



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

Eduarda Gabriela Alves

**ANÁLISE DA LEI Nº 12.654, DE 28 DE MAIO DE 2012 E DO DECRETO Nº 7.950, DE
12 DE MARÇO DE 2013 À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONALMENTE
GARANTIDOS**

Uberlândia

2018

Eduarda Gabriela Alves

**ANÁLISE DA LEI Nº 12.654, DE 28 DE MAIO DE 2012 E DO DECRETO Nº 7.950, DE
12 DE MARÇO DE 2013 À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONALMENTE
GARANTIDOS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito
Professor Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia,
como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Cândice Lisbôa Alves

Uberlândia

2018

Eduarda Gabriela Alves

**ANÁLISE DA LEI Nº 12.654, DE 28 DE MAIO DE 2012 E DO DECRETO Nº 7.950, DE
12 DE MARÇO DE 2013 À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONALMENTE
GARANTIDOS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito
Professor Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia,
como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Cândice Lisbôa Alves

Banca examinadora:

Professora Cândice Lisbôa Alves

Orientadora

Professora Tharuelssy Resende Henriques

Examinadora

Uberlândia, _____.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos meus pais, pelo amor incondicional, por todo o apoio que me foi dado ao longo de toda essa trajetória de estudos e pela motivação diária.

A minha orientadora, Professora Cândice Lisbôa Alves, pela paciência, carinho e atenção, mostrando-se sempre disposta e solícita desde o início deste trabalho.

Por fim, ao povo brasileiro, em gratidão ao múnus mantenedor desta instituição, que me proporcionou a oportunidade de estudar nesta academia.

“De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto.”

Rui Barbosa

RESUMO

Em linhas gerais, o presente trabalho objetiva uma análise da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012 e do Decreto nº 7.950, de 12 de Março de 2013 diante dos princípios e garantias constitucionais violados com a criação do Banco de Dados para armazenamento de perfis genéticos para fins penais, analisando, através do raciocínio lógico dedutivo, até que ponto as garantias individuais podem ser limitadas em nome da exigência da eficácia da justiça penal, garantia do Estado Democrático de Direito, sem transpor a barreira da constitucionalidade.

Palavras-chave: DNA. Identificação Criminal. Prova. Princípios e Garantias Constitucionais. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

In general terms, the present work aims at an analysis of Law n° 12.654 of May 28, 2012 and Decree n°. 7.950 of March 12, 2013, in face of constitutional principles and guarantees violated with the creation of the Database for the storage of profiles to the extent that individual guarantees may be limited in the name of the requirement of the effectiveness of criminal justice, guaranteed by the Democratic Rule of Law, without overcoming the constitutionality barrier.

Keywords: DNA. Criminal Identification. Proof. Constitutional Principles and Guarantees. Unconstitutionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	10
2.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	11
2.2 Integridade Física e Moral.....	11
2.3 <i>Nemo tenetur se detegere</i>	12
2.4 Presunção de Inocência.....	13
2.5 Princípio da Proporcionalidade.....	13
3 COLETA DE PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL	15
3.1 Considerações Preliminares.....	15
3.2 A Identificação Criminal do Civilmente Identificado.....	16
3.3 As Alterações trazidas pela Lei nº 12.654/2012.....	18
3.3.1 Armazenamento do Perfil Genético do Investigado.....	19
3.3.2 Armazenamento do Perfil Genético do Condenado.....	21
4 CRIAÇÃO DE BANCO DE DADOS PARA ARMAZENAMENTO DE PERFIS GENÉTICOS.....	24
4.1 Síntese Histórica.....	24
4.2 Decreto nº 7.950 de 12 de março de 2013.....	27
4.3 O uso do material genético como prova no Processo Penal.....	29
5 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 973.837.....	31
5.1 Audiência Pública.....	33
5.1.1 Técnicos Internacionais.....	33
5.1.2 Especialistas Brasileiros.....	36
5.1.3 Amicus Curiae.....	37
5.2 Parecer da Procuradoria Geral da República.....	41
6 VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS DA MEDIDA.....	42
6.1 Da Dignidade da Pessoa Humana.....	42
6.2 Da Integridade Física, Psíquica e Moral.....	43
6.3 Da não-autoincriminação.....	43
6.4 Da presunção de inocência.....	46
CONCLUSÃO.....	48
BIBLIOGRAFIA.....	50

1 INTRODUÇÃO

Para que exista uma persecução penal é necessário verificar no caso em deslinde a prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria, de modo que, só haverá condenação penal quando restar incontroverso a identidade do agente causador do delito, uma vez que, a correta identificação do investigado é essencial para a justa aplicação do Direito Penal, a fim de que o Estado possa punir o verdadeiro autor do delito, não incorrendo em nenhuma injustiça ao punir pessoa inocente.

Através da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, e do Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013, o Brasil integrou a lista de países que utilizam Banco de Dados de Perfis Genéticos para fins penais, trazendo alterações tanto na Lei de Identificação Criminal (Lei nº 12.037/2009) quanto na Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984). No que concerne à primeira, incluiu na fase de investigação policial, a possibilidade de coleta de material biológico do indivíduo investigado, condicionado a autorização da autoridade judiciária competente. No tocante à segunda, determinou a obrigatoriedade do fornecimento de material biológico pelos condenados por crime doloso com violência de natureza grave contra pessoa e crimes previstos como hediondos.

Diante das inovações trazidas pelos diplomas legais e, confrontando-se as disposições normativas com diversos princípios constitucionais norteadores do Processo Penal, o tema chegou à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário nº 973.837, ainda em trâmite, com sua repercussão geral reconhecida, suspendendo o exame dos casos análogos nas demais instâncias até o final do julgamento do tema pelo Egrégio Tribunal.

Ante o ora exposto, o presente trabalho visa uma análise da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, e do Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013, à luz dos diversos princípios e garantias constitucionais, analisando a constitucionalidade dos diplomas normativos diante do limite da supressão estatal de direitos individuais fundamentais da pessoa humana em confronto com a verdade real e o bom andamento do processo. Portanto, primeiramente será feita uma análise dos mandamentos otimizadores do processo penal, passando à análise da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, que inclui a coleta de material genético como forma de identificação criminal, e do Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013, que regula a implementação do Banco de Dados de perfis genéticos para fins penais.

Posteriormente será estudado o Recurso Extraordinário nº 973.837, expondo os argumentos apresentados durante a Audiência Pública realizada nos dias 25 e 26 de abril do ano de 2017, visando auxiliar a Corte com opiniões técnicas de especialistas, na tomada da decisão sobre a constitucionalidade ou não da matéria. Por fim, o tema será confrontado com os princípios constitucionais analisados *a priori*, chegando a conclusões importantes sobre o tema.

O método de pesquisa que será utilizado para elaboração do presente trabalho é a de pesquisas bibliográficas, recuperando o conhecimento científico acumulado sobre o tema, através da utilização de obras e estudos críticos pertencentes à Criminologia e Política Criminal, Direito Constitucional, e Garantias Fundamentais do Acusado.

Nesse sentido, o trabalho se baseará na análise exploratória, caracterizando e classificando a problemática ora analisada, por meio do raciocínio lógico dedutivo, examinando parâmetros gerais do Direito e os dados e informações coletados e sistematizados segundo os objetivos alvitados, com o intuito de se alcançar propósitos e conclusões específicas sobre o objeto de estudo.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Os princípios são os mandamentos de otimização de um sistema, constituindo seu alicerce e o fundamento de uma norma jurídica, servindo para além de serem a origem, a base de sustentação da norma, através de conceitos genéricos capazes de se extrair concepções e intenções para a criação de outras normas, ou encontrar a sua sustentação em caso de lacunas na sua aplicação. Segundo Miguel Reale:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.¹

A partir disso, extrai-se que os princípios são os norteadores de todo o sistema jurídico, influenciando o legislador no momento de produção de uma norma, bem como ao intérprete que, ao se debruçar-se sobre determinada previsão normativa, deve interpretá-la de maneira compatível aos princípios que regem determinado sistema jurídico. Neste mesmo sentido, posiciona-se Bastos:

Os princípios constituem ideias gerais e abstratas, que expressam em menor ou maior escala todas as normas que compõem a seara do direito. Poderíamos mesmo dizer que cada área do direito não é senão a concretização de certo número de princípios, que constituem o seu núcleo central. Eles possuem uma força que permeia todo o campo sob seu alcance. Daí por que todas as normas que compõem o direito constitucional devem ser estudadas, interpretadas, compreendidas à luz desses princípios. Quanto os princípios consagrados constitucionalmente, servem, a um só tempo, como objeto da interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa, como guias a nortear a opção de interpretação.²

Em um Estado Democrático de Direito, necessita-se que todo o seu ordenamento jurídico tenha como fundamentos basilares os conceitos extraídos do princípio da legalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que, qualquer forma de expressão estatal só poderá ser considerada legítima se forem empregados com o intuito de se concretizar, na maior medida possível, os direitos fundamentais expressos na Magna Carta.

Deste modo, a Constituição Federal através de seus princípios constitucionais abrangidos na perspectiva de controle e validade do ordenamento jurídico, limita o poder

¹ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 37.

² BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 57.

punitivo do Estado, posto que, a Carta Maior deve ser o ponto de partida para interpretação de qualquer norma jurídica, atuando no momento da aplicação em demandas civis, penais e processuais. Muitos são os princípios processuais penais que encontram seu embasamento na Constituição Federal e, serão abordados a seguir os considerados mais importantes para os objetivos alvitrados pelo presente trabalho.

2.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é a norma motriz de todos os Estados Democráticos de Direito, atuando como o princípio basilar que enseja a construção de todos os outros direitos fundamentais, sendo que no âmbito brasileiro é considerado como um dos objetivos da República, conforme dispõe o art. 1º, III da Constituição Federal:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III – a dignidade da pessoa humana.

A dignidade humana é considerada um valor inerente à pessoa, de tal sorte que todo o ser humano é dotado deste preceito e, em virtude de ser o princípio máximo de um estado democrático de direito, é o elemento referencial para a interpretação e aplicação das normas jurídicas. Desse modo, o ser humano é considerado um fim em si mesmo e a função do Estado é assegurar sua dignidade, autonomia, liberdade e bem-estar.

Nessa perspectiva, verifica-se que a dignidade da pessoa humana se encontra intrínseca na concepção de pessoa, e o Estado é o instrumento capaz de concretizar o bem-estar social, de tal sorte que o ser humano não pode ser tratado como simples objeto.

2.2 Integridade Física e Moral

A integridade pessoal pode ser considerada um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, subdividindo-se em duas espécies: a integridade física e a integridade moral. Portanto, existirá uma lesão à integridade pessoal de determinado indivíduo sempre que houver qualquer dano fisiológico ou mental acarretando uma perturbação no equilíbrio funcional do organismo.

Neste sentido, a violação à integridade de alguém não se limita a sua inteireza física, ou ao uso da força, sendo que, qualquer intervenção corpórea sem o manifesto consentimento do indivíduo, viola não só sua estrutura física como também configura manifesta coerção psíquica.

2.3 *Nemo tenetur se detegere*

A expressão em latim *nemo tenetur se detegere* vislumbra-se no princípio da não autoincriminação, significando que ninguém poderá ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, de modo que, não poderá ser coagido, por nenhuma autoridade, a fornecer contra sua vontade qualquer tipo de informação, material ou prova que possa lhe ser desfavorável.

