

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA DE CONDENADOS: UMA ANÁLISE
PRINCIPIOLÓGICA E EMPÍRICA DA VIABILIDADE**

BEATRIZ RODRIGUES NEVES DA COSTA

**Rio de Janeiro
2018/2º SEMESTRE**

BEATRIZ RODRIGUES NEVES DA COSTA

**IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA DE CONDENADOS: UMA ANÁLISE
PRINCIPIOLÓGICA E EMPÍRICA DA VIABILIDADE**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Professor Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido**.

Rio de Janeiro
2018/ 2º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

C837i COSTA, Beatriz Rodrigues Neves da
Identificação Genética de Condenados: Uma análise
principlológica e empírica da viabilidade / Beatriz
Rodrigues Neves da COSTA. -- Rio de Janeiro, 2018.
81 f.

Orientador: Rodrigo Grazinoli Garrido.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Identificação Genética. 2. Genética Forense.
3. Lei de Execução Penal. I. Garrido, Rodrigo
Grazinoli, orient. II. Título.

BEATRIZ RODRIGUES NEVES DA COSTA

**IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA DE CONDENADOS: UMA ANÁLISE
PRINCIPIOLÓGICA E EMPÍRICA DA VIABILIDADE**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Professor Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2018/2º SEMESTRE**

Aos meus avós, Eduardo José, Maria da
Glória, Dermeval e Therezinha.
Vocês fazem falta todos os dias.

AGRADECIMENTOS

Primeira e principalmente agradeço aos meus pais, Gloria e Antonio, e às minhas irmãs, Danielle e Caroline. Muito obrigada pelo apoio e compreensão, principalmente durante este momento final, mas, também, durante os longos anos de estudo desta graduação. Eu nem sempre pude estar presente ou ajudar em momentos necessários, mas vocês estão e sempre estarão nas bases de todos os meus pensamentos e ações.

Sou imensamente grata ao meu Orientador, Professor Rodrigo Grazinoli Garrido, pela disponibilidade, orientação, apoio e incentivo, todos essenciais para o sucesso desse trabalho. Muiússimo obrigada, Professor! Sua postura crítica e interesse pelo tema são inspiradores e os levarei comigo em futuros trabalhos como exemplos a serem seguidos!

Em mim há apenas gratidão e amor à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Obrigada por me formar como futura jurista e por me transformar enquanto ser humano. A empatia foi seu maior ensinamento e, por isso, hoje me formo alguém melhor do que quando por suas portas pela primeira vez entrei.

Agradeço, também, aos amigos. Aos amigos da FND, sem cuja presença esse caminho seria muito menos colorido e prazeroso. Vocês fizeram as manhãs valerem mais a pena. E, também, aos amigos dos estágios pelos quais passei nesses cinco anos, os quais, direta ou indiretamente, incentivaram meu amor pelo Direito e contribuíram para a minha formação enquanto profissional da área.

Por fim, um agradecimento especial aos Promotores de Justiça, Assessores, Secretários e Estagiários com quem tive a honra de trabalhar na 1ª Central de Inquéritos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Vocês foram incríveis.

“Esse é o grande segredo, conhecido de todos os homens cultos de nossa época: pelo pensamento criamos o mundo que nos cerca, novo a cada dia.”

(Marion Zimmer Bradley)

“Foi para mim um dia memorável, pois causou grandes mudanças em mim. Mas é assim com todas as vidas. Imagine que um determinado dia fosse eliminado de sua vida, e pense em todas as consequências que isso teria sobre o resto dela. Faça uma pausa, você que lê essas palavras, e, por um momento, pense na imensa corrente de ferro ou ouro, de espinhos ou flores, que jamais te teria cingido, não fosse a formação do primeiro elo num dia memorável”.

(Charles Dickens)

RESUMO

O avanço da ciência e suas técnicas fomentaram aprimoramentos dentro da grande área da genética. Aplicada ao meio criminal, a genética forense é regulamentada, no Brasil, pela Lei 12.654/12, a qual determinou a elaboração do perfil genético e sua armazenagem em bancos de dados criminais de perfis genéticos. O mencionado dispositivo autorizou a extração de amostras e elaboração de perfis genéticos para armazenagem nos bancos em dois momentos distintos: o primeiro em sede de investigação policial, quando presentes fundadas dúvidas sobre a identidade do investigado ou quando considerada essencial para as investigações; em um segundo momento, em sede de execução penal, foi estabelecida a obrigatoriedade, mesmo que por métodos coercitivos, da extração do DNA e armazenagem do perfil de condenados por crimes hediondos ou praticados dolosamente mediante violência de natureza grave contra a pessoa. Assim, busca-se analisar a constitucionalidade de tais determinações legais à luz de princípios do Direito Penal e Constitucional, conforme entendidos pela doutrina exposta. Ademais, foi realizada a compilação de dados estatísticos fornecidos pelo Governo Federal a fim de analisar o uso conferido aos bancos de dados após aproximadamente seis anos de lei, bem como a possibilidade de sua manutenção no futuro.

Palavras-chave: Lei 12.654/12; genética forense; BNPG; princípios; ineficácia.

ABSTRACT

The science progress and its techniques made possible a refinement within the field of genetics. When applied to the criminal area, forensic genetics is regulated in Brazil by Law 12.654/12, which determined the creation of a genetic profile and its registration in criminal databases. The device allowed the extraction of samples for latter registration of the genetic profile in the databases bank in two distinct moments. First, in a police investigation, when there are doubts about the investigated identity or when the genetic profile is seen as essential for investigations. Second, in the execution of a criminal sentence, even by coercive methods, the DNA extraction and the profile registration must be done in those sentenced for either felonies or willful violations committed with violence of serious nature against a person. Therefore, this paper aims to analyze the constitutionality of such legal determinations in light of principles of Criminal and Constitutional Law, as understood by the doctrine exposed. Likewise, it aims to make a compilation of statistical data disclosed by the Federal Government in order to analyze the use of the genetic profile database on its six years of duration, as well as the possibility of its maintenance in the future.

Keywords: Law 12.654/12; BNPG; principles; ineffectiveness

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ANADEP - Associação Nacional dos Defensores Públicos
BNPG – Banco Nacional de Perfis Genéticos
CDH/UFPR – Clínica de Direito Humanos - Biotecjus
CF – Constituição Federal
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
CRM/SP – Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo
DNA – Deoxyribonucleic Acid
Ibccrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
IPPGF – Instituto de Pesquisas e Perícias em Genética Forense
ITS Rio – Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro
LEP – Lei de Execução Penal
RE – Recurso Extraordinário
RIBPG – Rede Integrada do Banco de Perfis Genéticos
STF – Supremo Tribunal Federal

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Natureza da prisão e regime de cumprimento de sentença:	62
Figura 2: População Carcerária:	62
Figura 3: Evolução do total de perfis armazenados nos Bancos integrantes da RIBPG:	65
Figura 4: Evolução Vestígios X indivíduos Cadastrados Criminalmente	67
Figura 5: RIBPG X Condenados:	67
Figura 6: Comparação entre os atingidos pelo art. 9º-A, LEP, os Bancos de Dados e os resultados já obtidos:	68

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: População Prisional:	61
Tabela 2: Coincidências confirmadas e investigações auxiliadas	68

LISTA DE QUADROS

Quadro 1: Tipos penais listados na Recomendação nº1, de 21 de outubro de 2017:	58
Quadro 2: Número de pessoas condenadas ou que aguardam julgamento por tipo penal:	63
Quadro 3: Quantidade de perfis por categoria da amostra coletada:	66

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1. A IDENTIFICAÇÃO HUMANA.....	17
1.1. Identificação civil e criminal	18
1.2. A identificação genética	20
1.3. Histórico legal da identificação criminal.....	22
1.4. Do procedimento de identificação genética.....	25
2. A LEI 12.659/2012, SUAS CONSEQUENTES MODIFICAÇÕES NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO USO DO EXAME DE DNA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL	28
3. ANÁLISE EMPÍRICA DA VIABILIDADE DO PROCEDIMENTO	55
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS	74
ANEXO 1.....	79

INTRODUÇÃO

O tema abordado na presente monografia é o uso da genética forense no processo penal, especificamente no que tange a Lei 12.654, aprovada em 2012, e responsável por importantes alterações no ordenamento brasileiro no que tange a dois dispositivos legais, a Lei 12.037/09 – Lei de Identificação Criminal – e a Lei 7.102/84 – Lei de Execução Penal –, passando a inserir em ambos os textos determinações com relação ao uso da genética forense para a obtenção do perfil genético tanto de investigados como de condenados, respectivamente.

De acordo com o disposto nas mencionadas leis, tornou-se possível o uso do DNA de indivíduos para efeitos, supostamente, de identificação criminal, tanto durante a investigação penal, mediante comprovada necessidade, como durante a execução penal, de forma obrigatória, nos casos de condenados por crimes hediondos ou cometidos de forma dolosa com violência de natureza grave contra pessoa. Ademais, os dispositivos legais determinaram que o perfil genético extraído destes indivíduos deveria ser armazenado em um Banco Nacional de Perfis Genéticos.

Todavia, a novidade legislativa entrou em direto conflito com garantias constitucionais e processuais penais como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência, a não obrigatoriedade de produção de provas contra si mesmo e, também, a individualidade da pena, o direito à privacidade e a não perpetuidade da pena, e outras que serão oportunamente abordadas.

Publicado em 2013, o Decreto nº 7.950, foi o responsável por instituir a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, cujo objetivo, em suma, é criar um canal de comunicação entre os bancos de perfis genéticos estaduais, a fim de otimizar possíveis compatibilidades entre os perfis armazenados e vestígios encontrados.

Nesse sentido, dois são os objetivos do presente trabalho. Em um primeiro momento busca-se enfrentar as consequências das alterações legislativas realizadas pela Lei 12.654/2012, isto é, a hipótese trabalhada neste viés é uma possível inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal, pois contrário a princípios reitores do ordenamento jurídico brasileiro.

Em um segundo momento, esta monografia analisa os resultados obtidos após seis anos de vigência da lei. Cinco anos após a instituição, em 2013, do Banco Nacional de Perfis Genéticos e da Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos, quais foram as conquistas obtidas pela permissão do uso de perfis genéticos dentro do processo penal, bem como os avanços obtidos e possíveis futuros desafios a serem ultrapassados nos próximos anos, caso não declarada a inconstitucionalidade da norma. Em suma, busca-se constatar se a norma introduzida em 2012 no ordenamento jurídico apresenta-se, de fato, eficaz.

Dessa forma, por meio de estudo exploratório do tipo levantamento doutrinário, bibliográfico e documental, buscar-se-á averiguar (i) a constitucionalidade da Lei 12.654/12, bem como (ii) analisar a efetividade das medidas por ela inseridas no ordenamento brasileiro até o presente momento.

As questões apresentadas se revelam importantes no momento em que tornam-se claras, a partir do entendimento e estudo aprofundado, as condições e suas consequências que as imposições legais instauradas introduziram no ordenamento nacional, citam-se a título de exemplo a possibilidade de coercibilidade da extração de amostras, a flexibilização do *nemo tenetur se detegere* e o fomento à estigmatização de condenados, já presente de forma intensa atualmente.

Assim, é possível afirmar que se trata apenas de nova ferramenta de política criminal e controle social que atende à agenda punitivista vigente, reforça a seletividade presente no sistema penal e retira ainda mais a dignidade daqueles rotulados pelo sistema como criminosos de grande periculosidade.¹

A fim de examinar os mencionados aspectos, esta monografia será estruturada em três capítulos. No primeiro será realizado estudo sobre a evolução das técnicas de identificação humana até o advento da genética forense, bem como será traçado histórico da legislação responsável por regulamentar a matéria ao longo dos anos. Adiante, no segundo capítulo, será estudada a constitucionalidade das disposições da Lei 12.654/12 sob o viés dos princípios e garantias constitucionais, penais e processuais penais do ordenamento brasileiro. Por fim, em

¹ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: Uma análise do art. 9º-A da Lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica. **Revista Jurídica**. Curitiba. Ano 2016. Volume 04. Número 45. p. 219.

um terceiro e último capítulo, será realizado o cruzamento de informações de estudos estatísticos de relatórios divulgados pelo Governo Federal a fim de apontar o uso conferido à Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos até o momento atual, buscando averiguar a efetividade da medida.

1. A IDENTIFICAÇÃO HUMANA

A individualização entre o que consideramos semelhante não é novidade para a espécie humana. Desde os primórdios da civilização buscamos separar e identificar aquilo que diante de nós se apresenta, seja isto objetos, animais, ou mesmo cores.

As distinções são realizadas seja pela necessidade de separar e atribuir identificação no intuito de particularizar categorias, de marcar aquilo que é diferente, isto é, separar as coisas distintas entre si, pois, em razão do uso da lógica, se percebe que não se tratam de semelhantes. É o que ocorre, por exemplo, quando separamos garfos, facas e colheres dentro de uma mesma gaveta. Compartimentamos porque distintos.

Todavia, quando a humanidade transpassou de identificar objetos para identificar a si mesmos frente a seus iguais, podemos observar que surgiu a necessidade de se destacar frente aqueles que nos são semelhantes, ou seja, distinguimos, também, em razão da necessidade humana de se individualizar.

A semelhança da espécie humana associada a nossa capacidade de raciocinar faz com que criemos em nós mesmo a necessidade de nos individualizarmos perante aqueles que convivem em nosso meio social. Desta forma, realizamos ações, mesmo que pequenas e cotidianas, buscando criar diferenças que possam nos individualizar frente a irmãos, amigos, colegas de trabalho. Uma simples modificação tal como um corte de cabelo atende tal necessidade.

Mesmo que de forma inconsciente, tendemos a nós aproximar daqueles que se assemelham ainda mais a nós segundo aspectos culturais, linguísticos ou até mesmo aspectos de preferências alimentares, literárias, musicais, de vestuário e entre outros. De forma que, pode-se dizer que essa aproximação, até certo ponto, retira ainda mais nossa individualidade e nos mistura dentro de um grupo com características ainda mais homogêneas e, conseqüentemente, buscamos por formas alternativas de nos destacarmos frente a esses.

Tais podem ser considerados sinais da sociedade atual, marcada pela modernidade, diversidade e fluidez, que exacerbam no ser humano sua necessidade de individualização perante a sociedade massificada atual.

Porém, a busca pela identidade própria e por sinais distintivos esteve, também, presente tempos passados, seja decorrente de aspectos culturais como, por exemplo, as pinturas corporais de tribos indígenas, ou seja decorrente de tempos sombrios, como, por exemplo, a proibição de escravos andarem calçados ou a marcação de judeus na Europa dominada por Hitler.

1.1. Identificação civil e criminal

O aspecto da identidade humana que ganha relevância no presente trabalho é aquele surgido quando da formação do que Rousseau denominou de *Contrato Social*, isto é, quando a sociedade se organizou e se submeteu ao julgo da formação de um estado civil para que deixasse o estado de natureza e passasse a viver sem autonomia completa, mas em segurança e com direitos garantidos por um estado que os representasse.

Desta forma, o vínculo jurídico formado entre o Estado e seu cidadão torna indispensável que este indivíduo possa ser corretamente identificado pelo estado, seja para que possa pleitear direitos perante este ou para que lhe possa ser atribuída punição em razão de infrações as leis do ordenamento em voga. Em ambos os casos, contudo, trata-se de etapa significativa e importante, pois busca conferir legitimidade ao ato formal, a prestação jurisdicional que será realizada pelo estado juiz para com o cidadão, evitando, portanto, prejuízos originados de erros quanto à pessoa.

Nesse sentido, ao longo dos anos, a evolução da sociedade, de suas práticas, o descobrimento de novos recursos e novas tecnologias possibilitou, também, a evolução das técnicas de identificação, de forma que mecanismos antigos como a demarcação de sinais, a catalogação de marcas de nascença, cicatrizes e tatuagens foram se tornando técnicas obsoletas e, por isso, gradualmente foram substituídas por métodos mais tecnológicos como a fotografia, datiloscopia, biometria.

Modernamente, a identificação humana realizada pelo estado pode ser dividida em duas grandes espécies, a civil e a criminal. Em um primeiro momento é realizada a identificação civil, a qual utiliza, geralmente, mais de um procedimento para a correta identificação do cidadão. São exemplos de identificação civil a elaboração de documentos tais como carteiras

de identidade e de trabalho, certidão de casamento, carteira profissional.² Todos são formas por meio das quais o estado diferencia os seus cidadãos, utilizando, em regra, dados qualificativos e as técnicas de fotografia e datiloscopia. Em suma, reúnem-se os dados de determinado cidadão e os associam ao nome que a ele foi atribuído.

Ademais, para além da identificação civil, a Constituição Federal (CF/CRFB) possibilitou que o estado realizasse forma alternativa de identificação, qual seja: a criminal. Assim prevê o texto constitucional a respeito da identificação criminal de seus cidadãos:

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:

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei. (grifo nosso).

Desta forma, a interpretação direta do disposto na Constituição permite concluir que a identificação criminal é forma secundária e excepcional de individualização do cidadão. Sobre a identificação, Guilherme Souza Nucci ensina:

Identificar significa determinar a identidade de algo ou alguém. No âmbito jurídico, quer dizer apontar individualmente e exclusividade de uma pessoa humana (...). No campo criminal individualiza-se a pessoa para apontar o autor, certo e determinado, sem qualquer duplicidade, da infração penal.³

A identificação criminal, a qual é realizada dentro do âmbito das periciais criminais, em regra, envolve técnicas e procedimentos semelhantes aos realizados na identificação civil, tais como a identificação fotográfica e datiloscópica.⁴

² BRASIL. Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. *Artigo 2º. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 02 out. 2009. Seção 1, p. 1. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 31 maio de 2018.

