

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.654/12 ACERCA DA CRIAÇÃO DO BANCO DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS

Izadora de Lima PEQUENO¹

Florestan Rodrigo do PRADO²

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo demonstrar que as possibilidades trazidas pela lei nº 12.654/12, demonstram-se constitucionais para sua aplicação, havendo uma proporcionalidade e razoabilidade entre os princípios abordados bem como sua efetiva aplicação. Num primeiro momento é feito uma breve introdução quanto ao ingresso da presente lei no ordenamento jurídico. Posteriormente, estuda-se a identificação criminal e os limites que a Constituição Federal trás no sentido de proteção aos bens jurídicos fundamentais que esta norma protege. Finalmente, sendo o foco do trabalho, é abordada a constitucionalidade da lei nº 12.654/12. As considerações finais do artigo levam o leitor a uma reflexão jurídica quanto à constitucionalidade, aplicação e avanços da presente lei em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Identificação criminal. Banco de dados. Perfis genéticos. Lei 12.654/12.

1 INTRODUÇÃO

Primeiramente mostra-se indispensável uma breve exposição de que atualmente a sociedade brasileira vivência uma realidade na qual, existe um número bastante significativo de casos arquivados devido à insuficiência de provas, e muitas vezes pela impossibilidade de indicar um suposto infrator.

¹ Docente do 4º ano do curso de Graduação de Direito no Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente - SP. E-mail: izadoradelima7@gmail.com.

² Mestre em ciências jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Professor de Direito Penal, Prática Penal e de Medicinal Legal do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente - SP, Advogado Público da Funap – SP. E-mail: florestan_prado@yahoo.com.br - Orientador do trabalho.

Com advento da Lei 12.654/2012 esta gerou grande mudança no processo penal brasileiro ao trazer a coleta de material biológico como sendo um novo método de identificação criminal, qual seja, por análise do DNA, propondo o armazenamento de tais materiais em um banco de dados nacional. Claramente se trata de uma revolução, visto que a Lei nº 12.037/2009 previa somente a fotografia e a datiloscopia como formas de identificação criminal.

A razão da norma trouxe respaldo diante do alto índice de impunidade e da crescente criminalidade no país, assim, a identificação por perfil genético atuou como um instrumento novo para combater e reverter o cenário atual nacional.

Agora, com a vigência deste instituto normativo, se passa a permitir, por meio de ordem judicial, que no curso da persecução criminal seja possível a coleta de material genético, denominada Identificação Criminal Facultativa. Todavia, aos condenados por crimes dolosos cometidos com violência de natureza grave contra a pessoa, ou hediondos a coleta de material genético é obrigatória.

Todo o material biológico coletado será acrescentado ao Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), ambos fundados pelo Decreto nº 7.950/2013, com vistas a promover o cruzamento das informações genéticas já cadastradas com os vestígios de DNA obtidos nas cenas dos crimes, tornando possível a identificação do criminoso.

A perspectiva da lei é que a tecnologia venha a contribuir na elucidação de crimes que parecem ser incompreensíveis. Assim, o Estado poderá ser mais eficiente nas investigações, e trazer respostas à sociedade de uma maneira mais rápida e justa.

Para a realização do presente trabalho, será utilizada a método dialético, onde através de uma perspectiva jurídica e comparativa entre ordenamentos jurídicos de diferentes Estados, a sua aplicação em leis vigentes no mundo e a constitucionalidade da lei 12.654/12 junto ao direito constitucional brasileiro, buscou-se demonstrar como as possibilidades trazidas pela lei podem ser aplicadas em conformidade a Constituição Federal, prevalecendo à supremacia do interesse público e o avanço no desenvolvimento das investigações criminais.

2 IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Quando se trata de uma pesquisa acerca da criação do banco de dados de perfis genéticos, é inevitável aprofundar-se diante dos limites que a Constituição Federal apresenta quanto à proteção aos bens jurídicos fundamentais que a vigente norma protege.

A Constituição Federal de 1988 traz ao ordenamento jurídico a identificação criminal, que prevê no artigo 5º, inciso LVIII o seguinte, “o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

Logo, o referido dispositivo da Carta Magna aduz a premissa de que, existir a identificação civil para fins penais, é desnecessário qualquer outro procedimento de identificação. Salvo, como demonstra, nas hipóteses previstas em lei.