A referida premissa pode ser verificada em diversos dispositivos legais, tanto na Lei Maior, quanto em Tratados nacionalmente ratificados. Na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, sua previsão consta no artigo 5º, inciso LXIII³, por sua vez, nos Tratados Internacionais, sua positivação verifica-se no artigo 14, 3, “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁴ e no artigo 8º, 2, “g”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵, sendo o Brasil signatário de ambos os Tratados.

Todos os dispositivos acima, versam no sentido de que toda a pessoa acusada de algum delito possui o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem se confessar culpada, devendo ser respeitado não só direito de silêncio como também o de não agir contra os seus interesses processuais, abstendo-se de comportamentos e circunstâncias possivelmente autoincriminatórias. Neste sentido:

O princípio do *nemotenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.⁶

³ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

⁴ (...) 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

⁵ (...) 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e sua decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82

Este princípio é essencial para a manutenção do Estado Democrático e, por esta razão, se a Constituição Federal e os Tratados ratificados pelo país, asseguram ao acusado ou condenado, o direito de não produzir provas contra si mesmo, do exercício desse direito não pode advir nenhuma consequência que lhes seja prejudicial.

2.4 Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência também se encontra positivado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

O referido princípio garante ao acusado que, diante do cometimento de um ilícito, para que lhe seja imposta alguma sanção, o Estado deverá instaurar um processo garantindo ao suposto autor do ilícito todas as garantias constitucionais para que se defenda dos fatos que lhe são imputados e, enquanto não houver sentença transitada em julgado, provando a culpabilidade do autor, este será presumido inocente. Portanto, o acusado permanecerá em status de inocência até que seja declarado culpado através de sentença já transitada em julgado, de tal sorte que, durante todo o curso do processo, vigorará a presunção da inocência.

Portanto, o sujeito não poderá ser considerado culpado pelo delito ao qual é investigado, uma vez que, não houve condenação criminal transitada em julgado, de tal sorte que não poderá ser submetido a qualquer medida que possa implicar em sua incriminação.

2.5 Princípio da Proporcionalidade

A Constituição Federal de 1988, trouxe diversos direitos fundamentais, bem como os mecanismos de sua proteção, com fulcro de garantir a máxima eficácia e otimização dos direitos previstos, estabelecendo uma série de direitos essenciais à manutenção da dignidade da pessoa humana, das liberdades, das garantias, dentre outros pressupostos, erigidos à condição de direitos fundamentais.

Neste contexto de Estado Democrático de Direito, visando garantir a eficácia das garantias fundamentais enunciadas no texto da constituição, surge o princípio da

proporcionalidade, implicitamente contido no texto constitucional, que tem por finalidade precípua equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade, de modo que, a atuação jurídica, deve ser no sentido de preservar os direitos fundamentais contidos na Magna Carta, de forma que eles não sejam diminuídos senão à frente da necessidade de garantir-se a proteção de outros direitos, igualmente relevantes e, somente se, e na medida em que, essa diminuição demonstrar-se necessária.

Doutrinariamente, divide-se o princípio da proporcionalidade, em três subprincípios, quais sejam:

- (i) Princípio da adequação que, pressupõe a análise de que os meios usados são hábeis para alcançar os fins buscados, ou seja, deve existir uma ponderação entre a medida adotada e o fim almejado, de modo que se mostre adequado os meios utilizados ao objetivo aspirado;
- (ii) Princípio da necessidade que, pressupõem a existência de um bem juridicamente protegido e, a existência de uma circunstância que provoque a necessidade de intervir nessa proteção, de modo que, a escolha da medida restritiva a esse direito, deva ser indispensável a sua própria preservação ou a de outro direito em igual ou superior relevância, isto é, somente será considerada necessária, quando o objetivo alvitado não puder ser alcançado, com a mesma intensidade, com a adoção de intervenção diversa, que atinja em menor potencial o direito fundamental em espeque. Portanto, o meio de intervenção escolhido, deve ser aquele que cause menos sacrifícios ou limitações aos direitos fundamentais do indivíduo;
- (iii) Princípio da proporcionalidade stricto sensu, segundo a teoria adotada por Robert Alexy, seria o corresponde ao postulado da ponderação, de modo que, nenhuma garantia constitucional goza de valor supremo e absoluto, de modo a extinguir outra garantia de valor e grau equivalente. Assim considerando, o referido princípio traz um sistema de valoração, uma vez que, ao se garantir um direito, muitas vezes faz-se necessário restringir-se outros, sopesando-se as perdas e ganhos envolvidos, impondo-se que a medida adotada traga vantagens

que superem quaisquer desvantagens, limitando as restrições e suspensões de direitos fundamentais, de modo que traduza-se em proibição de excessos.

Assim considerando, este princípio de traduz na necessidade de compatibilizar os fins públicos pretendidos, com os meios utilizados para atingir seus objetivos, diante das garantias individuais de cada cidadão, impedindo que o poder público atue com excessos ou valendo-se de medidas inúteis, desproporcionais e desvantajosas, atrelando a atuação estatal, à proteção dos direitos do cidadão impedindo o arbítrio do Poder do Estado.

3 COLETA DE PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

3.1 Considerações Preliminares

Através dos avanços da ciência e da tecnologia, especialmente através da engenharia genética, foram propagados vários avanços na vida humana incluindo, mas não se limitando, a cura de doenças, identificação de cadáveres ou de pessoas desaparecidas e a reprodução assistida. Neste diapasão, a criação de Bancos de Dados para armazenamento genético com finalidades de persecução penal, vem ganhando espaço em diversos países, tendo por recurso à utilização do Ácido Desoxirribonucleico (DNA), travando significativas discussões jurídico-constitucionais a esse respeito.

No Brasil, a implementação do Banco de Dados genético com fins criminais, consolidou-se com a promulgação da Lei nº 12.654/2012 e do Decreto nº 7.950/2013 que, em linhas gerais, permite o armazenamento de material genético não codificante, isto é, possibilita a identificação do indivíduo mas, supostamente, sem informações pessoais que o caracteriza.

Com efeito, esses novos diplomas legais inovaram no plano jurídico nacional por permitir, pela primeira vez, a coleta de material biológico para a obtenção de perfil genético como forma de identificação criminal, além de trazer as diretrizes para a criação do banco de dados de perfis genéticos, conforme se verá a seguir.

3.2 A Identificação Criminal do Civilmente Identificado

Entende-se por identificação o ato de determinar a identidade de algo ou alguém, isto é, individualizar e dotar de exclusividade aquilo que se pretende identificar. No âmbito jurídico, em matéria criminal, a ato de individualizar determinada pessoa mostra-se necessário para apontar o autor, certo e determinado, sem qualquer duplicidade, da infração penal. Em uma concepção mais completa:

A identificação criminal auxilia a aplicação do Direito Processual Penal, pois, por meio dela, é feito o registro dos dados identificadores da pessoa que supostamente praticou o crime em apuração, possibilitando o conhecimento ou a confirmação de sua identidade, permitindo que seja imposto àquele sujeito, e a mais ninguém além dele, as sanções decorrentes do crime praticado. Ao mesmo tempo, a identificação servirá como meio de prova colocado à disposição das pessoas inocentes que possam demonstrar que não são as verdadeiras autoras das infrações penais, quando houver equívoco de identidade⁷.

A Constituição Federal, somente permite a identificação criminal daquele que já foi civilmente identificado nas hipóteses previstas em lei, nos exatos termos do artigo 5º, inciso LVIII, trazendo a seguinte redação: “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”. Portanto, a identificação civil é a regra, somente procedendo a identificação criminal em algumas exceções taxativamente previstas em lei.

Atualmente, a ressalva constante na Carta Magna encontra-se disciplinada na Lei n.º 12.037, de 1º de outubro de 2009 que, em sua redação original, trouxe tão somente a possibilidade de identificação criminal do civilmente identificado, por meio do processo datiloscópico e fotográfico, desde que presente uma das seguintes hipóteses, previstas no art. 3º do referido diploma legal:

Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

- I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;
- II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;
- III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;
- IV – a identificação criminal 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;
- V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

⁷ SOBRINHO, Mário Sérgio. A identificação criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2003, p. 23

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Portanto, desde que o civilmente identificado enquadre-se em umas das hipóteses redigidas acima, será permitido a sua identificação criminal, nos termos originais do art. 5º da Lei nº 12.037/09⁸, através dos processos datiloscópico, que consiste na análise das cristas papilares dos dedos das mãos, e fotográfico. O método datiloscópico é o considerado mais seguro pois a digital de um indivíduo é um atributo exclusivo, de modo que, nenhum outro alguém terá as impressões digitais idênticas a de outrem, que serão diferentes em cada um dos dedos das mãos de um mesmo sujeito. Neste sentido, posiciona-se Nucci:

No campo criminal, individualiza-se a pessoa para apontar o autor, certo e determinado, sem qualquer duplicidade, da infração penal. Almeja-se a segurança jurídica de não cometer erro judiciário, processando, condenando e punindo o inocente, no lugar do culpado. Há vários elementos e instrumentos para se realizar uma identificação, envolvendo caracteres humanos, tais como a cor dos olhos, do cabelo, da pele, bem como a altura, sexo, idade, dentre outros. Esses atributos, entretanto, permitem duplicidade, pois não são exclusivos. Por isso, a forma mais antiga – e ainda eficiente – de tornar segura a identificação concentra-se na datiloscopia (utilização das impressões digitais). Além disso, com a evolução tecnológica, outros poderão ser eleitos como os mais adequados critérios exclusivos da pessoa humana, tal como a leitura de íris. De todo modo, por ora, faz-se a colheita das impressões digitais, associadas à fotografia.⁹

Por outro lado, diante da mutabilidade da fisionomia de uma pessoa com o passar do tempo, a identificação fotográfica somente deve ser usada como método auxiliar de identificação, não sendo possível que a autoridade policial a utilize de maneira exclusiva dispensando a identificação datiloscópica.

Por fim, com a promulgação da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, acrescentou-se o parágrafo único ao art. 5º da Lei nº 12.037/09¹⁰, introduzindo a possibilidade de coleta de material biológico para a obtenção de perfil genético como forma de identificação criminal do civilmente identificado, quando a identificação criminal for essencial às investigações policiais, nos exatos termos do artigo 3º, inciso IV da Lei n.º 12.037/2009.

⁸ Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. Vol. 2. 6ª ed. ver. atual. e ref.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 691.

¹⁰ Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

Parágrafo único: Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético

3.3 As Alterações trazidas pela Lei nº 12.654/2012

Conforme dito anteriormente, a Lei nº 12.654/2012, trouxe inovações no sentido de acrescentar às espécies de identificação criminal do civilmente identificado, a colheita de amostra de DNA para obtenção de perfil genético, isto é, a parte não codificante do material.

Em linhas gerais, os dados codificantes são aqueles que revelam características físicas e comportamentais do indivíduo, bem como predisposições a doenças. O que é armazenado no banco de dados, trata-se do perfil genético do DNA, isto é, a parte não codificante, que não está associada a nenhuma característica física ou de saúde, tratando-se de pequenas sequências de DNA, que se repetem inúmeras vezes e, a quantidade de repetições da sequência é variável de um indivíduo para o outro, com exceção dos gêmeos idênticos, tornando possível sua individualização sem qualquer dado somático ou comportamental que o caracteriza, identificando-o somente quanto ao gênero.