³ NUCCI, Guilherme Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 691.

⁴ Sobre a datiloscopia, ensina Dalton Croce: “A dactiloscopia estuda as impressões digitais, que são vestígios e marcas deixadas pelas polpas dos dedos graças à substância gordurosa secretada pelas glândulas sebáceas em quase todos os locais de crime e em objetos os mais variados, como a superfície lisa de vidros, espelhos, copos, móveis, louças e faianças, armas, facas, frutas, folhas de plantas, luvas. Interessa, portanto, diretamente à Justiça, para apontar autor de delito pela impressão digital deixada em local de crime, reincidências etc. O método baseia-se na existência, na polpa dos dedos, de desenhos característicos, individuais, formados pelas cristas papilares na derme. Locard registra três propriedades altamente valorizantes dos desenhos papilares: perenidade, imutabilidade e variedade.

Renato Brasileiro afirma que a identificação criminal exerce função central no que se refere ao exercício do Direito Penal pelo Estado, visto que por meio dela é realizado o registro dos dados identificadores de possível autor de infração penal que se encontra em corrente investigação, possibilitando a certeza de sua identidade e, por isso, a convicção de que, após finda a instrução criminal, as sanções estarão sendo aplicadas a pessoa correta, qual seja, a responsável pelo prática da infração penal, “evitando-se o calvário inerente à condenação e prisão de um inocente”.⁵

1.2. A identificação genética

A despeito dos métodos mencionados, a evolução científica associada a diversificação dos campos de estudo dentro da grande área das perícias criminais possibilitaram nos últimos anos um grande desenvolvimento da perícia genética, a qual inicialmente era utilizada dentro da área civil, principalmente, nos procedimentos da área de família no que concerne a determinação da paternidade da criança/adolescente envolvido na causa. Porém, a partir de 2012, a perícia genética foi autorizada no ordenamento brasileiro como forma de identificação criminal.

a) Perenidade — [...] As impressões digitais são perenes, isto é, não mudam com o passar dos anos, como ocorre com o organismo em geral, apresentando o adulto e o velho os mesmos desenhos que tinham ao nascer.

b) Imutabilidade — Queimaduras de 1.º e 2.º graus, aplicação de acetona, formol e corrosivos, atritos da pele determinados por profissões, limagem dos dedos não destroem as cristas papilares, bastando 48 horas de repouso para que as impressões reapareçam, sem que tenham sofrido qualquer alteração. [...] Dessa maneira, as impressões digitais são indestrutíveis no vivo, não se modificando pela vontade, nem patologicamente, reaparecendo sempre como eram; são, portanto, imutáveis.

c) Variedade — Os desenhos das cristas papilares são individuais, não tendo sido encontradas até hoje, em milhares de fichas dactiloscópicas, duas impressões digitais idênticas. Ainda mais: nos dedos de um mesmo indivíduo elas não são iguais. São a individualidade e a imutabilidade que conferem ingente valor à dactiloscopia. Os gêmeos univitelinos podem apresentar desenhos semelhantes, mas nunca absolutamente iguais. Dois indivíduos podem ter a mesma ficha dactiloscópica, isto é, de classificação semelhante; nunca, entretanto, serão idênticas. O exame minucioso aponta diferenças significativas, pois, se assim não fosse, o método perderia todo o interesse prático. Semelhança não é sinônimo de identidade, havendo sempre *pontos característicos*, peculiares a cada desenho, presentes em toda impressão papilar (ilhotas, linhas cortadas, forquilhas, bifurcação e encerro), que permitem fazer-se a distinção. Para estabelecer a identidade basta serem evidenciados de doze a vinte desses acidentes nas cristas papilares, situados homologamente em duas impressões digitais e sem nenhuma discrepância”.

CROCE, Delton; CROCE JR., Delton. **Manual de medicina legal**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 145.

⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 4ª Edição. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 177.

O desenvolvimento e estudo da genética percorreram um longo caminho para que fosse possível a sua utilização atual no campo da genética forense, tendo seu surgimento ocorrido séculos atrás, em 1869, quando Friedrich Miescher descobriu a existência do que mais tarde receberia o nome de *Deoxyribonucleic Acid* (DNA) no interior das células do sangue humano⁶, todavia, sua origem remonta aos experimentos realizados pelo Monge Gregor Mendel quando dos seus testes envolvendo a transmissão de características no cruzamento de diferentes linhagens de ervilhas.

Apenas anos depois, em 1953, que os cientistas Watson e Crick, reunindo conclusões de diversas experiências realizadas por outros cientistas ao longo dos anos, foram capazes de propor um modelo, uma estrutura para a forma que o DNA assumiria no interior das células do corpo humano. O modelo tridimensional da ‘Dupla Hélice’ por eles proposto é vigente até hoje e foi capaz de elucidar de maneira clara a forma como os diversos compostos do DNA se interligavam.⁷

O DNA consiste em cadeias de nucleotídeos compostas e interligadas por ligações de fosfato, açúcares, no caso do DNA a Desoxirribose, e diferentes bases de hidrogênio, a Adenina, Guanina, Citosina e Timina, as quais se ligam por meio de pontes de hidrogênio conferindo a forma de dupla hélice ao DNA.⁸

Composto por várias cadeias de nucleotídeos, a parte do DNA responsável por carregar as informações genéticas dos seres humanos são denominadas genes, sendo estas as responsáveis por determinar características físicas (fenótipo) e o funcionamento correto de nosso organismo. “O DNA (...) é assinatura genética dos seres vivos. Dentro de cada célula há material nuclear [...] e cada ser vivo possui uma sequência de genes que compõe o seu DNA (...). Só há uma possibilidade de o DNA ser igual em duas pessoas, qual seja quando estas são gêmeos univitelinos”.⁹

⁶ PRAY, Leslie. **Discovery of DNA structure and function:** Watson and Crick. Nature Education, 2008. Disponível em: <<https://www.nature.com/scitable/topicpage/discovery-of-dna-structure-and-function-watson-397>>. Acesso em: 31 de maio de 2018.

⁷ *Idem.*

⁸ *Idem.*

⁹ GREGO, Rogério. **Medicina Legal à Luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal:** teoria resumida. SANTOS, William Douglas R. dos; CALHAU, Lélío Braga; KRYMCHANTOWSKI, Abouch Valenty; ANCILLOTTI, Roger. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 21.

Além de sua estrutura e da armazenagem de informação genética, o DNA possui grande importância em razão de suas propriedades, visto que são essas as características que o possibilitam desempenhar sua função de forma apropriada e possibilitam o seu amplo estudo e emprego na área das perícias criminais. Primeiramente, a sua alta capacidade de armazenamento é fundamental, visto que, além dos genes, o DNA codifica informações para a produção de inúmeras proteínas e enzimas essenciais para o funcionamento do organismo. Além disso, tendo em vista que todas as células do organismo se originaram da replicação de uma única célula, a célula-ovo, e o fato de que todas carregam a mesma informação genética em seu núcleo, o DNA é altamente eficiente em se duplicar de forma fiel. Ademais, em que pese a possibilidade de replicação fiel e a sua estabilidade, a capacidade do DNA de mudar, isto é, de incorporar alterações hereditárias originadas da seleção natural evolutiva é de essencial importância para a sobrevivência e evolução das espécies.¹⁰

Isto posto, fácil perceber a relevância da genética forense dentro da grande área da perícia criminal. A sua utilização é capaz de possibilitar resultados demasiadamente mais precisos na identificação do que aqueles obtidos por meio dos métodos tradicionais de identificação, visto que não limitada pela existência de registros médicos ou pela necessidade de conservação da amostra examinada, fatores imprescindíveis quando utilizados, por exemplo, os métodos de identificação pela arcada dentária ou por impressões digitais.¹¹

1.3. Histórico legal da identificação criminal

A identificação criminal no período anterior a promulgação da Constituição Federal, em 1988, era regulada pelo artigo 6º, VIII, do Código de Processo Penal (CPP), o qual trazia expresso comando para que a autoridade policial responsável pela investigação realizasse a identificação criminal do indiciado por meio do processo datiloscópico.¹² Desta forma, independentemente da comprovação ou não da identidade civil, a coleta de impressões digitais deveria ser realizada.

¹⁰GRIFFITHS, Anthony J. F. **Introdução à genética**. 9ª Edição – Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

¹¹ALMEIDA, Mariana Oliveira de. **A problemática trazida pelos bancos de perfis genéticos criminais no Brasil**. 2014. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2014. p. 11.

¹²BRASIL. **Código de Processo Penal**. 24ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018. Art. 6º, inciso VIII.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal (STF), em 1977, sumulou o entendimento nº 568, conforme segue:

Súmula 568, STF: A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente.¹³

Desta forma, a jurisprudência do STF e o disposto no CPP estabeleceram como regra que o procedimento de uma investigação penal fosse sempre acompanhado, isto é, fosse precedido, pela realização da identificação criminal do acusado. Em suma, tinha-se estabelecido a identificação criminal como regra dentro do procedimento de uma investigação penal.

Todavia, após a promulgação da Carta Constitucional, em 1988, o artigo quinto, o qual estabelece em seus incisos direitos e garantias fundamentais do cidadão considerados na Constituição Federal como cláusulas pétreas, conforme já mencionado, trouxe previsão expressa de que a identificação criminal apenas poderia ser realizada em casos estabelecidos em lei. Desta forma, o novo ordenamento instaurado pela Constituição Federal trouxe previsão diametralmente oposta ao entendimento que vigorava anteriormente.

A regulação infraconstitucional em lei específica foi concretizada em 2000, por meio da publicação da Lei 10.054, a qual dispunha que o indiciado e aquele contra quem houvesse mandado de prisão expedido seriam submetidos à identificação criminal, caso não civilmente identificados.

Todavia, o mencionado dispositivo legal trouxe, também, previsão em rol extensivo de que a identificação criminal seria obrigatória caso o indiciamento fosse realizado com base na prática dos crimes de homicídio doloso, receptação qualificada, falsificação de documento público, crimes contra o patrimônio cometido mediante o emprego de violência e, por fim, nos crimes contra a liberdade sexual.¹⁴

Tal regulação esteve vigente até a publicação, em 2009, da Lei 12.037, sendo este o dispositivo legal atualmente em vigor e, portanto, responsável por oferecer regulamentação

¹³BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 568. 5 de Janeiro de 1977. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4016>>. Acesso em: 27 de novembro de 2018.

¹⁴BRASIL. Lei 10.054, de 7 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a identificação criminal e da outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 08 dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10054.htm>. Acesso em 30 set.2017. Artigo 3º.

aos casos em que está autorizada a identificação criminal no ordenamento brasileiro, não tendo sido feita mais menção a obrigatoriedade em crimes específicos.

Nesse sentido, haja vista que se trata, em tese, de procedimento apenas autorizado quando impossibilitada a identificação civil do envolvido, em seu artigo segundo, a norma apresenta relação de documentos por meio dos quais será comprovada a identificação civil, trazendo, inclusive a equiparação aos documentos civis àqueles que são emitidos por órgãos de identificação militares.

Os documentos elencados no art. 2º, da Lei 12.037/09 podem ser considerados como um rol exemplificativo em razão do disposto em seu inciso sexto, visto que este trouxe possibilidade de a identificação ser realizada por meio de documento outro que possibilite a identificação, porém, conforme afirma Renato Brasileiro:

[...] uma certidão de nascimento, por si só, não é capaz de identificar civilmente o indivíduo, haja vista não ser dotada de fotografia. Aliás, o próprio art. 3º, II, da Lei 12.037/09, autoriza a identificação criminal quando o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado.¹⁵

Todavia, é apenas a partir de 2012, quando da aprovação da Lei 12.654 que a genética forense ocupará papel controverso no âmbito da identificação criminal. O mencionado dispositivo legal realizou significativas alterações no texto da Lei 12.037/09 no sentido de possibilitar o uso da genética forense na identificação criminal.

A possibilidade de coleta do perfil genético no âmbito da identificação criminal encontra a seguinte previsão na Lei 12.037/09:

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)**

Art. 5º-A. Os **dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos**, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. **(Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)**

§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos **não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas**, exceto

¹⁵LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Volume único. 4ª Edição. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 121.

determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão **caráter sigiloso**, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

Art. 7º-A. **A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.** (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

Art. 7º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012). (Grifo nosso)

Para além, a Lei 12.654/12 realizou, também, significativas alterações na Lei 7.210/84 – Lei de Execução Penal (LEP). Dentre essas alterações está a inclusão do art. 9º-A na LEP, o qual passou a ter a seguinte redação:

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 n 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)

Todavia, a presente alteração trouxe complicações. Ao determinar a extração obrigatória e armazenagem por período indefinido¹⁶ das informações presentes no perfil genético desses condenados, a Lei 12.654/12 contrariou inúmeros princípios dispostos no art. 5º da Constituição Federal, os quais são considerados cláusulas pétreas do ordenamento jurídico brasileiro, além de desconsiderar a própria excepcionalidade da identificação criminal prevista no mesmo dispositivo legal. Tais aspectos serão analisados em capítulo próprio.

1.4. Do procedimento de identificação genética

¹⁶O perfil genético quando coletado em sede de investigação penal, uma vez comprovado ser imprescindível para a conclusão das investigações, deve ser armazenado durante o período previsto como prazo prescricional do delito, todavia, quando coletado em razão de sentença transitada em julgado por crime cometido dolosamente mediante violência de natureza grave ou por crime hediondo, não possui regulamentação com relação ao seu período de armazenagem.

Conforme o texto legal, o material genético coletado será armazenado em banco de dados público, no caso, o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG). O BNPG é, portanto, um sistema informatizado no qual os perfis genéticos são inseridos, tanto as amostras questionadas quanto todas as amostras de comparação, a fim de que possa ser realizado cruzamento de ambos os bancos de dados.

O Decreto 7.950, de 12 de Março de 2013, o qual regulamenta a Lei 12.654/12, é o responsável por instituir o BNPG e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG). Segundo tal normativa, o BNPG é o local onde serão armazenados dados de perfis genéticos a fim de fornecer subsídios para a apuração criminal, bem como para identificação de pessoas desaparecidas. Ademais, no que tange à RIBPG, trata-se de mecanismo por meio de qual é possível o cruzamento de dados entre os diferentes bancos, seja a nível federal ou estadual.

O BNPG e a RIBPG não possuem características civis. A RIBPG é resultante da cooperação dos laboratórios públicos estaduais, distrital e federal que, administrados pelo órgão federal de perícia do Ministério da Justiça, organizarão através da inserção dos perfis e gerenciamento das comparações do BNPG. A gestão, desta forma, é feita por servidores públicos, no caso, peritos oficiais com experiência na área de genética forense. Portanto, a tutela e guarda do material e dos dados são feitas exclusivamente pelo Estado, sem envolvimento do meio privado. Desta forma, pode-se entender que a guarda da prova e da informação são inerentes ao Estado com atribuição ou à União.

Ademais, conforme determina a própria Lei 12.654/12, o BNPG possui caráter sigiloso, devendo o acesso ser feito apenas mediante autorização e somente por pessoas com as credenciais necessárias. Além do mais, no que tange a administração do BNPG, esta deverá ser entregue a atribuição de perito criminal federal habilitado e com experiência da grande área da genética forense.

Similar foi o tratamento conferido ao Comitê Gestor. Conforme art. 2º do Decreto 7.950/13, o Comitê Gestor é formado por integrantes do Ministério da Justiça, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e representantes das cinco regiões geográficas

do país. A coordenação da RIBPG é exercida, contudo, nos moldes do BNPG, isto é, por perito criminal vinculado ao Departamento de Polícia Federal.¹⁷

Não obstante o apresentado até o momento, conforme bem assevera a Professora Taysa Schiocchet, não se pretende com o presente minimizar a importância da utilização forense do DNA e das informações por meio dele obtidas, todavia, frente aos inúmeros usos para os quais os dados podem ser destinados, seus riscos e benefícios, seja em termos de segurança pública ou na esfera pessoal do examinado, bem como o respeito ou violação a direitos individuais, percebe-se necessário que o uso deste mecanismo seja feito conforme uma regulamentação legal exaustiva, além de coerente e coesa dentro do ordenamento jurídico pátrio, da ética, bioética e uso das técnicas necessárias.¹⁸

Assim, nos capítulos seguintes se pretende analisar a regulamentação do uso da genética forense, especificamente no âmbito criminal, à luz dos direitos individuais estipulados e garantidos no texto constitucional e tratados internacionais internalizados pelo país, e, em seguida, pretende-se analisar a viabilidade da implementação a longo prazo das mudanças incluídas no ordenamento para que se possa conferir efetividade ao disposto no texto legal.

Em suma, busca-se analisar possíveis limites aos usos do DNA na genética forense de forma apartada dos discursos punitivistas que fomentam a aprovação de normativas baseadas em vagas promessas de maior segurança pública e efetividade da lei penal.

¹⁷GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: Uma análise do art. 9º-A da Lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica. *In Revista Jurídica*. Curitiba. Ano 2016. Volume 04. Número 45. p. 214.