Ocorre que o rigor do presente artigo foi fruto do momento histórico de muita tortura e repressão, advindos de uma época em que regia o poder das forças armadas. Por isso, nossa Carta Maior trouxe em seus alicerces garantias de que aqueles sombrios açoites de outrora não mais pudessem ser repetidos. Assim, por mais garantista que um Estado seja, é imperial que o direito interno acompanhe a evolução da sociedade, logo, não é suficiente preservar as garantias de uma época antiga, no entanto evoluí-las no mesmo ritmo em que a sociedade evolui. Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci (2013, p.173) afirma:

Trata-se de norma de indevida inserção na Carta Magna, que, à época da sua elaboração, teve por finalidade corrigir a publicidade que se costumava dar ao fato de determinada pessoa – especialmente as conhecidas do grande público – ser criminalmente identificada, como se isso fosse inconveniente e humilhante. A norma tem contorno de direito individual, unicamente porque o constituinte assim o desejou (formalmente constitucional), mas não é matéria para constar em uma Constituição Federal. É certo que muitos policiais exorbitaram seus poderes e, ao invés de garantir ao indiciado uma colheita corriqueira do material datiloscópico, transformaram delegacias em lugares de acesso da imprensa, com direito à filmagem e fotos daquele que seria publicamente indiciado, surpreendido na famosa situação de ‘tocar piano’. Ora, por conta da má utilização do processo de identificação criminal, terminou-se inserindo na Constituição uma cláusula pétreia que somente problemas trouxe, especialmente ao deixar de dar garantia ao processo penal de que se está acusando a pessoa certa. Bastaria, se esse era o desejo, que uma lei fosse editada, punindo severamente aqueles que abusassem do poder de indiciamento,

especialmente dando publicidade indevida ao ato, para a resolução do problema.

Apesar da clareza e exatidão dos argumentos acima expostos, o fato é que a Constituição trouxe real cláusula pétrea garantindo, ao identificado civilmente, a impossibilidade de identificação criminal, salvo nas hipóteses prevista em lei.

Assim, a lei pode prever mesmo ao civilmente identificado, hipóteses em que a identificação criminal é devida. Refere-se à norma constitucional de eficácia contida. Isto é, enquanto não houver a norma regulamentadora, não há possibilidade de limitação do direito individual previsto na Constituição Federal.

Fernando Capez (1999, p. 81) afirma que: "a autoridade policial não pode mais submeter pessoa civilmente identificada, e portadora da carteira de identidade civil, ao processo de identificação criminal".

Julio Fabrini Mirabete (1997, p. 47-48), ao tratar do dispositivo constitucional em discussão, atesta: "é norma de aplicabilidade imediata e eficácia contida, tendo eficácia plena até que o legislador ordinário edite a lei restritiva".

A regulamentação do dispositivo constitucional apenas foi feita pela Lei Federal nº 10.054/2000. Atualmente, a regulamentação se constitui pela Lei Federal nº 12.037/2009, com as alterações efetivas pela Lei Federal nº 12.654/2012.

A Lei Federal nº 12.037/2009 lista as hipóteses em que, salvo identificado civilmente, a identificação criminal é devida:

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

I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

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

Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.

Não surge inconstitucionalidade nas hipóteses de identificação criminal dos identificados civilmente. Visto que, em todas as hipóteses, foram respeitados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, sendo estes os limites do legislador.

Conforme artigo 5º da Lei Federal nº 12.037/2009: “na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético”.

Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 172), novamente, nos traz relevante lição: “a identificação criminal é a individualização física do indiciado, para que não se confunda com outra pessoa, por meio de colheita das impressões digitais, da fotografia e da captação de material biológico para exame de DNA”.

Observa-se que, segundo Nucci, a identificação criminal abarca da colheita de impressões digitais e fotos. Finalmente, conforme modificação da Lei Federal nº 12.654/2012, se tem a possibilidade de obtenção de material biológico para exame de DNA.

3 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Na redação da Constituição Brasileira de 1988 foram celebradas importantes garantias processuais penais. Tais garantias estabelecem limites ao poder punitivo do Estado, impondo que este, durante a persecução penal e o processo, respeite as limitações delas derivadas.

A grande relevância dos enunciados construídos a partir da Constituição Federal flui do fato de que referidos enunciados difundem verdadeiros princípios, que direcionam a interpretação dos demais, assim como orientam a formulação, pelo intérprete, das normas jurídicas.