A *novatio legis* permitiu a colheita deste material em dois momentos distintos: (i) na fase investigatória e (ii) na execução da pena, possuindo finalidades distintas a depender do momento em que for realizada. Neste sentido:

A nova legislação prevê duas espécies bem distintas de identificação criminal por perfil genético. A primeira, com finalidades exclusivamente probatórias, vinculadas à necessidade – indispensabilidade – para a investigação (e, assim, para eventual e futuro processo). Nesse caso, estabelece que a identificação por perfil genético estará submetida à autorização judicial e demonstração da necessidade da medida, quando já civilmente identificado o investigado (art. 3º, inciso IV, c/c artigo 5º, parágrafo único da Lei nº 12.037/2009, com redação dada pela Lei nº 12.654/2012). (...). E a segunda modalidade de (identificação criminal), diz respeito à obrigatoriedade da coleta de material genético para cadastro geral de condenados em crime praticado com violência grave contra pessoa ou por quaisquer crimes previstos no art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), consoante se vê da norma contida art. 9º-A da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), introduzido pela referida Lei nº 12.654/2012.¹¹

A finalidade da coleta de material biológico tratando-se do investigado, destina-se a servir de prova para um caso concreto e determinado, por sua vez, tratando-se dos condenados quando, por óbvio, já foi comprovado a autoria do delito, a coleta destina-se a alimentar o banco de dados de perfis genéticos servindo como apuração dos crimes que venham a ser praticados e cuja autoria seja desconhecida, visando confrontar os vestígios encontrados na cena de um novo crime, com os dados genéticos armazenados no sistema.

¹¹ PACHELLI, Eugênio. Curso de processo penal: 17ed. rev., ampl., São Paulo: Atlas S.A., 2013 - p. 396

O início da problemática da novidade trazida pela Lei, começa com o fornecimento do material genético (DNA) com fulcro distinto ao da mera identificação criminal do sujeito, atuando efetivamente como meio de prova de uma persecução penal, haja vista que, considerando a exclusividade da digital de determinada pessoa, a simples colheita datiloscópica bastaria para individualizar o indivíduo. Nesse sentido:

A identificação criminal do civilmente identificado só deve ocorrer em face das exceções abertas pela Lei 12.037, ou seja, para afastar incertezas diante dos documentos. Pode-se então, recorrer também ao processo datiloscópico e ao fotográfico, conforme a mesma lei e, atualmente, à coleta de ADN. Ocorre, todavia que o suspeito ou o indiciado já estariam, por ocasião do recurso à nova técnica, suficientemente identificados, como pessoas, com os dados colhidos uma vez que a impressão digital é única e mantém-se inalterada durante toda a vida. Sua capacidade de singularizar uma pessoa é tão precisa que, mesmo nos gêmeos, tem características diversas. A coleta de ADN tem, portanto, outra inequívoca finalidade, a de servir de meio de prova, que se dissimula, fazendo-se crer que se trata de mais uma informação para a identificação.¹²

Portanto, enquanto a identificação datiloscópica e fotográfica são consideradas medidas que visam a individualização do indiciado, a identificação genética é medida investigatória, destinada a coletar prova propondo-se a apurar a autoria de determinado delito.

3.3.1 Armazenamento do Perfil Genético do Investigado

Na fase investigatória, o artigo 1º da Lei 12.654/2012, alterou o artigo 5º da Lei nº 12.037/2009, acrescentando a possibilidade de identificação criminal através da coleta de material biológico para obtenção do perfil genético, passando a ter a seguinte redação:

Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

Diante dessa previsão, poderá haver a identificação criminal através do material genético do civilmente identificado, desde que seja 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.

¹² MINAHIM, Maria Auxiliadora. Lei 12654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova? Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12654-identificacao-genetica-ouobtencao-constrangida-de-prova/8838>>. Acesso em 28.09.2018.

Assim, quando o indivíduo ainda figura como investigado, a lei dispõe dois requisitos para realização da coleta, quais sejam: (i) a necessidade para a investigação e; (ii) autorização judicial. Inicia-se a problemática na expressão genérica “essencial às investigações policiais”, sendo um conceito subjetivo, sem sequer definir em que tipos de crimes sua aplicação mostrasse possível. Outro problema é verificado na autorização da atuação de ofício pelo juiz, confrontando os princípios basilares do sistema acusatório e a imparcialidade que permeiam uma persecução penal.

Ao deixar uma lacuna por não definir um rol de crimes nos quais a extração do material genético poderá ser feita nessa fase do processo, abre-se a possibilidade da banalização da medida, podendo ser utilizada em qualquer delito, ainda que de menor gravidade, desde que necessário para comprovação da autoria. Portanto, a autoridade judiciária ao autorizar a extração do material genético do ainda suspeito, deve agir com cautela, observando a proporcionalidade, necessidade e adequação da medida.

Ademais, a legislação não disciplinou se a coleta poderá ser realizada de forma coercitiva diante da recusa de fornece-lo voluntariamente. Outra lacuna deixada pela lei, diz respeito ao tempo em que o perfil genético do investigado ficará armazenado no Banco de Dados nos casos em que não lhe restar verificado como autor do delito, uma vez que o artigo Art. 7º-A, disciplina que: “A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.”

Visando preencher a lacuna deixada, entende-se aplicável, por analogia, o disposto no artigo 7º da Lei nº 12.037/09:

Art. 7º No caso de não oferecimento da denúncia ou sua rejeição ou absolvição, é facultado ao indiciado ou ao réu, após o arquivamento definitivo do inquérito ou trânsito em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil.

Verifica-se pois, que a Lei não encarregou-se de disciplinar pormenorizadamente as hipóteses em que tal extração será cabível na fase de investigação criminal, ficando ao arbítrio do juiz determinar, diante do caso concreto, se trata-se de uma medida excepcional às investigações, podendo ser utilizada em qualquer delito, ainda que de menor gravidade, desde que haja autorização judicial, fazendo com que o juiz atue ativamente em uma fase do processo

penal em que sua intervenção não deveria ser aceitável, por violar o sistema acusatório em que o magistrado se mantém como um terceiro imparcial, alheio ao labor de investigação.

3.3.2 Armazenamento do Perfil Genético do Condenado

Além das inovações concernentes à Lei de Identificação Criminal (Lei nº 12.037/2009), a *novatio legis* também trouxe novidades no âmbito da Execução Penal, acrescentando à Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, o artigo 9º-A que estabelece a obrigatoriedade da coleta de material genético daquele que já foi condenado por crimes contra a pessoa, praticados dolosamente e com violência de natureza grave e, daqueles que foram condenados por algum dos crimes enquadrados no rol de crimes hediondos, *ipsis litteris*:

Art. 9º-A Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, **obrigatoriamente**, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

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

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético. (grifo nosso).

Analisando a letra da lei, faz-se necessário algumas considerações quanto as expressões utilizadas. No que concerne à “violência de natureza grave contra a pessoa”, a lei utiliza um termo genérico e abrangente, não correlacionado com nenhum tipo penal positivado no Código Penal brasileiro, portanto especifica-se os tipos penais passíveis de enquadramento no texto, abrindo margens para diversas interpretações como, por exemplo, o crime de roubo em sua forma pura e simples, isto é, praticado com violência bastaria para ensejar a obrigatoriedade da coleta, ou necessitaria da qualificadora lesão grave ou morte, para enquadrar-se na expressão “violência de natureza grave”?

Ademais, ao estabelecer que a extração do DNA deve ocorrer nos casos de condenação por crimes hediondos, ou seja, aqueles previstos no art. 1º da Lei nº 8.072/1990¹³, deverá ser

¹³Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII);

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;

feita uma interpretação restritiva, de modo a não estende-la àqueles equiparados a hediondos, exceto se enquadrarem na hipótese descrita acima, em que é considerado crime contra a pessoa, praticados dolosamente, com emprego de violência de natureza grave.

Por conseguinte, limitou-se a dizer que a técnica de extração deverá ser adequada e indolor, não regulamentando de maneira precisa a técnica que deverá ser utilizada. O preenchimento desta lacuna, deu-se pela Resolução nº 3, de 26 de março de 2014, publicada pelo Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, posteriormente revogada pela Resolução nº 9, de 13 de abril de 2018, que regulamentou em seu artigo 2º, que o método a ser usado será o da coleta de células da mucosa oral, não devendo ser utilizado a coleta de sangue, senão veja-se:

Art. 2º - A coleta obrigatória de material biológico deve ser realizada com técnica adequada e indolor.

§ 1º - A metodologia a ser utilizada deverá ser a descrita no Procedimento Operacional Padrão, de coleta de células da mucosa oral, da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério Extraordinário da Segurança Pública, podendo o órgão estadual competente desenvolver Procedimento Operacional Padrão próprio, mais específico, desde que siga as diretrizes gerais previstas no procedimento da Secretaria Nacional de Segurança Pública.

§ 2º - As técnicas de coleta de sangue não devem ser utilizadas.

Consoante a obrigatoriedade, a mesma Resolução encarregou-se de estabelecer algumas exigências para que a coleta obrigatória seja realizada e, após coletada, para que a amostra possa ser analisada e ter seu perfil genético inserido no banco de dados é necessário o envio de cópia dos documentos que fundamentaram a coleta ao órgão gerenciador de banco de dados de perfil genético respectivo, *ipsis litteris*:

Art. 4º - No caso de condenados no rol dos crimes previstos no art. 9ºA da Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984, exigir-se-á para a realização da coleta obrigatória do material biológico:

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine);

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º);

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).

VII-A – (VETADO)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º).

Parágrafo único. Consideram-se também hediondos o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, todos tentados ou consumados.

- I - guia de recolhimento do condenado¹⁴ ou documento equivalente que atenda às exigências do art. 106 da Lei nº 7.210/84;
- II - sentença condenatória; ou
- III - manifestação expressa do Poder Judiciário determinando a coleta de material biológico para fins de inserção no banco de perfis genéticos.

Também é previsto pela Resolução, em seus artigos 7^o¹⁵ e 8^o¹⁶ que, a pessoa à ser submetida à coleta, deverá ser informada sobre sua fundamentação legal, na presença de pelo menos uma testemunha, além do responsável pela coleta e, em caso de recusa, o fato deverá ser constado em documento próprio, assinado pela testemunha e pelo responsável pela coleta e posteriormente comunicado o fato à autoridade judiciária competente, para que esta decida sobre a submissão do acusado à coleta compulsória ou a outras providências que entender cabíveis.

Após breve interpretação gramatical do dispositivo legal, frisa-se destacar o objetivo da extração do material genético na fase de execução penal que, neste caso será armazenado para ser utilizado como prova em relação a fatos futuros, sendo a intervenção corporal obrigatória e sem a necessidade de autorização judicial. Sobre esse fenômeno, manifesta-se o autor Aury Lopes Júnior:

O condenado por crime hediondo ou por crime doloso cometido com violência de natureza grave contra pessoa será obrigatoriamente submetido à extração do material genético, para alimentar o banco de dados genéticos. Neste caso, a matéria irá para o banco de dados, visando ser usado como prova em relação a fatos futuros. Aqui a intervenção corporal é obrigatória e não exige autorização judicial para a obtenção (apenas para o posterior acesso ao banco de dados). A única restrição legal diz respeito à natureza do crime objeto da condenação. Infelizmente, parece que o legislador partiu de uma absurda presunção de “periculosidade” de todos os autores de determinados tipos penais abstratos. Trata-se de inequívoca discriminação e estigmatização desses condenados. Optou o legislador por (re)estigmatizar os crimes hediondos e o chamado agora crime doloso cometido com violência de natureza grave contra pessoa.¹⁷

Assim considerando, o material genético colhido e armazenado no sistema gerenciador do Banco de Dados poderá ser acessado por autoridade policial, desde que mediante prévia autorização judicial. Portanto, embora a lei não exija a autorização para sua coleta, esta deverá

¹⁴ Trata-se da guia de recolhimento para a execução, ordenada pelo Juiz, em casos de trânsito em julgado da sentença que aplicar pena privativa de liberdade, em casos do réu estiver ou vier a ser preso.