¹⁸SCHIOCCHET, T. Reflexões jurídicas acerca da regulamentação dos bancos de perfis genéticos para fins de investigação de criminal no Brasil. In: Helena Machado; Helena Moniz. (Org.). **Bases de Dados Genéticos Forenses: tecnologias de controlo e ordem social**. 1ª Ed. Ladeira da Paula: Coimbra Editora, S.A., 2014, v.1, p. 71.

2. A LEI 12.659/2012, SUAS CONSEQUENTES MODIFICAÇÕES NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO USO DO EXAME DE DNA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Conforme acima foi apresentado, as alterações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 12.654/12 em dispositivos legais já existentes, tais como a Lei 12.037/09 e a Lei 7.210/84, possibilitaram a coleta de material biológico de cidadãos em duas diferentes hipóteses, no âmbito da identificação criminal daquele não identificado civilmente, bem como no âmbito ainda criminal, mas da execução penal, porém, restrito aos indivíduos condenados por crimes violentos ou hediondos, os quais encontram rol exaustivo na Lei que os regulamenta, no caso, a Lei 7.210/84.

Todavia, o tratamento jurídico oferecido pelo ordenamento a cada um dos casos é distinto. Em um primeiro momento, a identificação criminal quando realizada de forma subsidiária a uma identificação civil deficiente ou de idoneidade questionável necessita para a sua confecção de autorização judicial, ademais, o material genético do indivíduo resta armazenado por período de tempo definido, no caso, durante a investigação criminal pelo mesmo prazo prescricional pelo qual o crime que se investiga é regulado pelo Código Penal (CP).¹⁹

Em um segundo momento, a coleta de material genético quando realizada no âmbito da execução penal possui estrutura e previsão altamente questionáveis, visto que a coleta é obrigatória, sendo necessário apenas o início da execução penal por crime que se encaixe nas exigências necessárias, isto é, ser crime considerado hediondo ou violento. Ademais, o material coletado será armazenado por período indeterminado, visto que não há prazo regulamentado em lei para o descarte das amostras e resultados coletados.

Não obstante, soma-se a isso o armazenamento do material biológico em bancos de dados estatais, no caso brasileiro, o Banco Nacional de Perfis Genéticos, no qual as amostras poderão ser utilizadas com fins de instrução criminal em investigações outras, seja em curso ou arquivadas, bem como na identificação de pessoas desaparecidas.

¹⁹V. art. 109, CP.

Entretanto, as alterações legislativas promovidas por tais dispositivo legais no ordenamento e as novas formas de investigação trazidas a vista ainda necessitam ser analisadas sob o escrutínio de princípios constitucionais penais e, também, sob a luz de garantias individuais, isto é, direitos fundamentais dos cidadãos, sendo esta a análise que se passa a discorrer à seguir.

O Direito Penal, uma vez concebido como o exercício do *ius puniendi* pelo Estado sob a luz do Estado Democrático de Direito – sendo tal a realidade brasileira –, encontra limitações nos princípios e garantias individuais previstos na Carta Magna.

“O ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que garante o Estado com instrumentos necessários à sua ação, protege certos interesses dos indivíduos contra a intromissão estatal”.²⁰ Desta forma, segundo Marcelo Novelino, direitos individuais são atributos, faculdades, conferidas pela Constituição ao particular como forma de garantia de proteção aos seus direitos mais básicos, podendo essa proteção ser exercida tanto em face da própria atuação estatal como em face de outros particulares.

Em suma, “as garantias não são um fim em si mesmo, mas um meio a serviço de um direito substancial. São instrumentos criados para assegurar a proteção e efetividade dos direitos fundamentais.”²¹ Desta forma, afirma Paulo Gustavo Gonet Branco que:

As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam (...), nem sempre, contudo, a fronteira entre uma e outra categoria se mostra límpida – o que, na realidade, não apresenta maior importância prática, uma vez que a nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais.²²⁻²³

²⁰NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11ª edição. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 301.

²¹NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11ª edição. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 274.

²²Em que pese o tratamento semelhante concedido aos direitos e as garantias, cabe salientar que são de institutos distintos. Ensina Paulo Bonavides que *Direito* é a possibilidade de realizar certo ato, seja por autorização legal ou reconhecimento natural, enquanto que *Garantia* é o mecanismo de defesa desse direito, é a forma de assegurar ao titular o devido exercício de sua faculdade. Portanto, “Os direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas, e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se”.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 528.

Cabe ressaltar ainda que, conforme Maria Elizabeth Queijo, os direitos e garantias fundamentais são, em suma, direitos humanos previstos expressamente nas constituições dos países ao redor do globo. Ademais, segundo a autora, para Canotilho, “os direitos humanos são “direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos”, enquanto os direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”.²⁴

Nesse sentido, inicialmente, a obrigatoriedade de fornecimento do material genético por parte do condenado por crimes hediondos ou violentos pode ser analisada sob a luz do princípio da legalidade. Previsto no art. 5º, inciso II, CF, o princípio da legalidade dispõe que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*²⁵, sendo, portanto, inserido no âmbito dos direitos de defesa.²⁶

Os direitos de defesa estabelecem limites ao estado e suas arbitrariedades, isto é, segundo Branco, direitos de defesa são dever de abstenção, de não interferência, de não intromissão do Estado no que se considera como âmbito de autodeterminação dos indivíduos. O autor conclui que “o direito de defesa, neste passo, ganha forma de direito à não afetação [pelo estado] dos bens protegidos”.²⁷

O princípio da legalidade, então, dispõe que os seres são livres para exercer suas vontades e desejos, sendo apenas restritos a se abster de praticar comportamentos vedados por lei, ademais, segundo tal princípio, os comandos ativos estatais para com o indivíduo apenas podem ser exercidos por meio da edição de leis em sentido amplo, entendidas como

²³MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Edição. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 169.

²⁴QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo** – o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 70.

²⁵Art. 5º, II, CRFB/88 - 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;

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Edição. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 157.

manifestações do poder legislativo como representante do povo em um Estado Democrático de Direito.²⁸

Todavia, conforme Novelino, a função de criar leis, exercida precipuamente pelo Poder Legislativo, sofre controle pelo princípio da razoabilidade, ademais, devem obedecer as disposições constitucionais. Nesse sentido, a criação de dispositivos legais pelas casas legislativas deve ser realizada sempre à luz da Constituição, de forma que não se pode exigir do indivíduo, mesmo que mediante lei, conduta que contrarie seus próprios direitos fundamentais.²⁹

Segundo Branco, "a afronta a um direito de defesa deve encontrar remédio na ordem jurídica, com vistas a compelir o Estado a se abster de praticar o ato incompatível com os direitos fundamentais ou anular o que já praticou". Desta forma, a lei que desafie a Carta Constitucional poderá ter sua constitucionalidade questionada por meio dos mecanismos de controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

A aprovação da Lei 12.654/12 trouxe em seu texto um comando do legislador para com os indivíduos de conduta ativa, no caso, o comando positivo de, obrigatoriamente, fornecer seu próprio material genético para a catalogação em banco de dados a fim de identificação criminal. Todavia, tal diretriz do legislador fere garantias individuais, tais como a garantia contra a autoincriminação, a presunção de inocência, a proibição de penas perpétuas, a humanidade das penas, a privacidade e integridade física, a pessoalidade da pena e a vedação à tortura.

Assim como a maioria dos ordenamentos, a Constituição Federal reconheceu o direito a não autoincriminação (do latim: *nemo tenetur se detegere*) em sua acepção de direito ao

²⁸A menção a lei em sentido amplo se faz necessária tendo em vista a necessidade de distinguir o princípio da legalidade do princípio da reserva legal, visto que ambos se conectam segundo relação gênero-espécie. Sobre o tema, ensinam Novelino e Cunha que "o princípio da legalidade possui uma abrangência mais ampla que o princípio da reserva legal. Enquanto o primeiro consiste na submissão a todas as espécies normativas elaboradas em conformidade com o processo legislativo constitucional (*lei em sentido amplo*), o princípio da reserva legal incide apenas sobre campos materiais específicos, submetidos exclusivamente ao tratamento do Poder Legislativo (*leis em sentido estrito*)".

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11ª edição. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 386.

²⁹*Idem*.

silêncio, no caso, principalmente, durante a fase inquisitorial do procedimento de Inquérito Policial.³⁰ Todavia, a garantia encontra previsão em tratados internacionais sobre direitos humanos³¹ já internalizados pelo ordenamento brasileiro, tais como o Pacto San José da Costa Rica³² e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.³³

³⁰QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo** – o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 286.

³¹Conforme bem ensina André Nicolitt, há na doutrina um consenso com relação ao entendimento de que o princípio *nemo tenetur se detegere* encontra-se consagrado pela Constituição Federal, em que pese a sua previsão apenas em sua acepção de garantia do direito ao silêncio. Nesse sentido, a divergência existe com relação ao âmbito de proteção oferecido pela mencionada garantia ao seu titular, se sujeito de direitos ou objeto na relação jurídica processual penal. Segundo o autor, "na tradição da jurisprudência constitucional brasileira, esse princípio tem ganhado contornos mais alargados, designadamente para vedar qualquer colaboração não voluntária do sujeito passivo relativamente à investigação ou instrução". NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 5ª Edição. Rev. atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 161.

³²Art. 8º, Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica):

Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

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:

- a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
- h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. (Grifo nosso)

³³Art. 14, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – Decreto nº 592, de 6 de Julho de 1992:

Artigo 14

1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais

A garantia contra a autoincriminação integra os já mencionados direitos de defesa, sendo mecanismo por meio do qual é possibilitado ao acusado, seja em sede de procedimento investigatório ou de processo judicial, adotar certas condutas ou, inclusive, de permanecer inerte a fim de evitar produzir ou colaborar para a obtenção por parte da acusação de evidências que possam contribuir para a sua incriminação.

De acordo com Renato Brasileiro de Lima:

Trata-se de uma modalidade de autodefesa passiva, que é exercida por meio da inatividade do indivíduo sobre quem recai ou pode recair uma imputação. Consiste, grosso modo, na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado (ou acusado) em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação.³⁴

a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.

2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;

b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;

c) De ser julgado sem dilações indevidas;

d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;

e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento eo interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;

f) De ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento;

g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

4. O processo aplicável a jovens que não sejam maiores nos termos da legislação penal em conta a idade dos menores e a importância de promover sua reintegração social.

5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.

6. Se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou se um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente dessa condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, a não revelação dos fatos desconhecidos em tempo útil.

7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país. (Grifo nosso).

³⁴LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Vol. único. 4ª Edição. Rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 69.

A título exemplificativo, o *nemo tenetur se detegere*, no Brasil, é a base utilizada pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões que reconheceram a não obrigatoriedade do investigado, por exemplo, em proceder a reconstrução de uma cena de crime, em negar-se a realizar o teste do "bafômetro"³⁵ ou em não permitir a retirada de amostras sanguíneas para a realização de exame de alcoolemia ou em não ser obrigado a fornecer padrões de escrita para a confecção de perícia grafotécnicas.³⁶⁻³⁷

³⁵PROCESSUAL PENAL. PROVAS. AVERIGUAÇÃO DO ÍNDICE DE ALCOOLEMIA EM CONDUTORES DE VEÍCULOS. VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO. 1. O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece **que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*). Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal. 2. Em nome de adequar-se a lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando-o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei. 3. O tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é formado, entre outros, por um elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de interpretação, qual seja, o índice de 6 decigramas de álcool por litro de sangue. 4. O grau de embriaguez é elementar objetiva do tipo, não configurando a conduta típica o exercício da atividade em qualquer outra concentração inferior àquela determinada pela lei, emanada do Congresso Nacional. 5. O decreto regulamentador, podendo elencar quaisquer meios de prova que considerasse hábeis à tipicidade da conduta, tratou especificamente de 2 (dois) exames por métodos técnicos e científicos que poderiam ser realizados em aparelhos homologados pelo CONTRAN, quais sejam, o exame de sangue e o etilômetro. 6. Não se pode perder de vista que numa democracia é vedado ao judiciário modificar o conteúdo e o sentido emprestados pelo legislador, ao elaborar a norma jurídica. Aliás, não é demais lembrar que não se inclui entre as tarefas do juiz, a de legislar. 7. Falece ao aplicador da norma jurídica o poder de fragilizar os alicerces jurídicos da sociedade, em absoluta desconformidade com o garantismo penal, que exerce missão essencial no estado democrático. Não é papel do intérprete-magistrado substituir a função do legislador, buscando, por meio da jurisdição, dar validade à norma que se mostra de pouca aplicação em razão da construção legislativa deficiente. 8. Os tribunais devem exercer o controle da legalidade e da constitucionalidade das leis, deixando ao legislativo a tarefa de legislar e de adequar as normas jurídicas às exigências da sociedade. Interpretações elásticas do preceito legal incriminador, efetivadas pelos juízes, ampliando-lhes o alcance, indubitavelmente, violam o princípio da reserva legal, inscrito no art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". 9. Recurso especial a que se nega provimento.**

BRASIL. STJ, Recurso Especial nº 1.111.566/DF, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 28 de março de 2012.

³⁶Segundo ensina André de Carvalho Ramos, "o investigado não pode ser obrigado, sob "pena de desobediência", a fornecer qualquer elemento de prova contra si mesmo. Por exemplo, não cabe exigir autógrafos para servir de padrão à perícia. Há outros métodos menos gravosos e que atingem o mesmo resultado, como, por exemplo, fazer requisição a órgãos públicos que detenham documentos da pessoa a qual é atribuída a letra". Da mesma forma é o posicionamento do citado autor com relação a provas que necessitam de possível intervenção corporal, isto é, Carvalho Ramos entende que perícias que envolvem intervenção corporal não podem ser realizadas na forma de uma exigência, mas não haveria óbice caso cedidas voluntariamente, mediante consentimento informado, pelo acusado. Importante ressaltar que o próprio autor assevera que existem ordenamentos em que intervenção corporal, mantida em níveis mínimos, é aceitável. Segundo o autor: órgãos internacionais de direitos humanos, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, *aceitam* a intervenção corpórea mínima no próprio investigado (p. ex., exame compulsório de DNA), de modo a preservar o direito à verdade e à justiça das vítimas, fazendo *ponderação* entre os direitos do investigado e os direitos das vítimas". RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 755.

³⁷*Idem*.

Desta forma, tal postulado visa a proteção do investigado/acusado contra possíveis arbitrariedades do estado, as quais eram muito comuns no passado e, infelizmente, ainda ocorrem em algumas circunstâncias no presente. Ademais, a garantia contra a não autoincriminação é escolha do suspeito em não colaborar ativamente com as investigações contra si empreendidas, sendo, portanto, faculdade do sujeito ativo do direito em não contribuir para auxiliar as instruções criminais, visto que, *in fine*, o ônus probatório incumbe à acusação, conforme será abordado em momento oportuno.

Por conseguinte, conforme Branco:

O direito a não ser *obrigado* a se autoincriminar compõe o direito à defesa. A não incriminação é uma modalidade de autodefesa passiva, que é exercida por meio da *inatividade* do indivíduo sobre quem recai ou pode recair uma imputação. O indivíduo pode defender-se da maneira que entender mais conveniente, sem que ninguém possa coagi-lo ou induzir seu comportamento, podendo inclusive optar pelo *non facere* (...). O direito de não ser obrigado a se autoincriminar implica a proibição de qualquer ato estatal que impeça, condicione ou perturbe a vontade do indivíduo de não contribuir para o processo sancionatório contra ele dirigido no momento ou no futuro.³⁸

Ressalta-se, contudo, que, conforme bem pontua Aury Lopes Júnior, a aplicabilidade da garantia protetiva assegurada pelo *nemo tenetur se detegere* não pode acarretar ao seu titular qualquer tipo de outra presunção que não a sua negativa em colaborar com o ônus probatório da acusação, isto é, em que pese sua recusa, esta não pode ser utilizada como forma de retirar o sujeito passivo de seu estado de inocência. Desta forma, em suma, o exercício do direito de não autoincriminação não pode acarretar em prejuízo em qualquer esfera para aquele que o exercer.³⁹

Ademais, segundo bem coloca Elizabeth Queijo, trata-se de direito individual que também possui dimensão pública, isto é, há na garantia do *nemo tenetur se detegere* um interesse público manifesto pela sua direta ligação com o direito à defesa e princípio do devido processo legal. "Nesse sentido, não é apenas o direito daquele indivíduo que está sendo investigado ou processado, especificamente, mas é de interesse público, para o

³⁸RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 752.

³⁹LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 243.

exercício correto e adequado da jurisdição (...). Trata-se de garantia da liberdade [...] de autodeterminação do acusado".⁴⁰

Assim, conforme entende Maria Elizabeth, a regra tanto para a fase pré-processual como a processual é o respeito a garantia contra a autoincriminação e, conseqüentemente, há para a acusação o dever de, sem a colaboração do acusado, confeccionar a apresentar as provas necessárias para que uma sentença condenatória possa ser proferida pelo juízo.⁴¹

Todavia, consoante outros direitos fundamentais, a garantia contra autoincriminação pode sofrer limitações quando confrontada com outros direitos assegurados pelo ordenamento nacional. Essas limitações serão, em regra, analisadas sob a luz do princípio da proporcionalidade e os sub subprincípios de adequação e necessidade. Tal possibilidade de limitação é consensual entre os doutrinadores, pois os direitos fundamentais não se presumem absolutos. Contudo, é no aspecto relacionado ao âmbito de proteção oferecido pelo *nemo tenetur se detegere*, isto é, perpetrada a limitação da garantia contra a autoincriminação, quais condutas seriam possíveis de serem exigidas do sujeito passivo no momento da produção probatória sem que se incorresse numa violação ao referido princípio.⁴²

Nesse contexto, a discussão com relação a identificação criminal e coleta de material genético, conforme disposto pela Lei 12.654/12, e o respeito ao postulado do *nemo tenetur se detegere* permeia e divide os juristas, tendo em vista tanto a conduta que se poderia exigir daquele que se pretende identificar como com relação ao questionamento da possibilidade de tal coleta ser realizada de maneira coercitiva, visto que procedimento de coleta da amostra é, em tese, invasivo.⁴³

⁴⁰QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo** – o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 48.

