal, direito absoluto, que não deve ceder sequer em face ao princípio da proporcionalidade. Ainda lembra que a carga probatória incumbe a quem acusa, e o acusado não pode ser compelido a auxiliar a acusação a se livrar de um ônus que é seu.

A respeito da prova genética, a Argentina, há pouco (através da Lei 26.549, de 27 de novembro de 2009, que incluiu o art. 218 *bis* no Código Procesal Penal), disciplinou a obtenção de DNA do acusado na perseguição criminal. Segundo a normativa, o juiz poderá ordenar a obtenção de DNA do imputado ou de outra pessoa quando for necessário para a sua identificação ou para a constatação de circunstâncias de importância para a investigação, devendo a medida ser devidamente fundamentada, observada a sua necessidade, razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de nulidade. Para tanto, é permitida a mínima extração de mostras biológicas sem que provoque prejuízo à integridade física da pessoa que será submetida à medida, bem como sem que se afete seu pudor. Ainda, prevê a legislação que a autoridade judicial poderá ordenar a extração de DNA por outros meios que não a colheita de amostras corpóreas, como a busca de objetos que contenham células desprendidas do corpo.

Nesta toada, encontram-se dispositivos similares nos ordenamentos processuais estrangeiros, como o disposto no *Codice di Procedura Penale* italiano, em seus arts. 244 e seguintes. Na Alemanha, que disciplina a matéria no § 81 da StPO. No art. 171 do Código Processual Penal português. Contudo, nem todos são tão exaustivos como a norma processual argentina ao disciplinar a determinação do exame genético.

Por sua vez, a legislação brasileira é órfã de qualquer previsão legal a respeito da colheita de mostras corporais para exame de DNA no

processo penal, apenas registrando disposição geral acerca das provas periciais e o exame de corpo de delito.

Ainda, vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal,⁽⁷⁾ ao analisar o caso **Glória Trevi** – a cantora mexicana que foi submetida a processo de extradição, que, enquanto recolhida ao cárcere, engravidou e acusou policiais federais de estupro do qual seria vítima –, a Suprema Corte autorizou a realização de exame de DNA na placenta da cantora, colhida após o parto. Assim, entendeu a Excelsa Corte que, diante da honra e da imagem dos policiais e do interesse público, poderia ser franqueada a intimidade do nascituro e a preservada a identidade do pai. Entretanto, observa-se, no presente caso, que o exame de DNA foi realizado de modo não invasivo. Desta forma, resta indeterminado o posicionamento do STF a respeito da colheita compulsória de DNA

através de intervenção corporal no acusado.

Deveras, falta ao presente tema maior debate sobre os limites e a admissibilidade da prova genética no processo penal, quer pela importância das questões que suscita, quer pelos seus reflexos sociais. Sem olvidar que o acusado deve ser considerado como sujeito de direitos e não como objeto de provas. Nesta esteira, certo é que a determinação da colheita compulsória de material genético no corpo do acusado implica em ofensa a direitos fundamentais e a princípios constitucionais, o que implica na imposição de limites determinados à obtenção de informação genética, isto para que não sejam atropeladas garantias constitucionais nem seja reverenciado o arbítrio.

NOTAS

- (1) **CARRIÓ, Alejandro D.** *Garantías constitucionales en el proceso penal*. 5. ed. Buenos Aires: Hammu-

rabi, 2008, p. 527.

- (2) **CARBONE, Carlos A.** *La prueba penal ante la coerción del imputado*. Rosario: Nova Tesis, 2007, p. 107-108.
 (3) **HERTAS, Martín.** *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Barcelona: Bosch, 1999, p. 410-413.
 (4) **GÖSSEL, Karl Heinz.** *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho*. Santa Fe: Rubinzal-culzoni, 2007, p. 321.
 (5) **QUEIJO, Maria Elizabeth.** *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 317.
 (6) **LOPES JR., Aury.** *Direito processual penal*. v. 1. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 615-617.
 (7) Reclamação 2.040-1/DF, Rel. Min. **Néri da Silveira**, julgado em 21.02.2002, DJU 24.06.2003.

Thiago Ruiz

Advogado criminalista.

Professor de Processo Penal na Universidade Norte do Paraná. Mestrando pela Universidad del Museo Social Argentino.

O DIREITO DE FALAR POR ÚLTIMO

Helios Nogués Moyano e Douglas Lima Goulart

O princípio denominado *due process of law* (inc. LIV, art. 5º, CF/88) compreende espécie de garantia constitucional inominada,⁽¹⁾ a qual serve de fundamento para o aperfeiçoamento do processo penal por intermédio de construções doutrinárias e jurisprudenciais.