¹⁵ Art. 7^o - Antes da realização da coleta de material biológico, a pessoa submetida ao procedimento deverá ser informada sobre sua fundamentação legal, na presença de pelo menos uma testemunha, além do responsável pela coleta.

¹⁶ Art. 8^o - Em caso de recusa, o fato será consignado em documento próprio, assinado pela testemunha e pelo responsável pela coleta.

Parágrafo único - O responsável pela coleta comunicará a recusa à autoridade judiciária competente, solicitando que decida sobre a submissão do acusado à coleta compulsória ou a outras providências que entender cabíveis, a fim de atender à obrigatoriedade prevista na Lei 12.654/2012.

¹⁷ LOPES Jr., Aury. Direito processual penal: 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p - 624

estar presente para acesso aos dados gravados no referido banco de dados, de modo que, para que a autoridade policial possa ter acesso aos dados genéticos de determinado acusado, suspeito de novo crime, deverá formular pedido fundamentado e demonstrar a imprescindibilidade desse tipo de prova à autoridade judiciária competente.

Verifica-se que, nessa hipótese de coleta do perfil genético do condenado, sua finalidade não é servir para ajudar no deslinde de uma investigação criminal em curso, tão pouco esclarecer a identidade civil do agente, tendo como fim principal abastecer banco de dados sigiloso para que, diante de um novo delito, possa ser realizada pesquisas com o material genético recolhido dos infratores com os encontrados na cena do crime, visando diminuir o número de delitos de autoria desconhecida.

4 CRIAÇÃO DE BANCO DE DADOS PARA ARMAZENAMENTO DE PERFIS GENÉTICOS

4.1 Síntese Histórica

Embora a regulamentação da coleta de material biológico para a obtenção de perfil genético como forma de identificação criminal do civilmente identificado seja relativamente nova, a utilização do DNA na perícia forense brasileira, é utilizada desde 1994 com a implantação da Divisão de Pesquisa de DNA Forense (DPDNA), órgão vinculado à Polícia Civil do Distrito Federal, com funcionários capacitados através de cursos ministrados pelo FBI, nos Estados Unidos.

Nessa época, os recursos estruturais e profissionais da perícia criminal brasileira, eram escassos, de tal modo que, a utilização do DNA concentrava-se em grande parte apenas na identificação de vítimas do regime militar, ações de investigação de paternidade e, eventualmente, na investigação de homicídios.

Com a criação de novos laboratórios em outros estados do país, assolou a necessidade de ampliar as possibilidades de utilização do DNA nas investigações criminais, bem como regulamentar o funcionamento dos bancos já existentes. Assim considerando, no ano de 2003 foram criados dois projetos de lei, com esse propósito:

(i) O Projeto de Lei nº 403/2003, proposto pelo deputado Wasny de Roure, que propunha a alteração do artigo 1º da Lei nº 10.054, de 7 de dezembro de 2000¹⁸, disciplinando o seguinte:

Art. 1º O preso em flagrante delito, o indiciado em inquérito policial, aquele que pratica infração penal de menor gravidade (art. 61, caput e parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995), assim como aqueles contra os quais tenha sido expedido mandado de prisão judicial, desde que não identificados civilmente, serão submetidos à identificação criminal, inclusive pelo processo datiloscópico, fotográfico e de DNA.

(ii) O Projeto de Lei nº 1041/2003, elaborado pela deputada federal Zelinda Novaes, estipulando a coleta obrigatória de material genético nos crimes contra a liberdade sexual que deixassem vestígios, com a seguinte redação em seus artigos 2º e 3º:

Art. 2º - Em qualquer fase da persecução criminal, inclusive no flagrante delito, é obrigatório, além das formas já previstas na lei, a coleta de material adequado e sua remessa imediata para confecção de exame de ácido desoxirribonucléico - DNA, nos crimes que deixem vestígios.

Parágrafo único - Os peritos registrarão no laudo a natureza e eficiência dos instrumentos utilizados, bem como todos os dados que possam esclarecer a verdade e a autoria delitiva.

Art. 3º - Os órgãos da polícia judiciária estruturarão setores e equipes de policiais especializados no combate aos crimes contra a liberdade sexual e com habilitação técnica relacionada à natureza do exame de DNA.¹⁹

Em 2004, foi criada a Rede Nacional de Genética Forense (RENAGENF), através da participação da SENASP, Polícia Federal e Secretarias de Segurança Públicas. O Brasil havia investido em estruturas que permitiam o enfrentamento de crimes por meio da utilização genética, sendo publicado em 2006 pela RENAGENF, documento conhecido como “Padronizações de Exames de DNA em Perícias de DNA Criminais”, com a finalidade de criar parâmetros científicos no que tange a coleta, análise, processamento e armazenamento do DNA destinados à perícia forense.

Três anos depois, em 2009, o Brasil adquiriu do governo norte americano o *software* CODIS, através de assinatura de Termo de Compromisso com o FBI, diante da necessidade de identificar as vítimas do acidente Air France, permitindo a interação das informações inseridas no sistema em todos os estados brasileiros que possuíam os servidores instalados, dando um

¹⁸ Revogada pela Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009.

¹⁹ Projeto de Lei nº 1041/2003. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=134318&filename=PL+1041/2003. Acesso em 27/09/2018.

importante passo na concretização da implementação de um Banco de Dados para armazenamento de perfis genéticos.

Entretanto, para que um banco de dados genéticos surta seus efeitos pretendidos, faz-se necessário a presença de dados que o alimentem fornecendo parâmetros de comparação, de tal sorte que, abriu espaço para a discussão da necessidade de criar uma legislação que permitisse o fornecimento coercitivo do material genético, haja vista que, o fornecimento voluntário era demasiadamente raro.

O caso líder da discussão para a aprovação da Lei de implementação do Bancos de Dados de perfil genético de condenados, foi um caso de grande repercussão à época, popularmente conhecido como “Maníaco de Contagem” em que, o ex-motorista Marcos Antunes Trigueiro, estuprou e assassinou cinco mulheres, nas regiões de Contagem e Belo Horizonte, entre os dias 17 de abril de 2009 e 26 de fevereiro de 2010.

A atuação do autor era semelhante em todos os crimes, através de abordagem à vítima em um veículo, obrigando-a a conduzir o veículo até determinada região, onde eram realizados os abusos sexuais e, posteriormente, estranguladas até o óbito. A Polícia Civil chegou até o algoz, em 26 de fevereiro de 2010, através de rastreamento dos telefones celulares das vítimas, tendo Marcos confessado a autoria das cinco mortes após a detenção.

A relação deste caso com o fomento da discussão sobre a criação de um Banco de Dados para fins penais nasce a partir da análise do histórico criminal do autor: havia sido preso em 2004, acusado de roubar e matar o taxista Odilon Ribeiro, entretanto foi solto em 30 (trinta) dias por ausência de denúncia, uma vez que, não havia auto de necropsia e, em fevereiro de 2005, foi preso novamente por roubo, fugindo em outubro do mesmo ano. Ele foi recapturado em janeiro de 2006 e, depois de cumprir um terço da pena, de cinco anos, passou ao regime semiaberto, estando em liberdade desde junho de 2008.

Perante a repercussão do caso, surgiu a discussão de que, caso a lei que criava o banco de dados tivesse sido aprovada anteriormente e realizada a coleta do material genético de Marcos Antunes Trigueiro na sua primeira condenação, a vida de quatro vítimas provavelmente teriam sido poupadas, uma vez que, ao ser condenado por crime de roubo, crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, o seu perfil genético seria

armazenado e, ao compara-lo com o material genético deixado na primeira vítima, desvendar-se-ia o autor do crime, coibindo a prática de outros quatro delitos futuros.

Diante deste contexto, o senador piauiense Ciro Nogueira, no ano de 2011, apresentou o Projeto de Lei nº 93, propondo a identificação genética dos condenados por crimes praticados contra a pessoa, ou àqueles previstos na Lei nº 8.072/90, que prevê o rol de crimes hediondos, sendo que, após tramitar pela Comissão de Constituição e Justiça, sofrendo algumas emendas, o projeto foi renumerado como Projeto de Lei nº 2458/2011, sancionado pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, publicando-se a Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, que passou a disciplinar a utilização do DNA, para fins de persecução penal.

Dentre as principais motivações que ensejaram a criação deste Banco de Dados, destaca-se a necessidade de diminuir o número de crimes que são arquivados por falta de indícios suficiente de autoria, bem como a necessidade de se resolver delitos com maior celeridade, diminuindo os índices de casos em que se verifica a ausência de punição. Dentre os argumentos utilizados pelo senador Ciro Nogueira, encontra-se a necessidade de solução mais rápida de crimes, principalmente daqueles que, na sua grande maioria, possuem grande repercussão social e chocam a sociedade, diminuindo a sensação de impunidade.

4.2 Decreto nº 7.950 de 12 de março de 2013

No cenário brasileiro, o Banco Nacional de Perfis Genéticos encontra-se regulamentado pelo Decreto nº 7.950 de 12 de março de 2013, visando criar uma Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, capaz de permitir o intercâmbio e comparação de perfis genéticos entre todos os estados da federação que possuem os *softwares* instalado²⁰.

Segundo o artigo 1º, parágrafo terceiro, do referido diploma normativo²¹, a adesão dos Estados e do Distrito Federal à Rede Integrada ocorrerá por meio de acordo de cooperação técnica celebrado entre a unidade federada e o Ministério da Justiça.

²⁰ Até 28 de maio de 2018, 18 laboratórios estaduais, 1 laboratório distrital e 1 laboratório da Polícia Federal participavam efetivamente da RIBPG, nos seguintes Estados: AM, AP, BA, CE, DF, ES, GO, MA, MG, MS, MT, PA, PB, PE, PF, PR, RJ, RS, SC e SP. Além desses 20 laboratórios, três estados apresentam Laboratório de Genética Forense em pleno funcionamento e estão em processo de integração à RIBPG a médio prazo: AC, RO, AL.

²¹ Art. 1º Ficam instituídos, no âmbito do Ministério da Justiça, o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

O Banco Nacional de Perfis Genéticos, será administrado “por perito criminal federal habilitado e com experiência comprovada em genética, designado pelo Ministro de Estado da Justiça” (art. 1º, parágrafo 4º, do Decreto nº 7.950/2013). Ademais, a chamada “Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos” contará com um Comitê Gestor, responsável pela coordenação das ações dos órgãos gerenciadores de banco de dados, bem como a sua integração, com a finalidade de promover a coordenação das ações dos órgãos gerenciadores de banco de dados de perfis genéticos e a integração dos dados nos âmbitos da União, dos Estados e do Distrito Federal (Art. 2º, caput, do Decreto nº 7.950 de 12 de março de 2013).

O Comitê Gestor será composto por cinco representantes do Ministério da Justiça, um representante da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e cinco representantes dos Estados ou do Distrito Federal, sendo um representante de cada região geográfica, conforme o disposto no art. 2º do mesmo Decreto²².

Este Comitê é regulamentado por Resoluções²³ que, conforme já dito anteriormente, encarregou-se de colmatar algumas lacunas deixadas pela Lei Federal e, pelo Manual de Procedimentos Operacionais que visa orientar e padronizar os procedimentos realizados na Rede, de forma a promover uma maior segurança e confiabilidade dos dados armazenados e dos resultados encontrados.