⁴¹QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo** – o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 410.

⁴²GIONGO, Juliana Leonora Martinelli. A identificação criminal pelo DNA em face da garantia contra a autoincriminação. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 2. Julho a Dezembro de 2016. p. 384.

⁴³O conceito de prova invasiva ou não invasiva se insere dentro da discussão sobre as intervenções corporais possíveis de serem realizadas, seja em âmbito pré-processual ou durante este. Segundo Renato Brasileiro, as intervenções corporais são os procedimentos investigativos realizados no corpo humano, mesmo que sem anuência e de forma coercitiva, a fim de comprovar a prática de uma infração penal. A doutrina brasileira subdivide as intervenções corporais em invasivas ou não invasivas. Segundo Maria Elizabeth Queijo, "provas invasivas são as que pressupõem penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não", enquanto que as provas não invasivas seriam aquelas em que não há penetração de objetos ou substâncias no corpo do sujeito passivo, sendo, portanto, mera busca pessoal. Nesse sentido, a

Conforme entende Lopes Junior:

A nova lei [Lei 12.654/12] altera dois estatutos jurídicos distintos: a Lei n. 12.037/2009, que disciplina a identificação criminal e tem como campo de incidência a investigação preliminar e, por outro lado, a Lei n. 7.210/84 (LEP), que regula a Execução Penal. Portanto, em duas situações (investigado e apenado) o sujeito passivo está obrigado a submeter-se a intervenção corporal (voluntariamente ou mediante coerção) para fornecimento de material genético. Com isso, fulmina-se a tradição brasileira de respeitar o direito de defesa pessoal negativo – *nemo tenetur se detegere* – em relação a esse tipo de prova.⁴⁴

Desta forma, entende Aury Lopes Junior que a utilização da prova genética não é, em si própria, um problema, pois este apenas surge com a obrigatoriedade de fornecimento prevista pela lei. Explica-se: Enquanto o material ("células corporais") de comparação é obtido por meio de mandados judiciais de busca e apreensão na residência, local de trabalho, veículo ou outros locais, nos quais seja possível realizar a conexão e a guarda da prova de forma que este possa ser imputado ao suspeito, ou quando a colheita do material é consentida por este e, no caso, inserida no âmbito da autodefesa – que, ressalta-se, é renunciável –, não há que se tecer crítica ao assunto. Todavia, frente a negativa do suspeito em fornecer o material ou em consentir que este seja retirado de seu próprio corpo, há uma violação flagrante da garantia individual de não produção de provas contra si mesmo.⁴⁵ Em suma, Aury Lopes entende que intervenções corporais coercitivas, isto é, sem a prévia anuência do sujeito passivo são absolutamente contrárias ao ordenamento e violam de forma flagrante o *nemo tenetur se detegere*⁴⁶, visto que "o sujeito passivo não pode ser compelido a auxiliar a acusação a liberar-se de uma carga que não lhe incumbe".⁴⁷

coleta de amostras de DNA a partir tanto de suabe (swab) oral (saliva) quanto de exames de sangue são consideradas pela autora como intervenções corporais invasivas.

Todavia, importante ressaltar que há na doutrina entendimento de que a coleta de swab oral não seria técnica invasiva, pois indolor. Tal separação, entretanto, é meramente doutrinária, visto que nem sempre poderá condizer com a experiência do periciado. Sobre o assunto, Rodrigo Garrido assevera que a escolha do método de colheita da amostra deve sempre ser possibilitada ao examinado, pois foi constatado que "vários doadores praticamente recusavam-se a abrir a boca para a realização do procedimento" por sentirem-se constrangidos.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo** – o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 289-307.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Vol. único. 4ª Edição. Rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 76.

GARRIDO, R.G. e GARRIDO, F.S.R.G. Consentimento informado em genética forense. **Acta bioeth.** vol.19 no.2, 2013. p.302.

⁴⁴LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 243.

⁴⁵LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 630.

⁴⁶LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 631.

⁴⁷*Idem*.

Maria Elizabeth adota posicionamento levemente mais flexível que o Professor Aury Lopes, afirmando que se tratando de produção probatória que não utilize técnicas invasivas e, cumulativamente, não demande necessidade de conduta ativa do sujeito passivo, não haveria necessidade de consentimento deste, sendo apenas necessária prévia autorização judicial. Todavia, tratando-se de produção probatória invasiva ou não, mas que necessite de conduta ativa do sujeito passivo, esta deveria sempre ser precedida pela anuência do examinado, assim como de autorização judicial.⁴⁸

Desta forma, sendo a extração de amostras de DNA procedimento, em regra, invasivo, a sua retirada de forma obrigatória (leia-se: coercitiva) sem que tenha sido oferecido prévio consentimento por parte do examinado, conforme estipulado pela legislação aplicável, constitui procedimento ilegal visto que eivado pela mácula à garantia assegurada pelo *nemo tenetur se detegere*.

No âmbito do processo civil, os exames de DNA passaram a desempenhar importante papel na seara do direito de família, mais especificamente no que se refere a elaboração de exames para a determinação de paternidade no bojo de ação investigatória de paternidade. Nesse aspecto, frente à recusa de fornecimento do material por parte do suposto genitor, o STF já se manifestou no sentido de ser impossibilitado o uso de força coercitiva para que o exame possa ser determinado, tendo sido feita análise, segundo o princípio da proporcionalidade, entre o direito do pretense filho em conhecer sua ascendência, isto é, falar-se em direito fundamental a identidade genética, e o direito do suposto pai em ter preservada a sua integridade física, vida privada e intimidade.

Portanto, tanto a jurisprudência do STF⁴⁹ quanto o entendimento já firmado de que "ninguém pode ser coagido ao exame ou inspeção corporal, para prova no cível"⁵⁰ permitem

⁴⁸QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo** – o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 410-419.

⁴⁹"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". BRASIL. STF, H.C. nº 71.373/RS, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 10 de nov. de 1994.

que, frente a recusa injustificada do sujeito em submeter-se ao exame, a solução encontrada no meio processual civil foi a inversão do ônus da prova, isto é, estabeleceu-se que a recusa injustificada à confecção do exame de DNA gera presunção *iuris tantum* de paternidade, passando ao suposto pai o ônus de provar que não é genitor do autor da ação de paternidade contra ele movida.⁵¹

Tal entendimento, contudo, não pode ser aplicado na seara penal. Conforme já mencionado, o ônus probatório é integral da acusação, não podendo ser *exigida* a colaboração do acusado ou transferido a ele o ônus, visto que tal seria uma ofensa ao princípio da presunção de inocência,⁵² conforme se abordará a seguir.

A presunção de inocência é princípio reitor do processo penal, sendo de vital importância para a manutenção de um sistema processual vigente dentro de um Estado Democrático de Direito. Ademais, a presunção de inocência exerce papel central nos sistemas processuais que superaram vertentes inquisitoriais e, atualmente, vigem sob os direcionamentos do sistema acusatório, no qual é mister a presença de um efetivo contraditório e de um juiz que se encontra alheio a produção probatória realizada no bojo da relação processual penal. Desta forma, o respeito a tal garantia processual pode ser utilizado como forma de mensuração no que tange ao garantismo penal oferecido pelo sistema em análise.⁵³

"DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende - de resto, apenas para obter prova de reforço - submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria."

BRASIL. STF, 1ª Turma, H.C. nº 76060/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 31 de mar. de 1998.

⁵⁰RJTJESP 112/368.

⁵¹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 301. 22 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=S%DAMULA+301&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 27 de novembro de 2018.

⁵²O princípio da presunção de inocência será aqui abordado de forma geral. Não se pretende no presente trabalho adentrar, tão pouco exaurir, a complexa discussão que permeia o Direito Processual Penal no que se refere ao entendimento das semelhanças e/ou diferenças entre a presunção de inocência e a presunção de não culpabilidade. O tema pode ser visto com maior profundidade por meio do estudo dos ensinamentos de Vincenzo Manzini e Luigi Ferrajoli.

⁵³LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 226.

Segundo tal postulado, conforme previsto no art. 5º, LVII, CRFB⁵⁴, o réu, enquanto não comprovado culpado, deve ser considerado inocente. Nesse sentido, podem ser retirados três grandes entendimentos diretamente decorrentes da presunção de inocência: (i) trata-se de regra de tratamento, visto que, mesmo que investigado ou processado por determinado fato criminoso, enquanto sob o manto da presunção de inocência, o sujeito possui direito de ser tratado, tanto pelo estado quanto pela sociedade, como se inocente fosse; (ii) trata-se de regra de julgamento da qual decorre o que o ônus probatório cabe a acusação, isto é, tendo em vista que o réu encontra-se em um estado de inocência, à acusação restará o ônus de retirá-lo de tal condição e prová-lo culpado⁵⁵; (iii) trata-se de princípio ao redor do qual o processo penal constitucional gravita, ou seja, é garantia fundamental que protege o réu contra os excessos perpetrados pelas forças policiais, Ministério Público e, também, pelo próprio juiz.⁵⁶

Assim, tendo em vista a regra de julgamento derivada da presunção de inocência, a inversão probatória aplicada ao meio civil resta impossibilitada no campo penal, pois, conforme já mencionado, o ônus de retirar o acusado de seu estado de inocência cabe inteiramente à acusação. Conforme Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

A acusação (...) tem o ônus de evidenciar suas alegações de maneira que não recaia dúvida sobre a imputação, bem como de refutar dúvidas que tenham sido colocadas pela defesa, alijando incertezas quanto a qualquer argumento defensivo. O ônus é todo do Ministério Público, a perspectiva do processo penal condenatório.⁵⁷

Assim, não é possível imputar ao réu um ônus de provar-se inocente ou, em suma, provar-se não culpado, visto que tal violaria de forma flagrante a garantia processual penal de presunção de sua inocência.

Não obstante o mencionado é possível entender que a ameaça ao princípio da presunção de inocência pode ser analisada sob um segundo aspecto, isto é, a coleta do perfil genético viola a garantia constitucional de presunção de inocência em mais de uma forma.

⁵⁴CRFB, art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

⁵⁵Ressalta-se que a prova de culpa realizada pela acusação deverá ser além da dúvida, visto que, persistindo questionamentos quanto à autoria do fato ao réu imputado, o juiz deverá realizar juízo de cognição guiado pelo princípio *in dubio pro reo*, segundo o qual, frente à dúvida, a decisão mais correta seria a prolação de sentença penal absolutória.

⁵⁶NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 5ª Edição. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.150-153.

⁵⁷TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12ª. Edição. Rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p 650.

A interpretação a contrário sensu permite entender que a Lei 12.654/12 institui no processo penal uma inversão da presunção de inocência a uma presunção de culpabilidade. O sujeito passivo da coleta de amostras contendo seu material genético deixa de ser presumido inocente e, de fato, percebe contra si a perpetuação de uma presunção de culpabilidade.

O armazenamento das amostras colhidas em um Banco Nacional de Perfis Genéticos insere o sujeito passivo em uma lista de possíveis suspeitos, desta forma, sempre que concedida a autorização judicial para o acesso da autoridade competente ao BNPG e efetuado o cruzamento de dados é colocada sobre aqueles inseridos no banco uma presunção, mesmo que não oficial ou não institucionalizada, de que estes teriam mais probabilidade de serem identificados como possíveis autores do crime ou estariam mais propensos a uma reincidência no fato criminoso. Há, portanto, uma investigação e uma sentença permanentes movidas em face daqueles que possuem seu material genético armazenado no banco de dados.⁵⁸

Conforme, Mariana Oliveira de Almeida bem sintetiza, o “indivíduo submetido ao exame de DNA torna-se um suspeito automático para todas as futuras investigações criminais em que pesquisas de dados sejam utilizadas”.⁵⁹

É perceptível, portanto, que a coleta de material genético em sede de execução penal transforme o sujeito da relação em objeto de prova contra si mesmo, pois o perfil armazenado poderá servir como fundamentação para possível condenação em processo futuro ou em andamento cuja sentença não tenha transitado em julgado. Ademais, conforme já ressaltado, a ausência de previsão legal para que o perfil coletado e armazenado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória seja retirado do BNPG revela-se como imposição de pena velada.

A armazenagem infinita desse perfil traduz-se, em verdade, em uma pena que não foi oficialmente aplicada pelo juiz de direito, isto é, a manutenção do perfil do condenado no BNPG por prazo indefinido é, de fato, uma pena que não foi cominada pelo juiz natural do processo por meio do qual o indivíduo foi condenado.

⁵⁸ALMEIDA, Mariana Oliveira de. **A problemática trazida pelos bancos de perfis genéticos criminais no Brasil**. 2014. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2014. p 73.

⁵⁹*Idem*.

Assim, observa-se que a manutenção do perfil genético deste condenado é, *in fine*, uma segunda condenação pelo crime pelo qual este foi sentenciado, todavia, em que pese ‘simples’ e velada, trata-se de sentença perversa, pois mascara em si um caráter perpétuo que se apresenta ausente na condenação “oficial”.⁶⁰

Aqui, portanto, ressalta-se a violação a outra garantia constitucionalmente prevista e assegurada pelo ordenamento jurídico: a vedação às penas de caráter perpétuo.⁶¹ Conforme bem sintetiza Nicolitt, “não prevendo prazo para a exclusão dos perfis genéticos, a nova lei criou pena com efeito perpétuo, violando o art. 5º, XLVIII, b, da Constituição Federal, retrocedendo com relação ao princípio da humanidade das penas”.⁶²

Retornando ao aspecto da presunção de inocência, cabe mencionar que aqueles que entendem pela constitucionalidade da prática aqui analisada argumentam que a coleta de material genético para fins de identificação criminal não importa em assunção de culpa, visto que se pretenderia apenas a certeza de condenação do correto autor dos fatos. Assim afirma Nucci:

Não se trata a identificação criminal de uma aceitação de culpa, mas de um procedimento para tornar exclusiva determinada pessoa, direito do estado, evitando-se com isto o nefasto erro judiciário. Não se confunda, ainda, a identificação criminal com o reconhecimento da pessoa. Neste caso, terceiros poderão apontar o indiciado ou réu como autor do crime. Naquela situação, nada disso tem relevo, pois se busca, apenas, identificar a pessoa que está sob investigação ou respondendo a processo-crime.⁶³ (grifo nosso)

Todavia, o discurso de que o uso da genética é, em verdade, forma de identificação criminal cumpre a finalidade a que se propõe, visto que se trata argumentação falaciosa, e como tal aparenta coerência e veracidade, mas se constrói sobre fundamentação falsa.

⁶⁰GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: Uma análise do art. 9º-A da Lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica. *In Revista Jurídica*. Curitiba. Ano 2016. Volume 04. Número 45.p. 222.

⁶¹Art. 5º, XLVII, CRFB/88: não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis; (grifo nosso)

⁶²NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 5ª Edição. Rev. atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 694.

⁶³NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p 692.

A lógica de que a correta identificação é interesse comum a todos os envolvidos, seja do acusado e sua defesa, da acusação – como representante do interesse da sociedade em processar e julgar o culpado – ou o próprio juízo (no sentido de não atribuir sentença condenatória a um inocente), inicia-se verdadeira e se encerra falsa. Explica-se: a correta identificação é, de fato, interesse de todos, todavia, argumentar a necessidade de identificação criminal para tal, ainda mais, identificação criminal genética realizada de forma coercitiva é falacioso. O interesse primário na correta identificação é, em tese, do próprio acusado e, conseqüentemente, de sua defesa técnica, portanto, presente uma situação em que a pessoa errada esteja sendo investigada ou até mesmo processada por determinado fato criminoso, a tese de defesa imediata é a voluntariedade de fornecimento de dados, seja fotográfico, por impressão digital ou material genético para a devida averiguação da correta identidade. Conseqüentemente, frente à voluntariedade do fornecimento da identificação, não haveria o que argumentar no que tange a violações a princípios ou garantias já observáveis desde a condução da investigação policial.