Na afirmação de Celso Antônio Bandeira de Melo (2002, p. 150):

O princípio é, por definição, mandamento nuclear do sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

José Afonso da Silva (2006, p. 91-92), explica a diferença entre normas princípios e normas jurídicas:

A palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo, de início. Norma de princípio (ou disposição de princípio), por exemplo, significa norma que contém início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as normas de princípio institutivo e as de princípio programático. Não é nesse sentido que se acha a palavra princípios da expressão princípios fundamentais do Título I da Constituição. Princípio aí exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema. As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.

A Constituição Federal, ao discorrer sobre os direitos e garantias fundamentais, institui diversos princípios implícitos e expressos. Muitos deles estabelecem garantias do cidadão diante ao Estado-acusação. No mais, outros princípios não são absolutos, assim, nada obsta que se ocorra uma relativização dos mesmos, uma vez sendo aplicados de forma razoável e proporcional.

Para finalidade do presente artigo, é indispensável um estudo mais aprofundado do princípio da Presunção de Inocência, princípio da Não Auto-incriminação e outros direitos fundamentais, como: o direito à privacidade, intimidade, integridade e dignidade.

3.1 Presunção de inocência

Sabe-se que uma das mais necessárias garantias constitucionais é a presunção de inocência, pois por meio dela o acusado deixa de ser apenas um

objeto de investigação como no sistema inquisitorial, sendo colocado como efetivo sujeito dentro da relação processual.

A presunção, que se trata do ato de deixar que determinada coisa seja verdadeira até que se prove o oposto, concede ao acusado que não seja colocado na condição de culpado até o fim do processo. Dessa forma, “haveria uma presunção de inocência do acusado da prática de uma infração penal até que uma sentença condenatória irrecorrível o declarasse culpado.” (MIRABETE, 2003, p. 41).

Mirabete (2001, p. 42), a Constituição Federal sequer presume a inocência. No seu entendimento, ela apenas declara a não culpabilidade:

O que se entende hoje, como diz Florian, é que existe apenas uma tendência à presunção de inocência, ou, mais precisamente, um estado de inocência, um estado jurídico no qual o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitada em julgado. Assim, melhor é dizer-se que se trata “princípio de não-culpabilidade”. Por isso que nossa Constituição Federal não “presume” a inocência, mas declara que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

Lopes Junior (2007, p. 518) ainda traz o seguinte:

No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, pode verificar a qualidade de um sistema processual através de seu nível de observância (eficácia).

Parte da doutrina entende existir diferença entre os termos presunção de inocência e de não culpabilidade, como Luis Gustavo de Carvalho (2006, p. 157):

Sustenta-se que não se pode presumir a inocência do réu, se contra ele tiver sido instaurada ação penal, pois, no caso, haverá um suporte probatório mínimo. O que se poderia presumir é sua não culpabilidade, até que assim seja declarado judicialmente. Não se poderia, assim, cogitar-se propriamente em uma presunção. Por isso a Constituição proibiu terminantemente que o acusado fosse considerado culpado antes da sentença judicial transitada em julgado.

Assim, quanto ao princípio do *in dubio pro reo*, Lopes Junior formula o seguinte (2007. p. 520):

Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio do in dubio pro reo corrobora a atribuição da carga probatória do acusador e reforça a regra de julgamento (não condenar o réu em que a sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada).

Neste sentido, Lopes Junior ainda trás a respeitável advertência (2007.p 528).

Importante destacar que a presunção de inocência e o in dubio pro reo não podem ser afastados no rito do Tribunal do Júri. Ou seja, além de existir a mínima base constitucional para a in dubio pro societate (quando da decisão de pronúncia), é ele incompatível com a estrutura das cargas probatórias definido pela presunção de inocência, e não há nenhum dispositivo legal que autorize o princípio do in dubio pro societate. O ônus da prova é do Estado e não do investigado.

Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 90) a respeito do princípio do estado de inocência (ou da não culpabilidade), afirma:

Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu. Por outro lado, confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando realmente for útil à instrução e à ordem pública

O objetivo central que se extrai da lição acima exposta é que o Princípio da Presunção de Inocência acusa, ao Estado-acusação, o dever de fornecer provas que confirmem a culpa *lato sensu* do agente. Logo, cabe à acusação apartar a presunção de inocência.

Contudo, diante do Estado democrático de direito deverá levar em consideração no sistema jurídico, o princípio da razoabilidade, apresentado de um lado os direitos do acusado, consagrados processual e constitucionalmente, e de outro os interesses da sociedade. Apesar disso, é preciso recordar que não é preciso oposição entre os interesses da sociedade e os direitos individuais do acusado. Visto que, os direitos individuais são louvados na Constituição, inclusive como cláusula pétrea para uma completa proteção a tais direitos, como também os direitos de interesse da sociedade.