Portanto, o controle do Banco Nacional de Perfis Genéticos caberá ao Poder Executivo e, serão convidados para participar das reuniões, sem direito a voto, um representante do Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil e Comissão Nacional de Ética em Pesquisa²⁴.

§ 3º A adesão dos Estados e do Distrito Federal à Rede Integrada ocorrerá por meio de acordo de cooperação técnica celebrado entre a unidade federada e o Ministério da Justiça.

²² Art. 2º A Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos contará com um Comitê Gestor, com a finalidade de promover a coordenação das ações dos órgãos gerenciadores de banco de dados de perfis genéticos e a integração dos dados nos âmbitos da União, dos Estados e do Distrito Federal, que será composto por representantes titulares e suplentes, indicados da seguinte forma:

I - cinco representantes do Ministério da Justiça;

II - um representante da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República; e

III - cinco representantes dos Estados ou do Distrito Federal, sendo um representante de cada região geográfica.

²³ Atualmente foram editadas nove resoluções, sendo que a última, data-se de 13 de abril de 2018.

²⁴ Art. 2º (...) § 5º Serão convidados para participar das reuniões, sem direito a voto, um representante de cada um dos seguintes órgãos:

I - do Ministério Público;

II - da Defensoria Pública;

III - da Ordem dos Advogados do Brasil; e

IV - da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa.

Compete destacar também que, o artigo 7º do mesmo diploma legal prevê que: “Art. 7º O perfil genético do identificado criminalmente será excluído do banco de dados no término do prazo estabelecido em lei para prescrição do delito, ou em data anterior definida em decisão judicial”. Portanto, a data fixada para a sua exclusão, deverá ser a da prescrição levando em consideração a pena em abstrato do delito, ou em data anterior à da prescrição caso assim esteja previsto em decisão judicial.

Segundo o oitavo relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), publicado pelo Ministério da Justiça, com dados atualizados até maio de 2018, estão armazenados no banco 10.439 perfis genéticos, sendo 6.805 oriundos de vestígios, 3.269 de condenados, 355 identificados criminalmente e 10 decisões judiciais. Até o dia 28 de maio de 2018, a RIBPG apresentou ao poder público 511 coincidências confirmadas, sendo 427 entre vestígios e 84 entre vestígio e indivíduo identificado criminalmente.

4.3 O uso do material genético como prova no Processo Penal

Em matéria criminal, é papel do julgador reconstruir um fato passado chegando o mais próximo possível da verdade real, através da produção de provas que sejam capazes de contribuir para o esclarecimento dos fatos. Entretanto, essa produção de provas deverá obedecer a regras processuais, construído nos limites do contraditório e do devido processo legal, de modo que, no final do processo a autoridade julgadora possuirá algum grau de certeza, reconstituindo algo próximo à realidade, evitando o cometimento de injustiças.

A verdade que deverá ser buscada no processo penal é a verdade processual, sendo aquela apurada no decorrer do processo, aproximando-se o máximo possível da realidade histórica, desde que condicionadas às regras e limites legais. Segundo o autor Ferrajoli, a verdade processual apresenta-se como um caráter probabilístico, de modo aproximativo no que tange aos fatos, pois não é passível de verificação e experimentos, como ocorre cientificamente.

Visando chegar o mais próximo possível da verdade real são utilizadas as provas, que permitirão a reconstrução histórica com a finalidade de convencer o juiz, de tal sorte que, são através das provas que se fará a reconstrução de um passado, tendo o magistrado a função de exercer uma atividade cognitiva, produzindo o convencimento externado na sentença. Sucintamente, pode-se conceituar prova como todo elemento pelo qual se procura mostrar a

existência e a veracidade de um fato, portanto sua finalidade, no processo, é influenciar no convencimento do julgador. Segundo Fernando Capez²⁵, conceitua-se prova como:

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

Deste modo, para que a sentença proferida pelo juiz seja sustentada socialmente ganhando legitimidade, é imprescindível ao processo a produção de provas, de modo que quanto mais provas, mais legítima será a decisão. A prova é o elemento processual que fornece um juízo de certeza moral para a aplicação da lei, estando intrinsecamente ligada à construção da justiça, de tal sorte que uma decisão criminal só poderá ser proferida se fundadas em provas contundentes capazes de elidir o princípio da presunção de inocência.

Resta incontroverso que, o exame de DNA, por sua natureza científica, influencia, e muito, no convencimento do julgador, servindo como prova determinante para sustentar uma sentença condenatória. Entretanto, vale ressaltar que, a referida prova é apenas uma das várias que devem instruir uma persecução penal, não podendo por si só determinar uma condenação, por ser passível de erros e fraudes, levando a condenações indevidas. Sobre esse assunto, manifesta-se o autor Aury Lopes Júnior:

O discurso científico é muito sedutor, até porque, em situação similar ao dogma religioso, tem uma encantadora ambição de verdade. Sob o manto do saber científico, opera-se a construção de uma (pseudo)verdade, com a pretensão de irrefutabilidade, absolutamente incompatível com o processo penal e o convencimento do juiz formado a partir do contraditório e do conjunto probatório. Não se nega o imenso valor do saber científico no campo probatório, mas não existe “a rainha das provas” no processo penal.²⁶

Neste mesmo sentido:

Temem-se, com razão, a perigosa manipulação das informações genéticas, e, o que é pior, o acirramento do processo de seletividade do sistema penal, na medida em que as novas regras somente atingirão a clientela dos crimes tradicionalmente praticados mediante violência. Obviamente, não estamos a deslegitimar a medida só por essa razão: a exclusão social não pode conferir alvará de imunidade criminal. De outro lado, e em relação à identificação para fins probatórios, também receamos que as investigações de tais crimes tendam a se limitar a busca de identificação de perfil genético, diante da força de convencimento da prova obtida pelo exame de DNA. Todo cuidado é pouco quando se aponta na direção de certezas absolutas. O risco de

²⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2011 – p.344.

²⁶ LOPES Jr., Aury. Direito processual penal: 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p - 635

equivocos de exame de coincidência de perfis (o cruzamento do dado armazenado e o elemento colhido no local do crime) não pode ser subestimado.²⁷

Diante da importância e imprescindibilidade das provas em qualquer processo considerado justo e igualitário, sua produção deve ser determinada à luz dos princípios constitucionalmente consagrados, que deverão conduzir todo o andamento do processo. Portanto, a atividade persecutória do Estado, deverá estar limitada diante da existência de outros direitos igualmente resguardados pela ordem constitucional.

Frisa-se que, quando determinado indivíduo é compelido a fornecer seu material genético poderá, como consequência desta imposição estatal, advir uma incriminação penal, evidenciando-se um verdadeiro impasse entre o dever do estado na realização da justiça e os direitos fundamentais do acusado. Cumpre deixar claro que em um Estado Democrático de Direito, a preocupação no processo penal deve consistir em não só aplicar a lei diante de determinado delito, mas especificamente, resguardar os direitos fundamentais, visando proteger o indivíduo frente aos abusos do poder estatal.

5 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 973.837

A matéria em esboço chegou ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal em virtude de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Em síntese, o recurso foi interposto por Cristhian Moreira Silva Santos, condenado por homicídio, após o Ministério Público requerer sua identificação por meio do DNA. O juízo *a quo* indeferiu o pedido sob a fundamentação de que não se pode forçar o indivíduo a entregar material que, eventualmente, possa lhe ser desfavorável, diante do direito fundamental à não autoincriminação, decorrente da Constituição Federal e da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, além de argumentar que não é possível determinar a realização de prova futura relativa a fato pretérito.

Diante da decisão, o Ministério Público interpôs Agravo, sendo o pronunciamento reformado pela 2ª Câmara Criminal, alegando que não há violação ao princípio da vedação à autoincriminação considerando que o DNA não revela traços somáticos ou comportamentais, preservando a identidade do condenado e, a referida medida estaria prevista no artigo 9-A da

²⁷ PACHELLI, Eugênio. Curso de processo penal: 17ed. rev., ampl., São Paulo: Atlas S.A., 2013 – p. 397.

Lei de Execuções Criminais como decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, possuindo caráter de mero procedimento.

Após o pronunciamento da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, autorizando a coleta de material biológico do recorrente, Cristhian interpôs Embargos de Declaração, os quais foram desprovidos. Diante disso, o acusado interpôs Recurso Extraordinário, com base no permissivo constitucional disposto no art. 102, inciso III, alínea a²⁸, qual seja, quando a decisão recorrida contrariar o disposto na Constituição Federal, arguindo ofensa ao artigo 5º, II, da Magna Carta²⁹, uma vez que, inexistia justificativa para sua identificação genética após a preclusão maior da condenação, porquanto já fora identificado criminalmente. O recurso extraordinário não foi admitido na origem versando o óbice disposto na Súmula 279 do STF³⁰.

Perante a referida recusa, o recorrente interpôs Agravo defendendo a sequência do Recurso. Em 25 de maio de 2016, o ministro Gilmar Mendes, deu provimento. O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão, reconhecendo, também por unanimidade, a repercussão geral do tema dada a relevância jurídica, política, econômica e social, ficando sobrestados os casos análogos nas demais instâncias até o julgamento do Recurso Extraordinário nº 973.837, pendente até o momento.

O referido recurso assevera-se, portanto, contra a parte da Lei nº 12.654, de 28 de maio 2012 que imputa a obrigatoriedade de identificação através do perfil genético, mediante extração de DNA, por técnica adequada e indolor, dos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes definidos como hediondos, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, reputando-se esclarecer se, em execução criminal, o preso está compelido a fornecer seu material genético.

²⁸ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição; (...)

²⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

³⁰ Súmula 279 - Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário

A seguir, serão analisados os argumentos apresentados, até o momento, para o cerne de discussão, visando auxiliar a Suprema Corte à melhor decisão possível, diante das garantias individuais envolvidas.

5.1 Audiência Pública

Visando auxiliar o Supremo Tribunal Federal, com informações importantes sobre a opinião de especialistas e, a importância do estudo e aplicação da genética na investigação forense, o Ministro Gilmar Mendes, convocou audiência pública, que foi realizada nos dias 25 e 26 de abril, do ano de 2017, com a oitiva de especialistas, de diversas áreas, que possuem afinidade com o tema, dentre técnicos internacionais, especialistas brasileiros e juristas estudiosos sobre o tema.

Dentre as autoridades internacionais indicadas pela Academia Brasileira de Ciências Forenses, encontra-se Douglas Hares, perito criminal do Federal Bureau of Investigation (FBI), e Ingo Bastisch, perito do Departamento Federal de Polícia Criminal da Alemanha, com o fulcro de trazer a experiência de países que já possuem o sistema de Banco de Dados para armazenamento de perfis genético em sua estrutura forense.

5.1.1 Técnicos Internacionais

Douglas Harris, encarregou-se de fazer uma breve explanação sobre a evolução histórica e o funcionamento do Banco de Dados de Armazenamento Genético para fins penais nos Estados Unidos. Em sua exposição, foi levantada uma breve evolução histórica, reconhecendo a popularidade do DNA no final dos anos 80 e o reconhecimento de sua importância pelo FBI, em 1990, que levou à criação de um projeto visando a troca de dados dos DNAs coletados entre os estados, com o precípuo de solucionar crimes.

Nesse contexto, as primeiras legislações federais reguladoras do tema, surgiram em 1994, com a aprovação da Lei de Identificação de DNA, permitindo a extração desse material, bem como a Lei de Privacidade, editada em 1996, que regulamenta como esses dados devem ser armazenados, determinando que, nenhuma outra identificação poderá ser arquivada além do perfil genético.