Desta forma, afirmar que se trata de ato de identificação em que se busca realizar a individualização do sujeito frente à sociedade e, assim, evitar um prejuízo a um inocente é argumentar de forma falaciosa e com má fé a fim de esconder a real pretensão, no caso, a produção de uma prova antecipada para processo futuro que não observa os requisitos legais estabelecidos pelo CPP.⁶⁴

Segundo Mariana Oliveira, o professor Emílio de Oliveira e Silva ensina que a previsão feita pela Lei 12.654/12 funde em uma as ideias de identificação criminal e produção de provas, todavia, tomar uma por outra é incorreto, visto que a identificação criminal visa a “conhecer ou confirmar a identidade das pessoas apontadas como autoras de delitos”, enquanto que na produção antecipada de provas (ou provas de caráter cautelar) “os métodos de identificação são utilizados como meios de provas consideradas urgentes e relevantes” e,

⁶⁴ Art. 156, CPP: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (grifo nosso)

por isso, deveriam ser realizadas apenas mediante decisão judicial fundamentada e exarada por autoridade competente.⁶⁵ Conforme o professor:

A Lei nº 12.654/2012, corre-se o risco de que a identificação genética seja empregada como medida cautelar probatória sem a devida observância dos requisitos específicos da cautelaridade e de meios que assegurem ao investigado princípios constitucionais, como o contraditório, a ampla argumentação e a defesa técnica, o que garantiria sua participação na construção da decisão que lhe atingirá, inclusive aquela que autoriza o procedimento de identificação genética.⁶⁶

Claro perceber a falácia da construção acima mencionada quando, em sede de investigação criminal, se realiza comparação com o procedimento utilizado para a consulta de impressões digitais, por exemplo. Enquanto para a confirmação desta é realizado cruzamento com informações presentes em banco de dados civil que inclui, exceto raras exceções, todos os indivíduos e armazena apenas informações de registro civil; na identificação genética é realizada a armazenagem da informação em banco de dados criminal, podendo ser realizada comparação com todas as amostras de crimes ali armazenadas a fim de obter uma identificação. Percebe-se, portanto, que tal compatibilidade será, em verdade, prova de autoria do fato investigado.

Seguindo a análise de violações perpetradas pela Lei 12.654/12, a coleta e armazenagem do perfil genético podem ser analisadas sob a luz dos direitos da personalidade, no caso, fala-se especificamente dos direitos à privacidade e a integridade física, ambos protegidos pelo art. 5º da Constituição Federal, conforme segue:

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:

X - são **invioláveis a intimidade, a vida privada**, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XLIX - é assegurado aos presos o **respeito à integridade física** e moral. (grifo nosso)

⁶⁵SILVA, Emílio de Oliveira e. **Identificação genética para fins criminais**: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela lei n. 12.654/2012. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. *Apud*: ALMEIDA, Mariana Oliveira de. **A problemática trazida pelos bancos de perfis genéticos criminais no Brasil**. 2014. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2014. pp. 63/64.

⁶⁶*Idem*.

Conforme acima afirmado, trata-se de direitos integrantes dos denominados direitos da personalidade, os quais são, conforme Gustavo Tepedino, aqueles “atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade”.⁶⁷

Assim, ao direito à privacidade e a integridade física são conferidas as características inerentes aos mencionados, isto é, o direito a vida privada pode ser considerado de caráter universal, portanto, conferido pela Constituição a toda pessoa natural e, por vezes, à pessoa jurídica; de caráter absoluto, consequentemente oponível *erga omnes*; de caráter extrapatrimonial, visto que se trata de direito pessoal, por isso, inerente a cada pessoa; e, por fim, de caráter indisponível⁶⁸, visto que intransmissíveis, irrenunciáveis e impenhoráveis pelo seu titular.

No que se refere ao direito à privacidade, este é a acepção mais ampla do que se entende como a proteção constitucional à vida privada, ao lado da qual estariam direitos como a intimidade, a inviolabilidade do domicílio, em regra local onde a privacidade é exercida em seu apogeu, o sigilo de dados e correspondências, entre outros. Assim, o direito a privacidade é formado pela reunião de diversos direitos que deste derivam.⁶⁹

Ressalta-se que, em que pese a relação de gênero e espécie existente, a Constituição Federal entendeu como necessário tutelar de forma específica e em separado tanto a vida privada como a intimidade. Conforme ressalta Ingo Sarlet, em que pese às inúmeras tentativas da doutrina em definir um conteúdo e uma esfera de proteção ao que estaria protegido pelo

⁶⁷TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 23. *Apud* ECHTERHOFF, Gisele. Os dados genéticos e o direito à privacidade: A declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos. **Revista Eletrônica do CEJUR**. Ano 2006. Volume 1. Número 1. p. 224.

⁶⁸No que concerne a característica da indisponibilidade, controversos são os entendimentos da doutrina no que tange a possibilidade de flexibilização, mitigação ou limitação dos direitos da personalidade. O cerne da discussão se encontra no fato de que o direito da personalidade seria indisponível em toda a sua acepção ou se poderia ser admitido que o direito em si é indisponível, mas que certos aspectos conectados ao exercício desse seriam disponíveis. Fala-se, portanto, em uma renúncia parcial ou indisponibilidade relativa. A mencionada controversa não será trabalhada no presente trabalho, todavia, para maiores estudos, recomenda-se a obra de Gustavo Tepedino.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 486.

⁶⁹NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11ª edição. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 337.

direito a privacidade/intimidade, tal ainda não foi bem sucedido, devendo a extensão do mencionado direito ser analisada conforme o caso concreto.⁷⁰

Todavia, ressalta o professor que é possível distinguir um cerne do direito à privacidade/intimidade, o qual estaria diretamente interligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, tal seria absolutamente protegido contra qualquer intervenção, seja do meio privado ou por parte do Estado. O que se encontra fora desta área de proteção seria, portanto, passível de intervenção estatal e disponível por parte de seu titular, conforme, respectivamente, aplicação do princípio da proporcionalidade e a análise do caso concreto.⁷¹

O professor conclui ressaltando que o direito à privacidade/intimidade é, em suma, integrante dos considerados direitos de defesa já mencionados acima, de forma que, trata-se de zona não sujeita a intervenção do estado ou de terceiros em seu âmbito de proteção. Ademais, trata-se de direito de autodeterminação do indivíduo, visto que a ele deve ser dada a possibilidade de direcionar sua vida privada conforme seu entender, bem como de “dispor livremente das informações sobre os aspectos que dizem respeito ao domínio da vida pessoal e que não interferem em direitos de terceiros”.⁷²

O uso da identificação genética quando analisado à luz do direito à privacidade e intimidade permite perceber que há riscos inerentes à atividade, visto que, em que pese o perfil genético no âmbito criminal realize apenas o uso de partes não somáticas do DNA e do marcador de identidade sexual, e em que pese a determinação legal de sigilo das informações ali contidas, não se pode ignorar o risco de que os perfis sejam utilizados para finalidades outras que não as previstas em lei; ou, ainda, o risco da má-utilização por parte daqueles que possuem o acesso ao banco, bem como eventuais possibilidades de venda das informações ali contidas para terceiros com finalidades desconhecidas.

Assim dispõe Rodrigo Grazinoli Garrido e Thiago Pereira Rodrigues:

[...] Não se deve sustentar radicalmente argumentos de que os dados genéticos serão diretamente utilizados para ações discriminatórias relacionadas a características

⁷⁰SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 490.

⁷¹SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 491.

⁷²*Idem.*

físicas ou propensões a doenças, muito menos que determinaria características comportamentais, especialmente vinculadas a condutas violentas. A legislação brasileira sobre o banco de perfis genético garante que as amostras dos bancos de dados serão sigilosos e que os marcadores genéticos utilizados não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais, exceto determinação genética de gênero. Contudo, é sabido que a frequência de determinados alelos autossômicos, bem como de marcadores de linhagem, vinculam determinados grupos com origem geográfica semelhante, que coevolúram.⁷³

Ademais, conforme salienta Garrido, em que pese a evolução já conquistada na seara da engenharia genética, ainda há parcelas desconhecidas nas áreas não codificantes do DNA, de forma que parte de seu potencial ainda resta desconhecido.⁷⁴

No mesmo sentido assevera Taysa Schiocchet ao afirmar que a distinção entre a esfera codificante e não codificante do DNA é verdadeira no atual momento do conhecimento científico, pois este encontra limites nesses aspectos. Todavia, não se trata de quadro imutável. Assim, segundo a autora, “muitos biológicos tem demonstrado que essa distinção categórica é falaciosa, pois mesmo a parte não codificante do DNA pode apresentar informações específicas (e, portanto, sensíveis) atinentes ao sujeito analisado”.⁷⁵

Assim, torna-se possível entender que as informações genéticas dos indivíduos fornecem a possibilidade de conhecimento de informações que integram a esfera de intimidade do ser humano porque diretamente relacionados ao conhecimento de quem são, de sua ascendência e origem. Segundo a professora Taysa, “qualquer dado pessoal de caráter genético deve ser considerado um dado que afeta a intimidade genética da pessoa e, portanto, deve ser protegido pelo direito fundamental a intimidade”.⁷⁶

Ademais, o disposto acima revela outra potencialidade lesiva do acesso às informações genéticas, no caso, a possibilidade de conhecimento parcial das informações genéticas dos

⁷³GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Thiago Pereira. **A repercussão geral da alegação de inconstitucionalidade do art. 9-a da lei de execução penal.** *Sociology of Law*, 2018. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/326262482>>. Acesso em: 24 de setembro de 2018.

⁷⁴GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Eduardo Leal. **O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro Três Anos após a Lei nº 12.654.** In: *Revista de Bioética e Derecho*. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/281627801>>. Acesso em: 24 de setembro de 2018.

⁷⁵SCHIOCCHET, T. **Reflexões jurídicas acerca da regulamentação dos bancos de perfis genéticos para fins de investigação de criminal no Brasil.** In: Helena Machado; Helena Moniz. (Org.). *Bases de Dados Genéticos Forenses: tecnologias de controlo e ordem social*. 1ª Ed. Ladeira da Paula: Coimbra Editora, S.A., 2014. p. 83.

⁷⁶SCHIOCCHET, Taysa. **Reflexões jurídicas acerca da regulamentação dos bancos de perfis genéticos para fins de investigação de criminal no Brasil.** In: Helena Machado; Helena Moniz. (Org.). *Bases de Dados Genéticos Forenses: tecnologias de controlo e ordem social*. 1ª Ed. Ladeira da Paula: Coimbra Editora, S.A., 2014. p. 84.

genitores do indivíduo identificado, bem como de outros parentes consanguíneos. Com isso, em tese, estenderiam-se as violações aqui narradas aos mencionados, além de ser concebível afirmar possível violação ao princípio da personalidade da pena⁷⁷, pois estaria a condenação atingindo terceiro que não o sentenciado.⁷⁸

Por fim, cabe ainda ressaltar que a aparato legal e operacional no que tange ao banco de perfis genéticos em seus aspectos de sigilo e controle de acesso não necessariamente se estendem as amostras biológicas por meio das quais o perfil genético foi obtido, visto que não há na Lei 12.654/12 ou no Decreto nº 7.950/13 previsões específicas quanto a estas. A manutenção das amostras em locais cuja segurança e sigilo não são garantidos com a mesma rigidez quando comparadas ao BNPG e a sua Rede possibilitam que as amostras sejam destinadas, também, para fins outros, o que é, *in fine*, mais gravoso que o próprio acesso ao perfil genético, visto que essas guardam as informações genéticas do indivíduo em sua integralidade.⁷⁹

Em um segundo ponto em sede de direitos da personalidade, o estudo aqui proposto pode ser analisado sob a égide do direito à integridade física e psíquica, visto que a coleta da amostra necessária para a elaboração do exame de DNA por método de intervenção corporal, em tese, invasiva pode ser entendida como violadora desta garantia, e, em uma análise extensiva, como forma de aplicação de pena cruel que se revela como uso de tortura.

O direito a integridade física e psíquica, como muitos outros, não foi expressamente previsto de forma autônoma na Constituição, todavia, por meio de análise sistemática é possível a compreensão da sua tutela pelo texto constitucional bem como pelos tratados

⁷⁷Art. 5º, XLV, CRFB/88: nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

⁷⁸Garrido e Santoro consignam que “a parcela do perfil genético de terceiros que constará no banco de dados dependerá da proximidade do vínculo familiar entre estes e o apenado cujo material genético encontra-se no banco de perfis estatal”. Porém, fato é que o acesso a tal informação constitui violação ao direito fundamental à intimidade e, portanto, a obtenção de possível compatibilidade parcial com a amostra armazenada constitui prova ilícita, e, portanto, vedada pelo CPP, pois obtida mediante violação de direito constitucionalmente protegido.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: Uma análise do art. 9º-A da Lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica. **Revista Jurídica**. Curitiba. Ano 2016. Volume 04. Número 45. p. 222.

⁷⁹SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos para fins de persecução criminal**. Série Pensando o Direito, v. 43, 2012. p. 29. Disponível em: <<https://unisin.os.academia.edu/TaysaSchiocchet>>.

internacionais em matéria de direitos humanos⁸⁰ já internalizados pelo país e que, por isso, integram o bloco de constitucionalidade. Ademais, a integridade física e psíquica são claramente observáveis como necessárias “à dignidade da pessoa humana e identidade e integridade pessoal”.⁸¹

Também considerado direito de defesa por parte de seu titular, o direito à integridade corporal possui dupla esfera de proteção, pois tutela tanto a integridade externa do corpo, no sentido de proteção contra ações que se perpetrem contra o corpo físico, bem como tutela a integridade interna do corpo, isto é, protege contra lesões a esfera psíquica do seu titular.⁸²

No presente estudo não se pretende analisar a esfera da integridade corporal entendida como disponível⁸³ frente ao consentimento livre informado por parte do titular do direito, visto que esta é autorizada, desde que guarnecida pela tutela da dignidade da pessoa humana e ressalvadas as especificidades do caso concreto. Busca-se, portanto, analisar aqui a intervenção na integridade física quando perpetrada pelo Estado na condição de Estado, isto é, quando prevista como possível pelo ordenamento interno, esteja ou não presente a anuência do titular do direito.

Segundo André Ramos, “no Brasil, a intangibilidade física também impede que haja condutas invasivas do corpo humano, sem a anuência do titular, salvo para proteção de outros valores constitucionais, como, por exemplo, para salvar sua vida”.⁸⁴ Assim, é perfeitamente

⁸⁰A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, internalizada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, assim dispõe em seu Artigo 5. Direito à integridade pessoal:

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.

4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados. (grifo nosso)

⁸¹SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 466.

⁸²SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 468.

⁸³Disponível no sentido de passível de autolimitação, pois trata-se de direito da personalidade, portanto, a integridade corporal é irrenunciável.

⁸⁴RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 669/670.

cabível o entendimento de que a intervenção corporal sem o devido consentimento do titular do direito é autorizada, todavia, apenas em caráter excepcional.

Portanto, tendo em vista que as exceções devem ser interpretadas de forma restritiva, Ingo Sarlet entende que, em razão de se tratar de possibilidade de intervenção que por vezes não pode ser afastada, a intervenção na integridade corporal “demanda um controle rigoroso da proporcionalidade da intervenção e apenas se justifica quando imprescindíveis à proteção de direitos fundamentais individuais e coletivos da mesma estatura”.⁸⁵

Assim, utilizando-se como ponto inicial o entendimento de que “o direito à integridade física consiste na intangibilidade física do ser humano, que merece proteção contra tratamento cruel, degradante, desumano ou tortura”⁸⁶, Aury Lopes afirma que “submeter o sujeito passivo a uma intervenção corporal sem seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão no interrogatório quando o imputado cala, ou seja, um inequívoco retrocesso”.⁸⁷

Nesse sentido, a problemática estipulação de uma compulsoriedade para a realização da intervenção corporal ganha foco e se mostra como um grande obstáculo a si mesma, pois na medida em que não consentida, mas obrigatória, o legislador autorizou que fosse, caso necessário, empregada e utilizada a força física sobre o periciado para que a amostra possa ser coletada e o exame, então, realizado, fato que se revela com uma brecha para uma possível institucionalização do uso da tortura.⁸⁸

Nicolitt bem sintetiza na seguinte passagem:

Ainda que não se queria tributar a extração de sangue ou saliva à qualidade de tortura, dada a insignificância desta, é indiscutível que o emprego da força física sobre o corpo para se extrair uma gota de sangue, saliva ou um fio de cabelo, em tudo equivale ao emprego da força sobre o corpo para se extrair uma palavra,

⁸⁵SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 472.

⁸⁶RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 669.

⁸⁷LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 631.

⁸⁸As menções a tortura realizadas até este momento são baseadas em entendimentos doutrinários dos mencionados autores, visto que o Comitê Gestor da RIBPG emitiu a Resolução nº 3, de 26 de março de 2014, a qual determina, em seu art. 8º, caput e § único, que, frente à recusa do periciado, o material não deve ser coletado e a autoridade competente deve ser notificada, bem como deverá ser procedido o registro da negatória em documento próprio.

culpado ou *inocente*. A única diferença talvez resida na fiabilidade da palavra e das amostras biológicas para exame de ADN.⁸⁹

Assim, a análise da permissão do uso de exames de DNA na seara criminal, em suma, desagua no postulado basilar do Estado brasileiro, o qual é considerado pela Carta Constitucional como fundamento da República e que encontra previsão no art. 1º, III:

Art. 1º 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 da pessoa humana é postulado do direito interno e direito internacional, não sendo possível o seu enquadramento como direito individual, visto que se trata de princípio fundamental sobre o qual se fundamentam e derivam todos os outros princípios e garantias do ordenamento, isto é, a dignidade da pessoa humana oferece conteúdo ético e unidade aos ordenamentos jurídicos.⁹⁰

Segundo André Ramos de Carvalho:

A dignidade humana consiste na *qualidade* intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição.⁹¹

No mesmo sentido afirma Marcelo Novelino, ao dispor que “a dignidade, em si, não é um direito, mas uma *qualidade intrínseca* a todo ser humano, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito”.⁹²

Assim, a dignidade da pessoa humana possui uma difícil conceituação, pois muito ampla, todavia, o seu desrespeito é facilmente identificável nas situações práticas enfrentadas cotidianamente, pois há no seu conteúdo um dever de respeito, proteção e promoção imposto

⁸⁹NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 5ª Edição. Rev. atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 691.