Trata-se de garantia pétreia,⁽²⁾ a qual apresenta duplo matiz. O primeiro, de ordem principiológica, compreende os vetores de otimização do processo conforme os seus fins. O segundo, mais básico, informa o respeito estrito às normas de direito positivo. É o mínimo processual exigível, retirado da ideia primária de processo como sucessão concatenada de atos previamente estabelecidos em lei.

Nessa concepção, poder-se-ia alocar, como ideia nuclear (devido processo penal positivo), o direito de última manifestação, inerente à defesa, decorrente do art. 403, § 3º, do Código de Processo Penal, uma vez que resta clara a ordem determinada pelo dispositivo:

“Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença.

[...]

§ 3º O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença.” (grifos nossos).

Contudo, temos notado a adoção, por parte de nossos juízos criminais, de procedimento absolutamente ilegítimo, no qual, convertidos os debates em memoriais, é concedida nova oportunidade de manifestação à acusação, quando a defesa alega matéria prejudicial

ao mérito. Segundo tal entendimento, nesta situação, a acusação fala por último.

Fundamenta-se tal diretiva na inexistência de regramento próprio à situação no ordenamento processual penal, haja vista que a ordem das falas, estabelecida pelo artigo suprarreferido, compreenderia norma procedimental, alheia à hipótese de arguição de matéria nova, característica de defesa processual. Desse modo, em homenagem ao princípio do contraditório, tem-se compreendido que a lacuna deve ser preenchida mediante aplicação supletiva e analógica do Código de Processo Civil, onde se prevê o retorno dos autos à parte contrária.

Data vênua, o argumento é insustentável, residindo grande parte do equívoco na pretensão de se estabelecer indevida (con)fusão entre a processualística civil e a penal.

Não se nega aqui, por óbvio, a existência de alto grau de comunicabilidade entre os Estatutos, mas daí a se pretender interdependência há um salto inadmissível, por ser tal ideia absolutamente contrária ao reconhecimento hodierno da maioria do processo penal. Este, é inegável, possui diretrizes próprias, distintas do processo civil.

Tal entendimento ganha força através da leitura constitucional do processo penal, o qual tem por norte a concretização da ampla defesa na especial circunstância de uma persecução criminal.

Por defesa, deve-se compreender antes um ato de resistência do que um confronto. Este é típico da esfera cível, sendo inviável na seara processual penal, face à desproporcionalidade de forças entre o indivíduo e o Estado. Ao acusado basta resistir, mesmo porque recebe a tutela do princípio do *favor rei*.

A participação das partes no processo penal é iniciada, portanto, com uma acusação, um

ato de afronta, devendo se encerrar, necessariamente, em um ato de resistência. Tal compreensão tem raízes profundas na história, podendo ser antevista em **Hobbes**, quando se referia à incolumidade do foro íntimo do cidadão frente ao Estado leviático:

“[...] se o soberano não pode intrrometer-se no foro interno, quando o fizer não resta outra alternativa senão reconhecer que nasce aí um direito de resistência do súdito.”⁽³⁾

Frente a essas premissas, observa-se que as alegações finais (ou memoriais escritos) compreendem o ápice da resistência, estando a sua razão de ser diretamente atrelada à ordem processual comum, a saber: primeiro a acusação, após, e sempre, a defesa.

Contudo, em uma das poucas vezes em que foi chamado a decidir sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal avalizou a inversão ora suscitada, sugerindo que, “quando a defesa argui questão preliminar nas alegações finais, é legítima a abertura de vista e manifestação do Ministério Público, ambos com respaldo legal na aplicação analógica do art. 327, primeira parte, do Código de Processo Civil, como previsto no art. 3º do Código de Processo Penal, pois em tal caso é de rigor que a outra parte se manifeste, em homenagem ao princípio do contraditório, cujo exercício não é monopólio da defesa.”⁽⁴⁾

A respeito do julgado, vale a transcrição do art. 327 do CPC:

“Art. 327. Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 301, o juiz mandará ouvir o autor no prazo de 10 (dez) dias, permitindo-lhe a produção de prova documental [...]” (grifo nosso).

Em divergência ao posicionamento firmado no Acórdão, temos o voto prolatado pelo Ministro **Marco Aurélio**, o qual sustenta a impropriedade da concessão de oportunidade de