Dentre as características deste banco de dados implementado nos Estados Unidos, importante destacar que, todos os 50 estados possuem banco de dados locais que alimentam o banco de dados nacional sendo que, o alcance da coleta varia de estado para estado, sendo que alguns permitem a obtenção dos dados dos condenados à prisão por mais de um ano, uns autorizam também para crimes menores e contravenções e outros possibilitam a coleta após o indiciamento.

Dentre as informações levantadas pelo perito, muitas trata-se do sistema operacional do banco de dados como: o perfil armazenado não deverá identificar nenhum traço fenotípico, nem preponderância a doenças, servindo somente para efeito de identificação, os dados contidos no banco de dados não estarão abertos à qualquer pessoa, e nem poderão ser compartilhadas com o público, sendo que, a legislação prevê sanções à abertura não autorizada dessas informações.

Em termos numéricos, Harris traz que, o sistema CODES ajudou, 358 mil vezes, a desvendar crimes nos Estados Unidos.

Também foi levantado os desafios constitucionais que o tema sofreu em território estadunidense como, a proteção constitucional presente na Quarta Emenda, que se refere à proteção contra buscas e apreensões arbitrárias e, a disposição disciplinada na Quinta Emenda, que institui garantias contra o abuso da autoridade. Entretanto, segundo ele, todas as Treze Cortes Constitucionais dos Estados Unidos, já reconheceram a constitucionalidade do banco de dados, sob a fundamentação de que o DNA é uma evidência física e que não se trata de autoincriminação.

Paralelamente, Ingo Bastisch, explana sobre a experiência do uso da tecnologia de DNA na União Europeia, especificamente no cenário alemão, reputando que, o Banco de Dados é utilizado não só para resolução de crimes, mas também para preveni-los.

A extração do DNA foi permitida em 1990, pela Suprema Corte, sendo ratificada, 5 anos depois, pelo Tribunal Constitucional que, determinou que essa análise não viola os Direitos Humanos desde que, restrita a parte não codificante do material genético.

Entretanto, diferentemente do que ocorre no modelo estadunidense, a coleta do DNA somente pode ser utilizada quando determinada por um juiz, de modo que, deve haver um

prognóstico que indique que o indivíduo tenha algum histórico criminal que indique que possa configurar como autor em algum crime no futuro para figurar no banco de dados. A preocupação é alimentar o banco de dados com perfis de criminosos ativos, de modo que a cada dez anos, são checados os dados armazenados para verificar se o perfil arquivado ainda corresponde a um criminoso ativo, caso contrário o dado deverá ser apagado.

Portanto, o Banco de dados é utilizado como verdadeira ferramenta de investigação, criado para prevenção e resolução de crimes futuros, incluindo dados de ofensores previamente condenados, sendo determinado pelo juiz o procedimento a ser adotado, sendo que, se a pessoa se nega, o juiz pode determinar que a coleta seja realizada coercitivamente, até mesmo em casos de vítimas e testemunhas.

Ainda dentre as autoridades internacionais, foi ouvida a ativista e fundadora da ONG National Center for Victims of Crime, Debbie Smith, para relatar sua experiência pessoal de como a comparação do perfil genético foi importante para elucidação do autor do crime ao qual foi vítima.

Trata-se de caso de estupro, em que a vítima foi retirada às forças de dentro da sua própria casa, por um estranho, que a levou à uma área arborizada e a violentou sexualmente diversas vezes. Cessadas as agressões, o autor proferiu ameaças no sentido de que, se Debbie relatasse o fato a alguém, ele voltaria à sua residência com a finalidade de matá-la.

Após as agressões, convencida pelo seu marido, Debbie denunciou o crime e compareceu a um pronto-socorro para um exame forense de agressão sexual. Por seis anos, o autor do delito não foi identificado, e a vítima passou anos temendo que o agressor voltasse para concretizar as ameaças feitas na data do crime.

O agressor só foi identificado seis anos depois, devido ao Banco de Perfis Genéticos, após cometer um roubo, e o seu DNA ter sido comparado com o DNA deixado nos vestígios do delito sexual cometido. O caso de Debbie Smith, em 2004, originou uma Lei nos Estados Unidos, o “Debbie Smith act”, que passou a exigir que crimes sexuais sem suspeitos fossem processados e inseridos nos Bancos de Perfis Genéticos, bem como que investimentos financeiros fossem destinados à inserção de perfis de criminosos e suspeitos neste Bancos de Dados, tornando o confronto genético possível e, conseqüente auxílio na elucidação de crimes.

5.1.2 Especialistas Brasileiros

A grande maioria dos especialistas brasileiros ouvidos, trata-se de peritos indicados pelo Instituto Nacional de Criminalística que, encarregaram-se, em um primeiro momento, de trabalhar a distinção existente entre a parte codificante e a não codificante do material genético.

Foi enfatizada a importância dos avanços da tecnologia e a relevância da certeza apresentada pelo uso do DNA em relação a outras técnicas de identificação existentes, como o reconhecimento presencial ou por fotografias, que possuem taxas consideradas altas de equívocos, e a possibilidade de falhas da datiloscopia.

Questionado a validade científica do método datiloscópico de identificação, Maria Cristina Marinho, Perita Criminal do Estado do Paraná e colaboradora do Ministério da Justiça, apresentou que este método não poderá ser utilizado em casos de amputações, indivíduos que danificam suas cristas papilares propositalmente para não serem identificados, bem como produtos químicos que podem alterar as impressões digitais.

Segundo ela, embora seja um método considerado relativamente seguro, apresenta problemas que o armazenamento genético é capaz de solucionar-lo, por ser único, com exceção dos gêmeos idênticos, imutável e perene, e impossível modifica-lo, ainda que esteja misturado com algum outro vestígio, sua extração mostra-se capaz. Além de ser a técnica de mais fácil classificação e armazenabilidade.

Também foram levantadas às questões da reincidência e impunidade. Na arguição apresentada por Guilherme Jacques, Perito Criminal Federal, do Instituto Nacional de Criminalística, apresentou dois problemas enfrentados pelo sistema penal brasileiro: o grande número de crimes que são arquivados por falta de suspeitos que, estatisticamente, correspondem a 80% (oitenta por cento) dos casos de homicídio no Brasil e, o reconhecimento equivocado, tornando-se um dos principais motivos de condenações indevidas em todo o mundo, trazendo exemplificativamente, um caso que aconteceu em Manhattam, em que duas pessoas foram consideradas autora de um mesmo crime, com base em um mesmo retrato falado.

Argumenta que, o que faz aumentar a criminalidade não são as penas “brandas”, mas o auto índice de impunidade graças ao grande número de delitos em que seus autores não são

identificados. Assim, o armazenamento do perfil genético do indivíduo em um banco de dados apresentaria um efeito inibidor da reincidência, haja vista o caráter intimidador da medida, ao saber que, ao ter o seu perfil genético armazenado em um banco, as chances de sair impune na prática de um novo delito, ao deixar vestígios, são mínimas.

Paralelamente, o médico legista, Jozefran Berto Freire, embora considere a criação deste banco de dados uma proposta interessante, frisa algumas questões relevantes diante da busca da prova científica, sustentando que, qualquer técnica, por mais específica que seja, é suscetível de erro, devendo ser analisado os benefícios que a aplicação desta tecnologia, trará a toda a coletividade e ao indivíduo em particular.

Argumenta que, embora a legislação preveja que o armazenamento será apenas da parte não codificante do material genético, na realização da coleta, por óbvio, não é possível essa separação, coletando-se o DNA inteiramente considerado. Neste diapasão, não há uma certeza absoluta de que não será revelado dados somáticos ou comportamentais do indivíduo, uma vez que, a escolha da amplificação caberá aos órgãos com a credibilidade dada pelo Estado.

Ademais, sustenta que, todo o processo de identificação é considerado invasivo, pois é capaz de revelar o indivíduo, sobretudo ao tratar-se de coleta de material genético, por ter como objeto a intimidade intrínseca do sujeito. E, embora seja o método, atualmente, mais sofisticado para atingir seus objetivos, traz os seus problemas, de modo que se deve equilibrar a individualidade do ser humano, a segurança pública da comunidade e de cada sujeito, para que não se avance de forma a se arrepender à frente.

5.1.3 Amicus Curiae

Foram admitidos como amicus curiae a Academia Brasileira de Ciências Forenses, da Clínica de Direitos Humanos/ Biotecjus (CDH/UFPR), o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS RIO), o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP), o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e a União.

O advogado João Costa Ribeiro Neto, da Academia Brasileira de Ciências Forenses, sustentou sua arguição sob o prisma de que a coleta de material genético para fins penais não

viola a Constituição Federal e evita injustiças no processo penal. A constitucionalidade da medida encontra-se garantida, uma vez que, a coleta através da saliva, não se trata de medida invasiva, nem demanda uma postura ativa por parte do agente, assemelhando-se a possibilidade de obrigar o acusado a participar do procedimento de reconhecimento pelas vítimas.

Avançou ao propor alternativas à recusa do indivíduo a fornecer, voluntariamente, seu material genético:

- (i) Colheita compulsória: Sua fundamentação encontra-se na analogia feita à obrigatoriedade do indiciado identificar-se na primeira parte do interrogatório, não podendo furtar-se de sua identificação, permitindo, inclusive, a condução coercitiva. Além disso, poderá ser obrigado a apresentar-se para reconhecimento perante a vítima, por ser considerado uma conduta passiva por parte do acusado, de igual modo, a colheita de material genético também poderá ser realizada coercitivamente por, segundo a opinião do advogado, não se tratar de método invasivo, nem exigir conduta ativa por parte do indiciado;
- (ii) Obtenção do material genético por outros meios: o juiz poderá determinar a busca e apreensão de objetos pessoais, como escova de dente, roupas de camas e restos orgânicos para obtenção do material genético do acusado. No caso do investigado seria uma medida cautelar probatória, a depender da gravidade do crime, fundada em uma necessidade concreta e passível de impugnação nas instâncias superiores;
- (iii) Aplicação de sanção por infração média ou leve nos casos daqueles que cumprem pena: edição de leis estaduais para sancionar administrativamente os condenados que se recusem a fornecer seu material genético. A extração genética seria tratada como efeito extrapenal genérica da condenação, semelhante ao impedimento do exercício da profissão.

Na opinião do Doutor João, o implemento dessa tecnologia além de constitucional, trata-se de um dever estatal, uma vez que, se existe recursos tecnológicos capazes de ajudar a solucionar crimes graves, o Estado tem o dever de usa-los para proteger as vítimas e os inocentes em geral, punindo os criminosos e resguardando os inocentes injustamente acusados. Assim considerando, o uso deste banco de dados não estaria atuando somente na incriminação,

mas também inocentando aqueles que nada tem haver com o delito cometido, argumentando que uma das principais causas de injustiças cometidas no sistema carcerário brasileiro, é de pessoas que são presas erroneamente em decorrência de retratos falados e reconhecimentos equivocados feitos pelas vítimas.

Sob o enfoque das garantias individuais envolvidas, Taysa Schiocchet, advogada da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná (CDH/UFPR) e pesquisadora do BIOTECJUS - Estudos Avançados em Direito, Tecnociência e Biopolítica, argumenta que, nenhum direito fundamental é absoluto, podendo sofrer restrições desde que a medida seja justificada, proporcional e controlada que, a priori, em sua opinião, tais requisitos não mostram-se presentes na Lei nº 12654/2012.