⁹⁰RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 76.

⁹¹RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 75.

⁹²NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11ª edição. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 252.

ao poder público, isto é, não são permitidas atividades que possam macular tal postulado e são necessárias ações que busquem o seu fomento e efetividade.⁹³

Carvalho Ramos afirma que dignidade da pessoa humana, em razão da sua amplitude, é um conceito em constante construção e desenvolvimento, mas que, em uma linha de pensamento Kantiana, a “dignidade da pessoa humana consiste que cada indivíduo é um fim em si mesmo, com autonomia para se comportar de acordo com seu arbítrio, nunca um meio ou instrumento para a consecução de resultados”.⁹⁴

Desta forma, tendo em vista que o uso do DNA na seara criminal utiliza perspectiva alinhada com os preceitos oriundos do sistema inquisitório e, portanto, há uma visão do acusado não como sujeito detentor de direitos, mas como meio de obtenção de prova necessária para a formulação de uma certeza de culpa e consequente condenação, percebe-se clara mácula à dignidade da pessoa humana, o que não pode ser permitido sob pena de fim do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil.

Conforme Nicolitt, a dignidade da pessoa humana é escopo do próprio Estado, devendo a integralidade de suas ações serem direcionadas pelo respeito e visarem à realização e promoção da dignidade humana, “o que não exclui a atividade persecutória do Estado, seja através da investigação criminal, seja no exercício da ação penal, seja no curso do processo”.⁹⁵

Assim, tendo em vista os princípios e garantias acima mencionados, é possível a afirmação de que a aprovação das modificações legislativas com relação a identificação criminal realizada por meio de exame de mapeamento com fins a elaboração do perfil de DNA ofende direitos, regras e princípios previstos na Carta Constitucional, além de fundamento da República e disposições previstas tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos já internalizados pelo Brasil, tais como o Pacto San Jose da Costa Rica e a Declaração Universal de Direitos Humanos.

⁹³NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11ª edição. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 253/254.

⁹⁴RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 75.

⁹⁵NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 5ª Edição. Rev. atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 117.

Vertente do que foi até aqui abordado encontra-se em discussão no Supremo Tribunal Federal no âmbito do Recurso Extraordinário nº 973.837/MG (RE nº 973.837/MG)⁹⁶⁻⁹⁷, cuja repercussão geral foi reconhecida em Junho de 2016 e cuja relatoria encontra-se com o Ministro Gilmar Mendes.

O objeto de análise do RE, apresentado diante do STF pela Defensoria Pública de Minas Gerais, é a constitucionalidade do art. 9º-A da Lei 7.210/84, ou seja, questiona-se adequação aos preceitos e princípios constitucionais da determinação de obrigatoriedade de fornecimento de material genético por condenados por crimes cometidos mediante violência de natureza grave e por crimes hediondos, tendo sido o processo iniciado a partir de pedido do Ministério Público de Minas Gerais para que Wilson Carmino da Silva – condenado a 24 anos e cinco meses de reclusão pela praticas dos crimes de sequestro e cárcere privado (art. 148, §1º, III, CP) e pelos crimes de atentado violento ao pudor c/c sequestro e cárcere privado c/c corrupção de menor c/c maus tratos (art. 148, 214, 218 e 136, CP, respectivamente) c/c o crime previsto no art. 232, ECA, bem como pelo crime de tortura praticada mediante sequestro (art. 1º, §§ 3º e 4º, III, da Lei 9.455/97) – fornecesse amostra biológica para a realização do exame de DNA e consequente elaboração do perfil genético para armazenagem no BNPG.

O mencionado processo ainda se encontra sem data marcada para julgamento, já tendo sido realizadas habilitações de *amicus curiae* – tais como a Clínica de Direito Humanos - Biotecjus (CDH/UFPR), o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio), Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (Ibccrim), Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CRM/SP), Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP) –, bem como audiências públicas⁹⁸ a fim de que fossem ouvidos os integrantes de vários setores interessados no tema.

Conforme bem salientam Garrido e Rodrigues, não se pretende negar a importância do uso da genética forense para a área criminal como forma de suprir a necessidade de controle pleiteada pela sociedade atual, altamente marcada e vítima do medo, todavia, “a dúvida

⁹⁶BRASIL, STF. Recurso Extraordinário nº 973.837/MG, Rel. Ministro Gilmar Mendes. Aguarda julgamento.

⁹⁷O inteiro teor do RE nº 973.837/MG encontra-se disponível para acesso e consulta em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018>>. Acesso em: 07 de julho de 2018.

⁹⁸Conteúdo disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IYRedqA8pHw>>. Acesso em 07 de julho de 2018.

consiste em saber até que ponto a sociedade está disposta a flexibilizar direitos e garantias fundamentais, e até a dignidade da pessoa humana, em prol desse controle”.⁹⁹

⁹⁹GARRIDO, Rodrigo Graziloli; RODRIGUES, Thiago Pereira. **A repercussão geral da alegação de inconstitucionalidade do art. 9º-A da lei de execução penal.** *Sociology of Law*, 2018. Pg. 1857. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/326262482>>. Acesso em: 24 de setembro de 2018.

3. ANÁLISE EMPÍRICA DA VIABILIDADE DO PROCEDIMENTO

A segunda parte deste trabalho pretende analisar a efetividade e viabilidade da Lei 12.654/12 no que toca a seara do uso da Genética Forense em sede de execução penal. Para tanto se pretende com o presente averiguar qual foi o uso prático das alterações introduzidas ao art. 9º-A, LEP, pela Lei 12.654/12 no que tange a coleta obrigatória do material genético de indivíduos condenados por crimes hediondos ou dolosos cometidos com violência de natureza grave contra a pessoa.

Assim, será procedido o cruzamento de informações carcerárias a partir de dados oficiais fornecidos pelo Governo Federal, com o disposto no Relatório Anual da RIBPG, buscando-se averiguar os avanços conquistados desde 2012 – ano de aprovação da Lei 12.654/12 – até o ano de 2018, bem como futuros desafios a sua manutenção.

Inicialmente, cabe o questionamento com relação aos crimes que são objeto da lei, isto é, quais serão os tipos penais que devem ser inclusos no levantamento proposto. Assim, conforme disposto pelo texto legal do art. 9º-A, da Lei de Execução Penal, serão confeccionados perfis de condenados por crimes cometidos dolosamente mediante o uso de violência de natureza grave contra a pessoa. Conforme Renato Brasileiro, encontram-se abrangidos nesse conceito aqueles crimes que acarretam para a vítima lesões graves, gravíssimas ou, até mesmo, a sua morte.¹⁰⁰

Em seguida, o mesmo dispositivo determina que deverá, ainda, ser elaborado o perfil genético dos indivíduos condenados por crimes considerados hediondos, conforme previstos no art. 1º, da Lei 8.072/90. No que tange a este aspecto, duas são as ressalvas necessárias.

A primeira relaciona-se com a natureza do mencionado artigo, isto é, se se trata de rol meramente exemplificativo ou se taxativo. Segundo a doutrina, três seriam os sistemas referenciais para que um crime fosse ou não considerado hediondo, o sistema legal – segundo o qual o rol disposto no art. 1º da Lei de Crimes Hediondos seria taxativo, não sendo possibilitada margem de discricionariedade para o julgador, portanto, em que pese a gravidade da conduta, se não previsto no dispositivo legal, não poderia o juiz atribuir a

¹⁰⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 4ª Edição. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 120.

natureza hedionda ao crime –, o sistema judicial – no qual o magistrado competente para o julgamento do processo possuiria plena possibilidade de atribuir ou não ao fato a natureza de crime hediondo, portanto, a discricionariedade do julgador e os elementos do caso concreto seriam os fatores necessários para que hediondez do crime fosse analisada, sendo o rol, portanto, meramente exemplificativo –, e, por fim, o sistema misto – no qual o legislador forneceria um conceito *in abstracto* como forma de parâmetro, mas seria facultado ao julgadores, conforme os ditames do caso concreto, reconhecer ou não a hediondez de certa conduta. Considera-se que o sistema adotado pelo ordenamento brasileiro foi o sistema legal, portanto, o art. 1º da Lei 8.072/90 contém rol taxativo das infrações penais consideradas como hediondas.¹⁰¹

A segunda importante ressalva relaciona-se aos crimes considerados equiparados a hediondos. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, conforme art. 5º, XLIII, que serão considerados “*inafiáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos*”.¹⁰² Portanto, o texto constitucional, por expressa determinação do poder constituinte originário, entendeu que os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo não são, tecnicamente, considerados hediondos, todavia, por sua natureza aviltante, são crimes considerados gravíssimos, e, por isso, mereceriam tratamento tão severo quanto aqueles.

Todavia, não se ocupou a Constituição Federal em definir quais seriam as infrações penais entendidas como hediondas, tendo deixado tal a cargo do legislador infraconstitucional, estabelecendo apenas que receberiam tratamento semelhante, isto é, mais severo do que o destinado às infrações consideradas de grande potencial ofensivo.¹⁰³

Assim, pode-se entender que a Constituição, além de determinar que certos crimes fossem considerados hediondos a critério do legislador infraconstitucional, privilegiou determinar as mais graves infrações em seu próprio texto, concedendo, portanto, maior segurança e estabilidade a fim de que os crimes considerados equiparados a hediondos não

¹⁰¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 4ª Edição. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 30-31.

¹⁰² Art. 5º, LXIII, CFRB/88.

¹⁰³ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Volume 4: Legislação Penal Especial. 12ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 210.

dependessem da discricionariedade do legislador infraconstitucional para receber tratamento mais severo por parte do ordenamento jurídico.

Desta forma, tendo em vista o entendimento constitucional no que tange aos crimes hediondos e equiparados, realizar-se-á no presente interpretação extensiva do art. 9º-A da Lei 7.210/84, no sentido de reconhecer que os indivíduos condenados por crimes considerados equiparados a hediondos deverão, também, submeter-se ao exame de DNA para a confecção de perfil genético.

Portanto, conforme a legislação, seriam, em tese, submetidos ao disposto no art. 9º-A, da LEP, os indivíduos condenados pelos seguintes tipos hediondos e dolosos cometidos mediante violência de natureza grave contra a pessoa¹⁰⁴:

- Art. 1º, I, I-A, II, III, IV, V, VI, VII, VII-B, VIII, §único, Lei 8.072/90;
- Terrorismo (art. 2º, Lei 13.260/16);
- Tortura (art. 1º, Lei 945/97);
- Tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (art. 33, caput, §1º, e art. 34, Lei 11.343/06);
- Homicídio simples (art. 121, caput, CP);
- Induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122, CP);
- Infanticídio (art. 123, CP);
- Aborto resultante em lesão corporal ou morte da paciente (art. 127, CP);
- Lesão corporal grave e gravíssima (art. 129, §§1º e 2º, CP);
- Abandono de incapaz (art. 135-A, §único, CP);
- Exposição ou abandono de recém-nascido (art. 134, §§1º e 2º, CP);
- Maus tratos (art. 136, §§1º e 2º, CP);
- Rixa (art. 137, §único, CP);
- Sequestro e cárcere privado (art. 148, §2º, CP);
- Tráfico de pessoas (art. 149-A, CP);
- Roubo (art. 157, §3º, 1ª parte, CP);
- Extorsão – sequestro relâmpago (art. 158, §3º, CP);
- Corrupção de menores (art. 218, CP);
- Formas qualificadas do crime de perigo comum (art. 258, CP);

¹⁰⁴ Os tipos penais listados foram selecionados de acordo com a existência de previsão no tipo penal para o resultado exigido pelo art. 9º-A, LEP, conforme critério exposto por Renato Brasileiro e adotado no presente estudo, ou seja, se presente no tipo penal qualificadora ou majorante para os resultados lesão grave/gravíssima ou morte. Ademais, não serão inclusos na mencionada tabela os tipos penais que preveem concurso de crimes necessário com o disposto no art. 129, CP, isto é, quando se aplicam as penas previstas no artigo violado sem prejuízo da pena aplicável à lesão corporal.

- Arremesso de projétil (art. 264, §único, CP);

Todavia, em que pese os crimes acima listados, tais não serão os utilizados como parâmetro neste levantamento. Em 21 de outubro de 2017, o Comitê Gestor da RIBPG emitiu a Recomendação N° 1 (Anexo 1), na qual constam tipos penais considerados como principais para que seja realizada a coleta do material, com o objetivo de permitir o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de perfis que compõe a Rede Integrada. Nesse sentido, conforme a mencionada recomendação, prioritariamente será realizada a coleta dos condenados pelos seguintes tipos penais.

Quadro 1: Tipos penais listados na Recomendação n°1, de 21 de outubro de 2017:

Homicídio
Latrocínio
Estupro
Estupro de vulnerável
Lesão corporal grave
Lesão corporal gravíssima
Roubo
Extorsão qualificada pela morte
Extorsão mediante sequestro e na forma qualificada
Epidemia com resultado morte
Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais
Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável
Genocídio
Tortura
Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito

Compreensível a intenção do Comitê ao elaborar a mencionada recomendação, qual seja, conferir objetividade e sanar dúvidas que permeavam a coleta do material, principalmente quanto ao que estaria, de fato, incluso como violência de natureza grave contra pessoa.

Todavia, não fica claro o critério adotado pelo texto da Recomendação n° 1/2017, nem tão pouco se preocupou o Comitê em esclarecê-lo. Percebe-se ter sido considerada a

integralidade do disposto no art. 1º, da Lei de Crimes Hediondos, todavia, apenas foi selecionado um crime considerado equiparado a hediondo – no caso, a tortura –, não tendo sido inclusos os outros dois restantes – tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo.

Ademais, no que tange aos tipos que envolvem violência de natureza grave, a complicação é ainda mais exacerbada. Explica-se: o tipo penal de homicídio foi recomendado de forma genérica, sem ser feita distinção entre as formas simples e qualificadas (apenas a forma qualificada é considerada hedionda), enquanto que nos crimes de extorsão, a recomendação se restringiu a listar apenas as formas hediondas, não tendo sido feita menção a forma prevista no art. 158, §3º (sequestro relâmpago). O mesmo pode ser observado com relação ao crime de roubo, no qual foi realizada recomendação tanto para sua forma hedionda (latrocínio) como de sua forma não hedionda, todavia, limitou-se a menção genérica de “roubo”, o que se revela complicado, pois não necessariamente o delito terá lesão grave, gravíssima como resultado.

Ainda nesta seara, não foram inclusos na recomendação tipos de relevância e gravidade como, por exemplo, a corrupção de menores (Art. 218, CP), o tráfico de pessoas (Art. 149-A, CP) e o sequestro e cárcere privado (art. 148, §2º, CP).

A despeito destes fatores, a fim de melhor retratar a realidade que se propõe a analisar por meio do presente, serão utilizados neste levantamento os tipos listados na Recomendação Nº 1, de 21 de outubro de 2017, do Comitê Gestor da RIBPG, conforme Quadro 1.

A fim de analisar o quantitativo de indivíduos encarcerados pelos tipos penais selecionados, serão utilizados dados estatísticos fornecidos pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN. Trata-se de sistema informatizado criado em 2004 e vinculado ao Departamento Penitenciário Nacional.¹⁰⁵

O mencionado sistema tornou possível a reunião de informações estatísticas e dados sobre o sistema penitenciário brasileiro, os quais são fornecidos pela administração dos

¹⁰⁵ Departamento vinculado do Ministério da Segurança Pública.

presídios, por meio de formulário de coleta estruturado a ser preenchido pelos gestores dos estabelecimentos prisionais.¹⁰⁶

Nos últimos anos foi realizada pelo mencionado levantamento a divulgação de relatórios, os quais serão utilizados para fins de referência com relação aos dados utilizados no presente levantamento. O primeiro relatório, divulgado em 2017, abrange a totalidade das pessoas encarceradas no Brasil, bem como a evolução desse encarceramento ao longo dos anos.¹⁰⁷ O segundo levantamento, divulgado em 2018, restringe-se, todavia, a analisar apenas a situação das mulheres encarceradas no Brasil. Ressalta-se que o período de referência, em ambos os documentos, é encerrado na data de 30 de Junho de 2016.

Assim, segundo o INFOPEN, a população carcerária brasileira, até junho de 2016, totalizava aproximadamente 726.712 (setecentos e vinte e seis mil setecentos e doze) presidiários¹⁰⁸, estando inclusos na contagem os integrantes do Sistema Penitenciário, das Carceragens de Delegacias (Secretaria de Segurança) e do Sistema Penitenciário Federal, na seguinte proporção (Tabela 1):

¹⁰⁶ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN. Atualização – Junho de 2016. Organização: Thandara Santos; colaboração: Marlene Inês da Rosa... [et al.]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. p. 1.

¹⁰⁷ A consultoria contratada para a elaboração do relatório obteve o cadastramento de 1460 unidades prisionais, sendo quantitativo obtido com base nos estabelecimentos que participaram do levantamento anterior, ademais, foram fornecidos pela Secretaria Nacional de Segurança Pública – SENASP, o quantitativo de pessoas custodiadas nas carceragens de delegacias em Junho de 2016. Ressalta-se que o levantamento desconsiderou estabelecimentos destinados à Monitoração Eletrônica, bem como que 31 estabelecimentos prisionais não concluíram o preenchimento do formulário no prazo estipulado para tal. INFOPEN. Atualização – Junho de 2016. Organização: Thandara Santos; colaboração: Marlene Inês da Rosa... [et al.]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. p. 6.