Em sua fala também é abordado o mito da infalibilidade do DNA, lembrando que esta técnica científica também está suscetível a diversos tipos de erro como, por exemplo, erro do perito, erro intencional ou fraude, erro em relação ao método de análise, bem como erro em relação aos limites da tecnologia. A título ilustrativo, trouxe como exemplo o caso alemão, popularmente conhecido como “A Mulher sem face” em que, era descrita pela polícia como a mulher mais perigosa da Alemanha, uma vez que, as investigações a conectava a seis assassinados, com base em traços de DNA encontrados nas cenas dos crimes. Esta mulher foi procurada por mais de 15 anos pelas autoridades sem nunca ter existido, tratava-se de contaminação aos pedaços de algodão durante o processo de fabricação das suabes responsável pelas coletas.

Abordou também que, nos países que já instituíram o Banco de Dados, seu uso é parco comparado ao número de condenações e que, as questões abordadas anteriormente pelos outros especialistas em relação a impunidade e reincidência trata-se de suposições, porque não existem estudos conclusivos sobre a eficiência deste banco sob a prevenção delitiva, que é um fator muito difícil de ser diagnosticado.

Ademais, considera a lei demasiadamente genérica diante da importância do bem jurídico envolvido, deixando muitas lacunas que são colmatadas pelo Comitê Gestor que é incompetente para legislar sobre matéria referente ao processo penal, de tal modo, que deveriam estar disciplinadas em lei.

Em igual sentido, posiciona-se Ronaldo Lemos, advogado do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS RIO) ao argumentar ser indispensável um grau de proteção maior a matéria, devido à natureza sensível atribuída as informações derivadas do DNA.

Dentre as inúmeras falhas da lei, o advogado destaca, a generalidade de facultar aos juízes determinar a coleta de material de investigados segundo as necessidades da investigação bem como, a imprescindibilidade de a criação de bases de dados de perfis genéticos deva ser precedida do estabelecimento, em lei, de uma série de salvaguardas e limites, com vistas a compatibilizá-lo com a Constituição brasileira, o que não foi alcançado pela legislação em questão, seja por não prever qualquer prazo para a exclusão do perfil genético dos bancos de dados ficando por conta de um decreto, como também por não fazer qualquer previsão quanto ao descarte das amostras, gerando o risco de que a parte codificante do DNA, venha a ser utilizada.

Já a Associação Nacional dos Defensores Públicos, através do defensor Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, observa que, partindo de uma primeira análise do preâmbulo da lei, faz-se crer que se trata de uma lei inofensiva que vem apenas acrescentar mais uma forma de identificação criminal. Entretanto, o diploma normativo quebra toda a estrutura processual brasileira, por ser inadequada, desnecessária e desproporcional.

A lei é inadequada por, se o entendimento é de que se trata de um método de identificação criminal, não se justificaria nos casos de condenação. Se o fim for outro, qual seja, produção de provas, a inadequação persiste, porque a medida não prevê a existência de outro processo, de tal modo que sua extração não seria justificada. Também é inadequada porque prevê a extração de DNA em crimes que não precisam da prova genética para sua configuração como, por exemplo, a epidemia com resultado morte, portanto não existe justificativa para se estipular a extração genética nas espécies penais em que sua obrigatoriedade foi instituída.

A desnecessidade advém por não se tratar de uma necessidade concreta, específica e objetiva, sendo genérica de modo a não existir a comprovação da inviabilidade de outros meios menos invasivos e outros meios de investigação. Desproporcional, porque o grau da lesividade na intimidade do indivíduo é muito maior do que o benefício que se pode aferir dessa extração.

Neste diapasão, o defensor sustenta que, a Lei 12.654/2012 viola o princípio da suficiência da identificação civil, o princípio da proporcionalidade, o direito à privacidade, o direito à não autoincriminação e o sistema acusatório brasileiro.

5.2 Parecer da Procuradoria Geral da República

No final de dezembro de 2017, a Procuradoria Geral da República (PGR) se manifestou pela constitucionalidade da Lei 12.654/2012. No parecer ao Recurso Extraordinário nº 973.837, a procuradora-geral da República, Raquel Dodge, argumenta que a coleta do material não difere de outros tipos de obtenção de provas que dependem da anuência ou não do investigado.

Dessa forma, a grande diferença da criação deste Banco de Dados é a confiabilidade do novo sistema e a amplitude dos dados coletados, que, supostamente, permitiria a identificação segura do autor de um crime pelo confronto com o material genético encontrado no local do crime ou no corpo da vítima.

A procuradora acredita que, a identificação criminal é um direito do Estado para a gestão da segurança pública, entretanto não se deve presumir que poderá valer-se da força para compelir o indivíduo, seja o investigado ou o condenado, a fornecer seu material biológico, entretanto, obtido o material genético por meio diverso não invasivo, autorizada está sua submissão à perícia, cruzamento de informações e armazenamento do perfil genético em banco de dados.

Segundo seu parecer, a inovação trazida pela lei, trata-se de evolução, que tem por finalidade precípua promover a dignidade da pessoa humana sem, contudo, mitigar qualquer direito assegurado a investigados e condenados. Em suas palavras:

A partir da noção de dignidade humana, da concepção de que todos os homens são iguais e determinam suas próprias ações, cabe ao Estado não só permitir o aprimoramento dos instrumentos existentes para a investigação criminal mas, também, prover os meios para tanto necessários, a fim, inclusive, de assegurar os direitos fundamentais de todos os cidadãos, entre eles, o direito à vida, à segurança, ao livre desenvolvimento da personalidade, à integridade física e moral, à liberdade de ideias e crenças, à honra, à própria imagem e a todos aqueles inerentes à própria condição de ser humano.

Dessa forma, a coleta do material genético somente será viável mediante anuência do indivíduo, sendo que, em caso de discordância, não é possível compelir o sujeito a fornece-lo

sem que se ocorra a ofensa de direitos, uma vez que, o procedimento impõe uma intervenção corporal, ainda que mínima e indolor. Entretanto, poderão ser adotadas medidas alternativas para coleta do perfil genético no caso da recusa do indivíduo em fornecer-lo voluntariamente, como, por exemplo, através de busca e apreensão de objetos pessoais do sujeito.

Considera a nova legislação proporcional e um grande avanço tecnológico, que contribuirá para o esclarecimento de diversos crimes, atuando inclusive, para inocentar investigados e acusados injustamente condenados pela Justiça.

6 VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS DA MEDIDA

Diante de tudo ora exposto, passar-se-á à análise das inovações trazidas pelos diplomas normativos exaustivamente estudados, confrontados diretamente com os princípios constitucionais norteadores de todo o sistema jurídico brasileiro, inclusive no que tange a limitação da atuação estatal em busca da verdade real diante dos direitos e garantias daqueles que figuram no polo passivo de uma persecução penal.

6.1 Da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana, é considerada a dimensão mínima intrínseca ao indivíduo que não poderá ser lesada, de tal sorte, que qualquer medida adotada pelo Estado, não poderá colidir com esse princípio macro cerne de todo o ordenamento jurídico. Portanto, a colheita de amostras biológicas viola esse pressuposto, de tal modo que o corpo humano e o seu material genético não poderão ser considerados apenas um meio para se alcançar um fim.

Neste mesmo sentido a autora Ariane Trevisan³¹ posiciona-se, considerando que, obrigar determinada pessoa, independentemente de culpa *lato sensu*, submeter-se a exames em que o próprio corpo será objeto de prova, é colocá-lo em situação não só desagradável, mas humilhante. Dessa forma, em uma persecução penal, deve-se buscar sua concretização com vistas a não violar os direitos mais preciosos do ser humano e sem que isso signifique impunidade.

³¹ FIORI. Ariane Trevisan. Prova e a Intervenção Corporal - A Sua Valoração no Processo Penal - Col. Pensamento Crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Diante de um contexto democrático, a dignidade humana verifica-se como valor insubstituível, sendo a liberdade umbilicalmente interligada com o reconhecimento da dignidade de determinado indivíduo, possibilitando a autodeterminação do sujeito e sua capacidade de escolha, não podendo ser submetido a intervenções em seu corpo de maneira compulsória sem acarretar grave violação ao princípio basilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

6.2 Da Integridade Física, Psíquica e Moral

A violação à integridade de alguém não se limita a sua inteireza física, ou ao uso da força, sendo que, qualquer intervenção corpórea sem o manifesto consentimento do indivíduo, viola não só sua estrutura física como também configura manifesta coerção psíquica, visto que é constrangido a fornecer o próprio corpo como instrumento para produção de provas contra si mesmo.

Portanto, embora a Lei 12.654/2012 garanta que a extração do material genético deverá ser feito através de técnica adequada e indolor e, de modo a não colocar em causa a saúde do sujeito, nem causar qualquer tipo de dor ou sofrimento, estamos diante de uma violação a integridade pessoal do indivíduo na extração de material biológico do corpo de alguém que não consentiu em fornece-lo.

6.3 Da não-autoincriminação

Este princípio é essencial para a manutenção do Estado Democrático e, por esta razão, ao se obrigar alguém a fornecer material para traçar seu perfil genético, mesmo que de forma indolor, é constrangê-lo a produzir prova contra si mesmo³². Ao sujeitar o indivíduo a uma suposta identificação criminal através do fornecimento do material genético, na realidade estaria obrigando o sujeito a colaborar com a instrução penal, seja em relação a um crime já cometido e determinado ou para solucionar crimes futuros, visando de forma ilusória o conhecimento da verdade real dos fatos, transformando o indivíduo como objeto do processo, violando seus direitos constitucionalmente garantidos.

³² CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luis Flávio. LEI 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade (?) Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/06/04/lei-12-65412-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade/>>. Acesso em 28.09.2018.

Portanto, se a Constituição Federal e os Tratados ratificados pelo país, asseguram ao acusado ou condenado, o direito de não produzir provas contra si mesmo, do exercício desse direito não pode advir nenhuma consequência que lhes seja prejudicial. Logo, o indivíduo ao recusar fornecer seu material genético, estaria em exercício regular de um direito, de tal sorte que este fato não poderá ser utilizado como argumento favorável a uma condenação ou contundente a formar a convicção do julgador, não podendo gerar nenhuma consequência prejudicial ao sujeito pois sua recusa é legítima.

Vale ressaltar, como afirma o autor Aury Lopes Jr., que a máxima latina *nemo tenetur se detegere* trata-se do direito mais sagrado de todos, pois funda-se na concepção do réu como sujeito de direitos. Por isso, submeter o acusado a uma intervenção corporal sem o seu consentimento equipara-se ao uso da tortura para obtenção de confissão no interrogatório quando o imputado se silencia, ou seja, um inequívoco retrocesso produtor de provas ilícitas. Dessa forma, o indiciado não poderá ser compelido a seu fornecer material genético, não sendo válido o argumento da “mínima lesividade física” da extração desse material porque o que está sendo violado não é o aspecto físico da tutela constitucional, mas sim o direito fundamental de não autoincriminação.³³

Neste mesmo sentido, posiciona-se a autora Maria Elizabeth Queijo³⁴, estabelecendo hipóteses em que a intervenção corporal poderá ser realizada, desde que cumulativamente verificadas:

- (i) mediante o consentimento do indivíduo, condicionado ao prévio controle jurisdicional sobre a proporcionalidade da medida, sendo que a autorização judicial não é capaz de suprir o consentimento;
- (ii) imprescindibilidade de alertar o acusado do direito de não produzir provas contra si mesmo, sendo que o consentimento deverá ser anterior à realização da intervenção corporal, expresso e emitido livre e conscientemente, e considerado inoperante se, no caso concreto, verificar-se que a intervenção corporal invasiva expõe a risco a saúde do acusado;

³³ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2007. p. 592-596.

³⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25.

- (iii) realizada por médico ou pessoas especializadas visando resguardar a saúde e a integridade física do indivíduo;
- (iv) executada somente quando houver indícios suficientes de autoria e a infração tiver pena em abstrato igual ou superior a dois anos;

O Supremo Tribunal Federal, ainda em 1996, já havia se manifestado sobre a inconstitucionalidade da coleta do material genético do indivíduo contra a sua vontade, senão seja-se:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

Nesse sentido, posiciona-se Nucci:

Assim, qualquer prova que lhe for demandada pelo juiz, implicando prejuízo para sua defesa, pode ser negado. Ex.: não está o réu obrigado a participar na reconstituição do crime, caso entenda-lhe ser prejudicial tal prova. O princípio que protege o réu contra a autoincriminação é consagrado na doutrina e na jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal Federal.³⁵

Importante salientar que, diante da coleta de provas não invasivas, isto é, amostras de sangue, urina, cabelo, ou de outros tecidos orgânicos, descartadas pelo investigado, ainda que involuntariamente, seja na cena do crime ou em local diverso, não há qualquer óbice a sua coleta, que poderá ser realizadas mesmo sem o consentimento do sujeito, desde que não necessite de uma postura ativa de sua parte, não enquadrando-se em violação a garantia de não produção de provas contra si próprio.

Em sentido congruente, o Supremo Tribunal Federal já posicionou sobre a validade da coleta de material genético por meios alternativos como, por exemplo, no Caso Gloria Trevi, em que houve a coleta do material biológico da placenta, com o propósito de se realizar exame

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 – p. 363

de DNA para averiguação da paternidade da criança, contra a vontade da mãe, haja vista que ela dizia ter sido vítima de estupro dentro do cárcere da polícia federal.

Outro caso de grande repercussão, foi o do menino Pedrinho, em que, a investigada por sequestro, recusou-se a submeter à coleta de material genético para verificar se tratava-se de mãe biológica do menino Pedrinho, que havia sido raptado do berçário da maternidade pela mulher que passou a agir como se sua mãe fosse. Diante da recusa, foi coletada durante uma ação policial, a ponta de cigarro descartada pela investigada contendo glândulas salivares, possibilitando a análise do DNA com a consequente conclusão que, de fato, não era a genitora da criança.

Porquanto, verifica-se que o problema reside na obrigatoriedade da medida, compelindo o sujeito a fornecer material genético contra sua vontade que, eventualmente, possa lhe ser desfavorável, atuando de forma ativa na produção de provas contra si mesmo.

6.4 Da presunção de inocência

Como se sabe, o *status* de presunção de inocência vigorará até que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Deste modo, na fase de investigação, o referido princípio é verificado em sua forma plena e, considerando que a identificação criminal somente poderá ser justificada em situações excepcionais, conforme já estudadas em tópico anterior, fundadas na dúvida sobre a real identidade do indivíduo, a identificação datiloscopia faz-se suficiente. Deste modo, a colheita de material genético estaria atuando como prova para se apurar a autoria de um crime, de modo que, compelir um cidadão até então, considerado inocente, a fornecer seu material genético com vistas a instruir uma persecução penal, seria trata-lo como culpado, violando o princípio em questão.

Tratando-se da fase de execução da pena, a violação ao referido princípio mostra-se ainda mais explícita. Quando determinado indivíduo é condenado, é resultado do trâmite de um processo em que foi constatado a prova da existência de um crime e os indícios suficientes de autoria, portanto, nesta fase, o sujeito por óbvio já foi devidamente identificado e, comprovadamente demonstrado tratar-se do verdadeiro autor de determinado ilícito penal.

Diante deste contexto, ao coletar o material genético dos condenados por crimes praticados dolosamente contra a pessoa, mediante emprego de grave violência ou, condenados por crimes previstos no rol de crimes hediondos, conforme já exaustivamente explicitado, fundamenta-se somente no intuito de abastecer banco de dados, visando confrontar o material genético eventualmente encontrado nas cenas de novos crimes com o perfil genético armazenado, com a finalidade de diminuir o número de ilícitos de autoria desconhecida, de tal modo que nada tem a ver com a correta identificação de determinado sujeito.

Alguns autores manifestam-se corroborando este entendimento, senão veja-se:

Pateticamente inconstitucional o artigo 9º - A da Lei das Execuções Penais, Lei 7.210/84, que foi acrescentado pela Lei 12.654, quando determina que os condenados por crimes dolosos, praticados com violência grave à pessoa, e os chamados "crimes hediondos", que são previstos na Lei 8.072/90, serão, de forma obrigatória, submetidos à identificação de seu perfil genético, pelo exame do DNA, cujos dados devem ficar armazenados num banco, que a lei diz que deve ser sigiloso, acessível apenas por ordem judicial, ou seja, um banco de perfis, até que se dê a prescrição da pretensão executória da pena, ou uma vez cumprida a pena que se perfaça o tempo necessário à reabilitação do condenado. **Clama a justiça o fato de que, com a execução penal, por óbvio, nada mais há esclarecer.** Então por que fazer uma identificação de perfil genético do executado, pelo seu DNA? Será para esclarecer crimes futuros? **Afinal, onde estará o princípio da presunção de inocência?** Ademais, se ninguém é obrigado a produzir prova contra si, então, qual a razão de tal perícia genética, nessa altura do processo? O caminho é sua inconstitucionalidade patética. (grifo nosso)³⁶

No mesmo sentido:

Na verdade, esse banco de perfis genéticos para criminosos já condenados, cujo crime, obviamente, já foi esclarecido e definitivamente julgado, é uma providência de constitucionalidade no mínimo duvidosa. Note-se que, por ocasião da execução da pena, em que já existe uma decisão condenatória definitiva, não há mais nada que esclarecer nem que provar no processo findo. Assim, o armazenamento de dados genéticos do condenado só pode ser mesmo uma providência destinada a esclarecer a autoria de crimes futuros, isto é, medida destinada à produção de prova em processos que vierem a ser instaurados futuramente, o que configura uma espécie de "prova pré-constituída", em clara ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Por conseguinte, a obrigatoriedade de coleta de material em fase de execução penal, trata-se de medida estigmatizante, colocando o apenado em constante estado de suspeição, violando o direito daquele que, após o cumprimento de sua pena, retornar ao estado de presunção de inocência em relação aos fatos futuros, regressando à condição de cidadão pleno uma vez que já cumpriu em toda a extensão a sanção que lhe foi imposta.

³⁶ ROMANO, Rogério Tadeu. Identificação criminal pelo DNA: uma experiência lombrosiana. Disponível em <<http://www.jfrn.gov.br/jfrn/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina305-identificacao-criminal-pelodna.pdf>>. Acesso em 29.09.2018.

CONCLUSÃO

A criação do Banco de Dados para armazenamento de perfis genéticos daqueles que figuram como polo passivo de uma Ação Penal, embora seja resultado dos anseios populares para redução dos índices de crimes arquivados por falta de indícios suficientes de autoria e consequente aumento da impunidade, deve ser analisada com cautela, sobretudo diante das diversas Garantias Constitucionais positivamente asseguradas tanto ao acusado quanto ao condenado.

Indubitavelmente, a coleta de material genético visando abastecer um Banco de Dados de perfis genéticos para auxiliar a prática forense, não se trata da inserção de um novo método de identificação criminal do civilmente identificado, atuando com verdadeiro caráter probante e, como consequência, viola diversos princípios constitucionais norteadores de um processo penal em trâmite em um contexto de Estado Democrático de Direito.

Portanto, ao analisar a matéria, deve-se ter em mente os subprincípios da necessidade, proporcionalidade e adequação, de modo a não sacrificar direitos individuais tão importantes, em nome de uma suposta verdade real e bom andamento do processo. Embora, a busca da prova científica seja tentadora, qualquer técnica por mais específica que seja, é suscetível à erro.

Diante disso, a coleta de material genético para abastecer banco de dados atuando de maneira comparativa com os vestígios encontrados na cena de um novo crime, obrigando que o indivíduo atue positivamente nesta produção de provas, colocando o seu próprio corpo como objeto de investigação criminal, afronta diversos princípios constitucionais norteadores do Processo Penal em um contexto de Estado Democrático de Direito, sob a crença em uma nova fase de combate à criminalidade substituindo a subjetividade da investigação criminal por uma suposta objetividade.

Frisa-se que a inconstitucionalidade é verificada diante da compulsoriedade da medida, obrigando o indivíduo colocar o seu próprio corpo como objeto de intervenção estatal, praticando uma conduta, possivelmente, autoincriminatória e colocando-o em constante estado de suspeição. Sob esse prisma, nada impede que o sujeito, voluntariamente, forneça seu material genético, visando se escusar da autoria de um delito, por exemplo.

Do mesmo modo, o Estado poderia valer-se de outros meios para obtenção desse material genético, diante de um caso concreto e específico, que não importe em uma participação ativa do sujeito como, por exemplo, a busca e apreensão de uma escova de cabelo para obtenção do material genético contido no bulbo da fibra capilar, semelhante ao mandado de busca e apreensão de escritos para serem submetidos a perícia grafotécnica, conforme já se posicionou o Supremo Tribunal Federal em casos como o Gloria Trevi e o Menino Pedrinho.

Neste diapasão, resta claro que, os moldes pelos quais a Lei nº 12.654 de 28 de Maio de 2012 e o Decreto nº 7.950, de 12 de Março de 2013 se pautou, resulta em verdadeira inconstitucionalidade, seja na fase de identificação criminal, autorizada por ordem judicial, motivada pela imprescindibilidade da medida para as investigações criminais, seja na execução da pena, em decorrência de crimes específicos e violentos, uma vez que, viola diversas garantias constitucionais, além de tratar-se de medida desproporcional, tendo em vista o fim almejado.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROS, Marco Antônio, PISCINO, Marcos Rafael Pereira. **DNA e sua utilização como prova no processo penal**. 2007. p. 5. Artigo disponível em < http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2015_05_11_14_08_46_Artigo.DNA.Prova.Marco.Antonio.Barros.pdf>. Acesso em 05/07/2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Altera as Leis n°s 12.037, de 1° 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**. Lei n° 12.654, de 28 De Maio de 2012.

_____. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação**. Decreto n° 592, de 6 de julho de 1992.

_____. **Constituição Federal do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. **Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos**. Decreto n° 7.950, de 12 de março de 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Fernando. **Considerações gerais sobre o indiciamento e a identificação criminal do civilmente identificado**. (Lei n° 12.037, de 01 de outubro de 2009). Disponível em: < http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&con_id=5618 >. Acesso em: 26.06.2018.

CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 26/06/2018.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luis Flávio. **LEI 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade (?)**. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/06/04/lei-12-65412-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade/>>. Acesso em 28.09.2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do Garantismo Penal.** 2ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIORI. Ariane Trevisan. **Prova e a Intervenção Corporal - A Sua Valoração no Processo Penal - Col. Pensamento Crítico.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional.** 8ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Lei 12654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova?**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12654-identificacao-genetica-ouobtencao-constrangida-de-prova/8838>>. Acesso em 28.09.2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado.** 10ª Edição. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** Vol. 2. 6ª ed. ver. atual. e ref.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 17 ed. rev., ampl., São Paulo: Atlas S.A., 2013.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SILVA, Emilio de Oliveira e. **Identificação Genética para Fins Criminais.** 1^a edição. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2014.

SOBRINHO, Mário Sérgio. **A identificação criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais: 2003.