¹⁰⁸ Ressalta-se que “para o cálculo da população prisional, foram desconsideradas as pessoas em prisão albergue domiciliar, por não se encontrarem em estabelecimentos penais diretamente administrados pelo Poder Executivo. Também foram desconsideradas neste levantamento as centrais de monitoração eletrônica, que serão consideradas em levantamento específico, a ser realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, no âmbito de sua política de penas e medidas alternativas à prisão”. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN. Atualização – Junho de 2016. Organização: Thandara Santos; colaboração: Marlene Inês da Rosa... [et al.]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. p. 7.

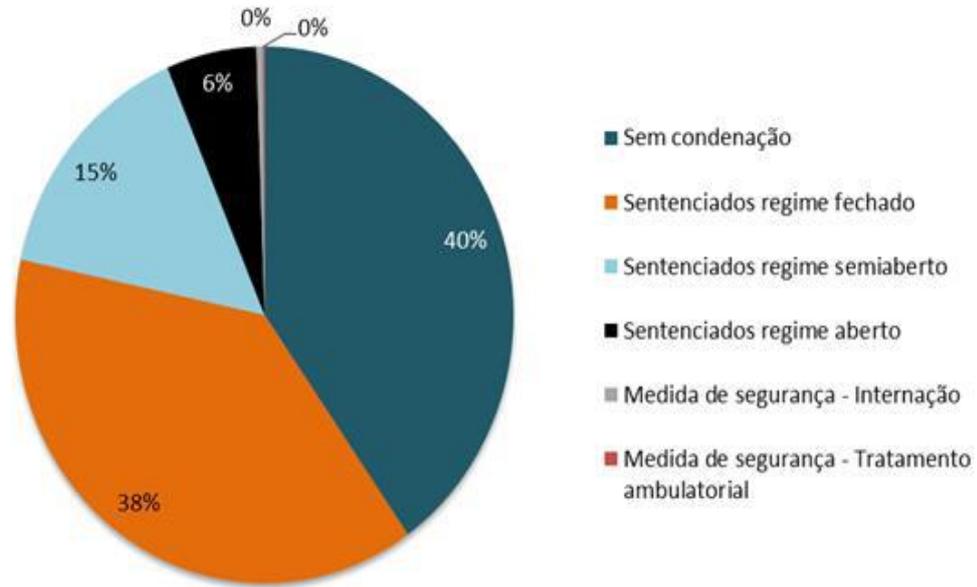
Tabela 1: População Prisional:

Brasil - Junho de 2016	
População prisional	726.712
Sistema Penitenciário	689.510
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	36.765
Sistema Penitenciário Federal	437
Vagas	368.049
Déficit de vagas	358.663
Taxa de ocupação	197,4%
Taxa de aprisionamento	352,6

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016.

O total fornecido, todavia, contabiliza o que se considera como pessoas privadas de liberdade e, portanto, estão presentes no número apresentado os presos considerados provisórios, isto é, integrantes do sistema prisional, porém, sem condenação em processo judicial. Assim, as 726.712 (setecentos e vinte e seis mil setecentos e doze) pessoas privadas de liberdade podem ser divididas em diferentes categorias, conforme a natureza da prisão ou o tipo de regime estipulado para cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme segue (Figura 1):

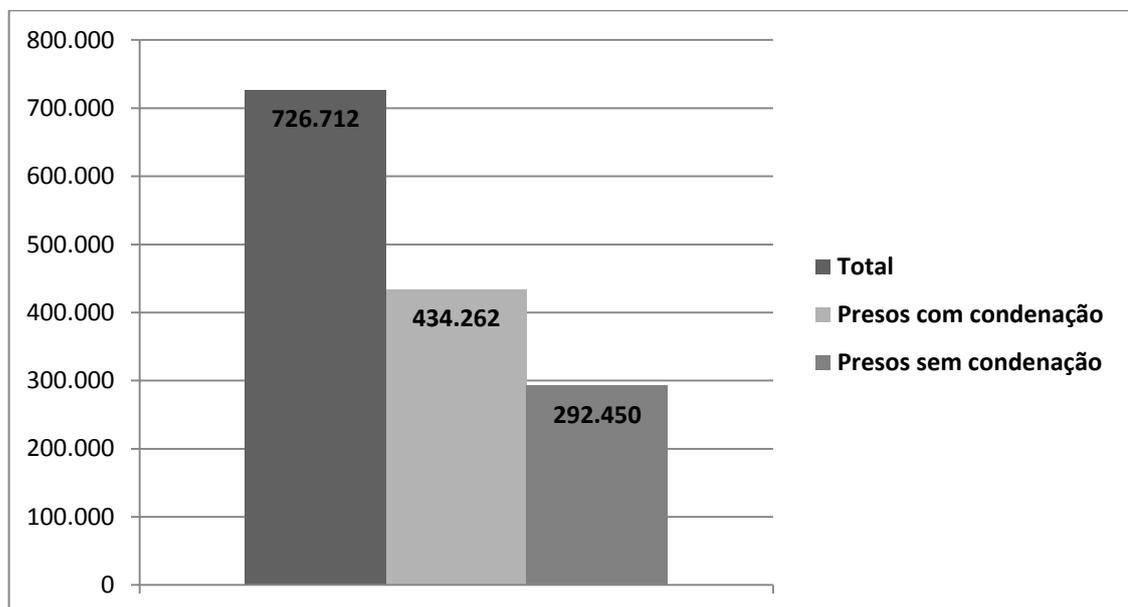
Figura 1: Natureza da prisão e regime de cumprimento de sentença:



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016.

Desta forma, tendo em vista que a confecção do perfil genético possui como requisito, em sede de execução penal, a condenação do examinado por sentença judicial, conforme já mencionado acima, o espectro de análise encontra-se reduzido, sendo necessária, portanto, a exclusão dos 40% de presos sem condenação computados no total apresentado (Figura 2).

Figura 2: População Carcerária:



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016. Secretaria Nacional

de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016.

Assim, percebe-se que a Lei de Execução Penal regula a efetivação do disposto na sentença/decisão criminal de todos os cerca de 726.712 (setecentos e vinte e seis mil setecentos e doze) presos integrantes do sistema carcerário brasileiro¹⁰⁹. Todavia, o disposto em seu art. 9º-A, no que tange a identificação do perfil genético, apenas será imposto à parcela dos 434.262 (quatrocentas e trinta e quatro mil duzentos e sessenta e dois) presos considerados condenados, nos termos da restrição feita no mencionado dispositivo legal.

Neste ponto, antes de fornecer a quantidade de presos por tipo penal, duas ressalvas são necessárias. Primeiramente, cabe ressaltar que o INFOPEN não realizou na incidência por tipo penal distinção entre aqueles condenados e os que aguardam julgamento, de forma que, os quantitativos expostos a seguir no Quadro 2 incluem presos com e sem condenação em processo criminal.

Ademais, em segundo lugar, é necessário esclarecer que, conforme ressalva existente no relatório analítico divulgado pelo INFOPEN¹¹⁰, a qualidade da informação oferecida não é completa, haja vista que aproximadamente 40% dos estabelecimentos prisionais não tinham condição de fornecer as estatísticas de quantidade de presos por tipo penal pelo qual responderam ou respondem perante o Estado.

Tendo em vista que se pretende realizar análise ampla e, em que pese o número de condenados que de fato terão que realizar a identificação do perfil genético possa ser menor ou maior do que o apresentado a seguir, passa-se a expor a quantidade de presos que se enquadram nos tipos penais condizentes com o previsto no art. 9º-A, Lei de Execução Penal, conforme listados na Recomendação Nº1/2017 do Comitê Gestor da RIBPG (Quadro 2).

Quadro 2: Número de pessoas condenadas ou que aguardam julgamento por tipo penal:

Tipo Penal	Quantidade
1. Epidemia com resultado morte - art. 267, § 1º, CP;	Sem informação

¹⁰⁹ Art. 1º, *caput*, Lei de Execuções Penais.

¹¹⁰ Disponível em: < <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br/>>. Acesso em: 7 de setembro de 2018.

2. Estupro - art. 213, caput e §§ 1º e 2º, CP;	17.362 ¹¹¹
3. Estupro de vulnerável - art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, CP;	6.072
4. Extorsão mediante sequestro e na forma qualificada - art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º, CP;	1.904
5. Extorsão qualificada pela morte - art. 158, § 2º, CP;	2.427 ¹¹²
6. 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 9.677/98;	Sem Informação
7. 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, CP;	996 ¹¹³
8. Genocídio - arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889/56;	7
9. Homicídio qualificado - art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII, CP;	37.907
10. Homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente - art. 121, CP;	Vide Item 14.
11. Latrocínio - art. 157, § 3º, in fine, CP;	15.912 ¹¹⁴
12. Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito - art. 16 da Lei nº 10.826/03;	11.507
13. Tortura – art. 1º, Lei 9455/97;	229
14. Homicídio Simples – art. 121, Caput, CP;	27.296
15. Lesão Corporal grave e gravíssima – art.129, §§1º e 2º, CP;	4.774 ¹¹⁵
16. Roubo – art. 157, §3º, 1ª parte, CP;	Vide item 11;
17. Total:	126.393¹¹⁶

Fonte: INFOPEN/2016

Tendo em vista que, conforme ressalvas acima mencionadas, este total considera tanto condenados e presos provisórios (cerca de 40%), mas, também, que aproximadamente 40%

¹¹¹ Foram somados aos dados do art. 213, CP, os valores computados no relatório como pertencentes ao art. 214, CP, tendo em vista a continuidade típico-normativa entre os mencionados tipos incriminadores.

¹¹² O relatório INFOPEN não realizou diferenciação entre os parágrafos do inciso, de forma que o número apresentado engloba o artigo 158, CP, nas formas previstas no seu caput e parágrafos.

¹¹³ O relatório INFOPEN englobou em uma mesma categoria os quantitativos obtidos com os artigos 215, 216-A, 218-A, 218-B, 227, 228, 229, 230, todos do CP.

¹¹⁴ Valores do art. 157, §3º em ambos os seus possíveis resultados, seja morte ou lesão corporal grave/gravíssima.

¹¹⁵ O quantitativo fornecido pelo relatório INFOPEN inclui o disposto no caput e §§1º, 2º, 3º e 6º, do art. 129, CP.

¹¹⁶ Importante mencionar que, caso considerados os tipos inicialmente listados, o total seria de aproximadamente 286.338 (duzentos e oitenta e seis mil trezentos e trinta e oito) presos a serem submetidos ao exame.

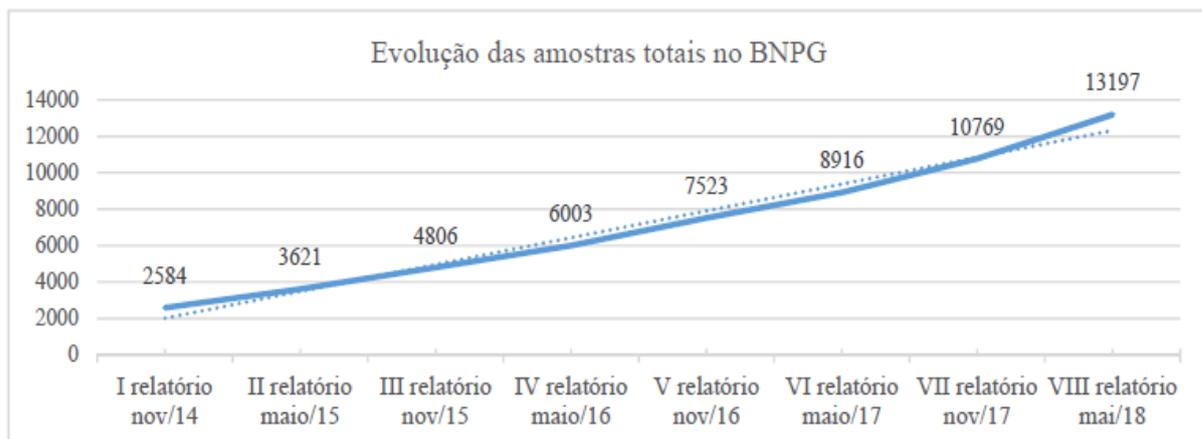
dos estabelecimentos prisionais não possuem a informação aqui utilizada, será reduzido esse valor total calculado para as análises.

Assim, após as necessárias deduções, conclui-se que aproximadamente 126.393 (cento e vinte e seis mil trezentos e noventa e três) indivíduos dentro do universo que, considerando a incapacidade de fornecimento de estatísticas confiáveis de certas unidades, certamente ultrapassa os 434.262 (quatrocentas e trinta e quatro mil duzentos e sessenta e dois) pessoas privadas de liberdade com condenação, poderiam, em tese, serem submetidos ao exame de DNA compulsório afim de armazenagem do perfil genético no BNPG.

Prosseguindo, passe-se a análise dos dados estatísticos da RIBPG. Inicialmente, cabe esclarecer que a RIBPG, desde sua criação, emitiu oito relatórios¹¹⁷ a fim de apresentar resultados obtidos desde sua implantação, bem como a evolução do seu uso ao longo dos anos.

Conforme VIII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, divulgado em maio de 2018, o quantitativo total de amostras armazenadas nos Bancos que compõe a Rede vem demonstrando crescimento ao longo dos anos, conforme a Figura 3:

Figura 3: Evolução do total de perfis armazenados nos Bancos integrantes da RIBPG:



Fonte: RIBPG/2018.

Todavia, o número de amostras existentes na rede não representa o quantitativo de indivíduos cujo perfil genético se encontra cadastrado, pois incluem, além de perfis de

¹¹⁷ Relatórios encontram-se disponíveis no sítio eletrônico do Ministério da Segurança Pública, conforme segue: <<http://www.seguranca.gov.br/sua-seguranca/ribpg/relatorio>>. Acesso em: 7 de setembro de 2018.

condenados e de identificados em sede de investigação criminal, vestígios de crimes, restos mortais não identificados, pessoas vivas de identidade desconhecida e familiares de pessoas desaparecidas, entre outros.

Assim, dentro do total de 13.197 (treze mil cento e noventa e sete) perfis armazenados na RIBPG, 2.703 (dois mil setecentos e três) perfis são oriundos de amostras relacionadas a pessoas desaparecidas¹¹⁸, enquanto que, no que tange a seara criminal, existem, atualmente, na RIBPG, os seguintes itens e suas respectivas quantidades (Quadro 3):

Quadro 3: Quantidade de perfis por categoria da amostra coletada:

Categoria de amostra	Nº de perfis genéticos
Vestígios	6805
Condenados (lei 12.654/12)	3269
Identificados criminalmente (lei 12.654/12)	355
Decisão judicial	10
Total	10439

Fonte: RIBPG/2018.

A análise demonstra que o total de perfis oriundos de vestígios somam mais que o dobro da quantidade de perfis obtidos obedecendo ao disposto no art. 9º-A, LEP, os quais somam apenas a quantidade de 3.269 (três mil duzentos e sessenta e nove).

A Figura 4 demonstra a evolução do quantitativo de perfis de acordo com o contabilizado pelos relatórios emitidos pela RIBPG ao longo dos anos, demonstrando que o período de maior crescimento de cadastramento de perfis genéticos de indivíduos ocorreu entre os meses de Novembro/2017 e Maio/2018.

¹¹⁸ RIBPG. **VIII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos**. Comitê Gestor RIBPG: Brasília, 2018. p. 20.

Figura 4: Evolução Vestígios X indivíduos Cadastrados Criminalmente



Fonte: RIBPG/2018

A comparação entre o quantitativo de possíveis candidatos à realização da coleta de amostras de DNA e posterior armazenagem do perfil genético na RIBPG na categoria de condenados (art. 9º-A, LEP), conforme apresentado pelo Quadro 2 e o total de perfis existentes atualmente na mesma categoria, revela o seguinte dado (Figura 5):

Figura 5: RIBPG X Condenados:



Assim, o estudo demonstra que apenas aproximadamente 2,59% dos perfis genéticos de condenados, de fato, foram confeccionados e armazenados no BNPG.

Em termos de resultados obtidos, segundo o relatório da RIBPG (Tabela 2):

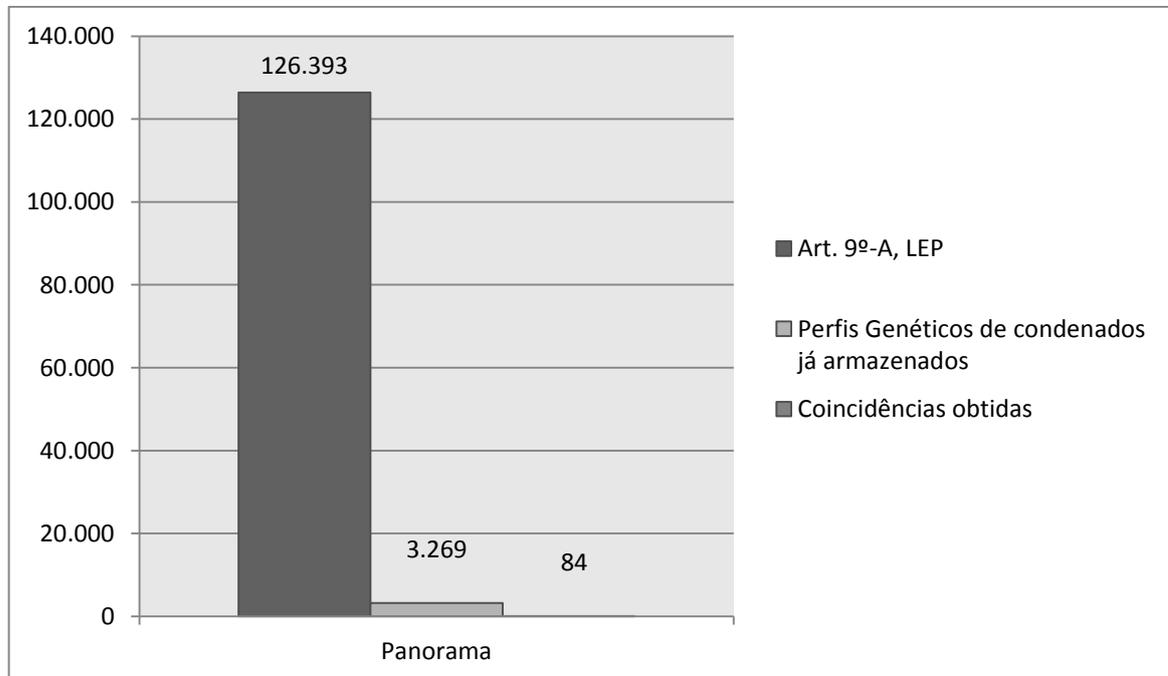
Tabela 2: Coincidências confirmadas e investigações auxiliadas

Tipo de Banco	Coincidência de Vestígios ¹¹⁹	Coincidência de Identificados ¹²⁰	Investigações Auxiliadas
Estaduais	266	54	407
Federal	105	23	154
Nacional	56	7	Não aplicável
Total:	427	84	561

Fonte: RIBPG/2018.

Desta forma, um panorama da situação originada pelo art. 9º-A, LEP, pode ser observado na figura 6:

Figura 6: Comparação entre os atingidos pelo art. 9º-A, LEP, os Bancos de Dados e os resultados já obtidos:



¹¹⁹ Coincidência confirmada entre vestígios.

¹²⁰ Coincidência confirmada entre vestígio e identificado criminalmente.

A partir dos dados acima fornecidos, é possível afirmar que o período compreendido entre os anos de 2013 e 2018, isto é, o período durante o qual, em razão de determinação legal, encontra-se permitida a realização de identificação criminal por meio da coleta de amostras de DNA e posterior confecção do perfil genético de indivíduos condenados nos termos da exigência legislativa, é marcado por verdadeira ineficácia da norma.

A constatação acima se revela ainda mais complicada e de complexa resolução quando levantados os possíveis gastos financeiros para a inserção do perfil genético de todos os condenados no banco.

De acordo com informações fornecidas pelo Instituto de Pesquisas e Perícias em Genética Forense da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro – IPPGF/PCRJ, o custo médio para a tipagem de um indivíduo a partir da coleta de suabes orais pode ser fixado em US\$ 85,00 (oitenta e cinco dólares)¹²¹, o que estabeleceria uma necessidade de destinação de aproximadamente US\$ 10.743.405,00 (dez milhões, setecentos e quarenta e três mil e quatrocentos e cinco dólares) para a tipagem de todos os condenados, conforme quantidade demonstrada na Quadro 3.

Ainda sob o viés de custos para a concretização do disposto no texto legal, a iniciativa proposta pode ser analisada no que tange aos custos necessários para a construção de um laboratório mínimo de perícias genéticas. Segundo cálculo estimado pelo IPPGF, o recurso necessário para tal seria de aproximadamente R\$ 2.000.000,00, (dois milhões de reais).

Conforme demonstrado pelo VIII Relatório da RIBPG¹²², a Rede Integrada de Bancos é formada por 18 laboratórios de perícias genéticas estaduais e um do Distrito Federal, além do laboratório vinculado a Polícia Federal. Ademais, os estados do Acre, Rondônia e Alagoas possuem laboratórios próprios em fase de integração com a Rede.

Restam, portanto, sem integração por laboratório próprio à Rede os estados de Roraima, Tocantins, Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe. Destes, Roraima, Piauí e Sergipe não

¹²¹ O valor mencionado é média aproximada, tendo sido elaborada pelo IPPGF com base no custo da realização do exame de DNA no Brasil.

¹²² RIBPG. **VIII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos**. Comitê Gestor RIBPG: Brasília, 2018. p. 9-10.

possuem laboratórios próprios e, por isso, contam com a cooperação de laboratórios de outros estados para obterem acesso à RIBPG. Assim, além dos aportes já mencionados, seriam necessários aproximadamente R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) para a construção de centros de perícias genéticas nas mencionadas unidades da federação.

Segundo Tércio de Sampaio Ferraz Junior, o ordenamento jurídico é um complexo formado por elementos considerados ou não normativos, bem como pela relação balanceada entre eles, sendo função da dogmática jurídica sistematizar esses componentes a fim de atender a necessidade de dirimir conflitos. Todavia, para tal, faz-se necessário observar se, de fato, trata-se de uma norma jurídica, bem como se a prescrição realizada por ela é válida e eficaz de acordo com o que o ordenamento estipula como permitido e necessário.¹²³

O autor elucida que a eficácia pode ser analisada segundo dois aspectos distintos. Em uma primeira situação, fala-se em eficácia técnica, isto é, na possibilidade da norma produzir efeitos esperados por que presentes as condições técnico-normativas necessárias à sua aplicação. Em um segundo momento, a eficácia pode ser analisada de acordo com viés social - passa-se a pensar em efetividade da norma -, isto é, se se encontram presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância.¹²⁴

Explica-se: ao ser observada frente aos planos de análise das normas, a determinação legal realizada por meio do disposto no art. 9º-A, LEP, quando das alterações implementadas pela Lei 12.654/12, existe, está vigente e, enquanto não declarada inconstitucional pelo STF, supõe-se dotada de validade.¹²⁵ Todavia, no que tange ao plano da eficácia, pode-se afirmar que esta resta inobservada, conforme demonstrado na Figura 6 e por meio das informações fornecidas pelo IPPGF.

Ressalta-se que a análise confeccionada com relação à eficácia e aplicabilidade futura das disposições instituídas pelo art. 9º-A, LEP, não pretende desmerecer o exposto com

¹²³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10ª Edição. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Atlas, 2018. p. 187.

¹²⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10ª Edição. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Atlas, 2018. p. 209-210.

¹²⁵ De acordo com Tércio de Sampaio, a validade é “uma qualidade da norma que designa sua pertinência ao ordenamento, por terem sido obedecidas as condições formais e materiais de sua produção e consequente integração no sistema”. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10ª Edição. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Atlas, 2018. p. 213.

relação à (in) constitucionalidade da norma, sob viés principiológico, analisada no capítulo anterior. No caso, a intenção do presente levantamento estatístico é proporcionar perspectiva com relação à situação atual da RIBPG, bem como oferecer prognóstico no que tange ao possível quadro de dificuldades financeiras de execução das determinações impostas pela norma estudada no futuro não muito distante, caso entendida pelo STF como constitucional.

CONCLUSÃO

A monografia aqui concluída teve como objetos as consequências das alterações legislativas encetadas pela Lei 12.654/2012, bem como os resultados obtidos após seis anos de vigência da mencionada lei e cinco do BNPG e da RIBPG. Assim, frente ao quadro apresentado, buscou-se constatar a veracidade de duas hipóteses suscitadas.

Em um primeiro momento foram analisadas as consequências do disposto nas Leis 12.037/09 e 7.210/84, no que tange ao uso da genética forense no bojo do processo penal, a fim de constatar, em face de princípios e garantias constitucionais e processuais penais, a inconstitucionalidade dos dispositivos.

Conclui-se neste ponto que o uso da genética forense em sede de identificação criminal no bojo de procedimento investigativo apenas é inconstitucional quando procedida nos ditames do previsto no art. 3º, IV, da Lei 12.037/09, isto é, quando permitida por se tratar de ato essencial às investigações. Após o demonstrado no Capítulo 2 desta monografia, entende-se que o disposto no mencionado artigo, em verdade, se revela como mecanismo de produção de prova antecipada fora dos requisitos estipulados para a produção desta, bem como, pois violador de garantias essenciais, como, conforme abordado, o *nemo tenetur se detegere*.

Ademais, no que tange ao uso da genética forense em sede de execução penal de sentença condenatória, conclui-se que a integralidade do previsto no art. 9º-A, da Lei de Execução Penal, é inconstitucional, pois viola flagrantemente a presunção de inocência, a vedação à autoincriminação, a proibição às penas de caráter perpétuo, entre outros mecanismos de proteção garantidos aos acusados e internos do sistema carcerário brasileiro. Ademais, o citado dispositivo, ao selecionar e rotular determinados crimes como sujeitos a identificação criminal por perfil genético, reforça ainda mais os estigmas que pairam sobre condenados pelo sistema de justiça penal brasileiro, revelando-se como forma de controle social de indivíduos rotulados como agentes causadores de risco que atenta à dignidade da pessoa humana.

Em um segundo momento, foi confeccionada análise, a partir do cruzamento de dados estatísticos oficiais fornecidos pelo Governo Federal, quanto a efetividade das medidas inseridas pela determinação disposta no art. 9º-A, da Lei de Execução Penal, no ordenamento

brasileiro até o presente momento, visando, portanto, identificar as conquistas obtidas pelo uso de perfis genéticos dentro do Processo Penal, bem como os avanços obtidos e possíveis futuros desafios a serem ultrapassados nos próximos anos, caso não declarada a inconstitucionalidade da norma. Em suma, buscou-se constatar se a modificação introduzida em 2012 no ordenamento jurídico apresenta-se, de fato, eficaz.

Vigente por aproximadamente seis anos, em face aos gráficos, quadros e tabelas apresentados no Capítulo 3, entende-se que as disposições trazidas pelo art. 9º-A, da Lei de Execução Penal, introduzidas pela Lei 12.654/12, revelam-se ineficazes, pois inexpressivos, a nível nacional, os resultados obtidos pelos Bancos de Perfil Genéticos e, conseqüentemente, pela RIBPG.

Ademais, calculada estimativa do aporte financeiro necessário para, de fato, adimplir o proposto no citado dispositivo legal, a quantia se revela exorbitante, principalmente quando colocada diante de demandas mais urgentes ao país, principalmente nas áreas de saúde e educação, as quais são, em última análise, a solução a longo prazo para a diminuição da taxa de criminalidade do país.

Ressalta-se, por fim, que a análise das razões por traz da ineficácia constatada revela-se um questionamento para futuro trabalho. Resta ineficaz a medida por uma vertente fática, isto é, pode-se constatar uma não determinação de confecção do perfil genético nas sentenças prolatadas pelos Magistrados? Resta ineficaz porque constata ausência de requisitos técnicos necessários a sua observância como, por exemplo, o estabelecimento de critérios para a realização dos exames ou a real integração entre os órgãos cuja participação é fundamental para a viabilidade do projeto?

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Mariana Oliveira de. **A problemática trazida pelos bancos de perfis genéticos criminais no Brasil**. 2014. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2014.
- BAUMAN, Zygmund. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- BONACCORSO, Norma Sueli. **Aplicação do Exame de DNA na elucidação de crimes**. São Paulo, SP: Edições APMP, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 973.837/MG, Rel. Ministro Gilmar Mendes. Aguarda julgamento.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 301. 22 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=S%DAMULA+301&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 27 de novembro de 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 568. 5 de Janeiro de 1977. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4016>>.
- _____. **Código de Processo Penal**. 24ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.
- _____. **Código Penal**. 24ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.
- _____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 5º, inciso LVIII. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 191-A, V 05 out.1988, P.1 Disponível: Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2017.
- _____. **Decreto Nº 592, de 6 de Julho de 1992** – Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 01.10.2018.

_____. **Decreto N° 678, de 6 de Novembro de 1992** – Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 01.10.2018.

_____. Lei 10.054, de 7 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a identificação criminal e da outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 08 dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10054.htm>. Acesso em 30 set.2017.

_____. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 Jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 30 set. 2017.

_____. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 26 Jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 30 set. 2017.

_____. Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 02 out. 2009. Seção 1, p. 1. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 30 set. 2017.

_____. STF, 1ª Turma, H.C. nº 76060/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 31 de mar. de 1998.

_____. STF, H.C. nº 71.373/RS, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 10 de nov. de 1994.

_____. STJ, Recurso Especial nº 1.111.566/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 28 de março de 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Volume 4: Legislação Penal Especial. 12ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. **Manual de medicina legal**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para Concursos**. 6ª Edição. Rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

ECHTERHOFF, Gisele. Os dados genéticos e o direito à privacidade: A declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos. *In: Revista Eletrônica do CEJUR*. Ano 2006. Volume 1. Número 1. Pág. 206-239.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10ª Edição. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Atlas, 2018.

GARRIDO, R.G. e GARRIDO, F.S.R.G. Consentimento informado em genética forense. *Acta bioeth.* vol.19, no.2, 2013. p. 299-306.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Eduardo Leal. O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro Três Anos após a Lei nº 12.654. **Revista de Bioética e Derecho**. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/281627801>>. Acesso em: 24 de setembro de 2018.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Thiago Pereira. A repercussão geral da alegação de inconstitucionalidade do art. 9-a da lei de execução penal. **Sociology of Law**, 2018. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/326262482>>. Acesso em: 24 de setembro de 2018.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: Uma análise do art. 9º-A da Lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica. **Revista Jurídica**. Curitiba. Ano 2016. Volume 04. Número 45. pp. 207-226. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Rodrigo_Garrido3?_iepl%5BviewId%5D=ASasHq98HmtnCfuAoyClcnkQ&_iepl%5Bcontexts%5D%5B0%5D=projectUpdatesLog&_iepl%5BinteractionDateType%5D=profileView>. Acesso em: Novembro de 2017.

GIONGO, Juliana Leonora Martinelli. A identificação criminal pelo DNA em face da garantia contra a autoincriminação. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 2. Julho a Dezembro de 2016. pp. 377-405. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/25368/18971>>. Acesso em: Agosto de 2018.

GREGO, Rogério. **Medicina Legal à Luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal: teoria resumida**. SANTOS, William Douglas R. dos; CALHAU, Lélío Braga; KRYMCHANTOWSKI, Abouch Valenty; ANCILLOTTI, Roger. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRIFFITHS, Anthony J. F. **Introdução à genética**. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Mulheres. 2ª Edição. Organização: Thandara Santos; colaboração: Marlene Inês da Rosa... [et al.]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN. Atualização – Junho de 2016. Organização: Thandara Santos; colaboração: Marlene Inês da Rosa... [et al.]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 4ª Edição. Salvador: JusPODIVM, 2016.

_____. **Manual de processo penal**. Vol. único. 4ª Edição. Rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Edição. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 5ª Edição. Rev. atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NORRGARD, Karen. **Forensics, DNA fingerprinting, and CODIS**. Nature Education, 2008. Disponível em: <<https://www.nature.com/scitable/topicpage/forensics-dna-fingerprinting-and-codis-736>>. Acesso em: 31 de maio de 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11ª edição. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRAY, Leslie. **Discovery of DNA structure and function**: Watson and Crick. Nature Education, 2008. Disponível em: <<https://www.nature.com/scitable/topicpage/discovery-of-dna-structure-and-function-watson-397>>. Acesso em: 31 de maio de 2018.

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

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 4ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

RIBPG. **VIII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.** Comitê Gestor RIBPG: Brasília, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHIOCCHET, T. **Reflexões jurídicas acerca da regulamentação dos bancos de perfis genéticos para fins de investigação de criminal no Brasil.** In: Helena Machado; Helena Moniz. (Org.). *Bases de Dados Genéticos Forenses: tecnologias de controlo e ordem social.* 1ª Ed. Ladeira da Paula: Coimbra Editora, S.A., 2014, v., p. 67-102. Disponível em: <<https://unisin.os.academia.edu/TaysaSchiocchet>>. Acesso em 03.10.2018.

_____. **Bancos de Perfis Genéticos para fins de persecução criminal.** Série Pensando o Direito, v. 43, p. 1-88, 2012. Disponível em: <<https://unisin.os.academia.edu/TaysaSchiocchet>>. Acesso em 24 de setembro de 2018.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 12ª. Edição. Rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

ANEXO 1**RECOMENDAÇÃO Nº 01, DE 21 DE OUTUBRO DE 2017.****AOS ADMINISTRADORES DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS DA RIBPG**

Considerando os pedidos de orientação para o fiel cumprimento do artigo 9ºA da lei nº 7.210/84 introduzido pela lei nº 12.654/12 que prevê “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”;

Considerando que cabe ao Comitê Gestor da RIBPG expedir recomendações que possam promover a melhora dos serviços públicos que envolvam a coleta de material com o objetivo permitir o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal;

Considerando a aprovação do Comitê Gestor das sugestões apresentadas por sua Comissão Jurídica Permanente sobre o tema, em reunião ocorrida nos dias 19 e 20 de outubro de 2017.

O COMITÊ GESTOR DA REDE INTEGRADA DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS, no uso de sua atribuição que lhe confere o art. 5º, inciso I, do Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013 resolve RECOMENDAR que:

D) Sejam considerados como principais crimes para fins de cumprimento do artigo 9ºA supracitado os crimes abaixo elencados:

Homicídio;

Latrocínio;

Estupro;

Estupro de vulnerável;

Lesão corporal grave;

Lesão corporal gravíssima;

Roubo;

Extorsão qualificada pela morte;

Extorsão mediante sequestro e na forma qualificada;

Epidemia com resultado morte;

Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais;

Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável;

Genocídio;

Tortura;

Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito.

MEIGA AUREA MENDES MENEZES

COORDENADORA DO COMITÊ GESTOR