3.2 Princípio da não auto-incriminação

O princípio do *nemo tenetur se detegere*, trata-se de direito descrito implicitamente na Constituição da República, no art. 5º, inciso LXIII, no qual, nenhum indivíduo será obrigado a produzir provas contra si mesmo. Assim, para parte da doutrina a coleta de material biológico de forma obrigatória fere garantias individuais do réu, do investigado, ou do condenado.

Observando somente sob tal enfoque, este argumento de fato não pode ser abandonado, visto que o ordenamento jurídico brasileiro não poderia aplicar pena alguma ou fazer qualquer presunção de culpa contra aquele indivíduo que escolhesse em não fornecer material biológico.

Para doutrinadora Maria Elisabeth Queijo (2003, p.53 e 54), o princípio da não auto-incriminação não se revela absoluto e pede pela relativização dos direitos fundamentais, visto que governa a coexistência de outros direitos:

Os direitos fundamentais têm uma dimensão individual e outra institucional. (...) Todavia, os direitos fundamentais não são absolutos, a própria coexistência dos vários direitos fundamentais gera restrições, que devem ser reguladas por lei, respeitando certos limites, devendo ser claras, determinadas, gerais e proporcionais, obedecendo ainda alguns critérios segundo o princípio da proporcionalidade: (...) a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador; a adequação desses meios à consecução dos objetivos almejados e a necessidade de sua utilização.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 91-92), afirma:

A imunidade à autoacusação significa que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). Trata-se de decorrência natural da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência (Art. 5º, LVII) e da ampla defesa (art. 5º, LV) com o direito humano fundamental que permite o réu manter-se calado (art. 5º, LXIII). Se o indivíduo é inocente, até que seja provada a sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo. O Estado é parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o autor da infração penal, prescindindo, pois, de sua colaboração. Seria a admissão de falência de seu aparato e fraqueza de suas autoridades se dependesse do suspeito para colher elementos suficiente a sustentar a ação penal.

Em síntese, o princípio da Não Auto-incriminação garante o silêncio do acusado/indiciado e a impossibilidade de obrigá-lo a produzir provas contra si mesmo.

Portanto, seria possível afirmar que o indiciado não é obrigado, em nenhuma hipótese, a fornecer material biológico para identificação. Em razão de que, como é notório, com segurança o exame de DNA pode provar a presença do indiciado no local do crime, dentre outras provas capazes de indicar a autoria. Contudo, a conclusão não é a que melhor reflete o ordenamento jurídico vigente.

Pacelli (2013, p. 396) declara não ser possível dirimir o gerenciamento normativo com base em um “suposto” direito a não auto-incriminação e cita:

Eis aqui cristalino exemplo da inadequação do argumento: a questão gira em torno da violação ou não (a depender do exame a ser realizado e de sua necessidade efetiva) de direitos materiais, como a integridade física e/ou psíquica da pessoa submetida à intervenção desta natureza.

E termina afirmando o seguinte: “os meios de coleta deverão respeitar a proibição de ingerências abusivas e desnecessárias, conforme estipulado em tratados internacionais sobre a matéria”.

Sendo este o ponto crucial da discussão, saber como trabalhar a coleta desta prova, de forma que não viole a integridade do agente. Ponto que será abordado posteriormente.

3.3 Outros direitos fundamentais: direito à intimidade, integridade e dignidade da pessoa humana

Outros direitos do indivíduo devem ser analisados cuidadosamente na medida em que for realizado o embate entre os direitos fundamentais, que até então já se discutiu acerca da criação do banco de dados de perfis genéticos no Brasil.

Tais direitos também possuem um status constitucional de direito fundamental, portanto, merece uma tutela assegurada seja pela Constituição Federal de 1988, quanto pelo Código Civil (2002 e 2015).

O texto constitucional assim determina:

Art. 5º, 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;

O Direito à Vida e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana garantem ao cidadão a liberdade de disposição do próprio corpo, se feita dentro dos limites legais.

O Código Civil de 2002, por sua vez, ao tratar dos direitos da personalidade, determina:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

A interpretação sistemática dos dispositivos do Código Civil bem como dos princípios constitucionais acima apontados traz a conclusão de que o indiciado não é obrigado a se sujeitar ao exame de DNA quando este for feito de forma invasiva.

Logo, se evidencia que não se pode opor à coleta de material biológico, se esta é realizada sem interferir a integridade física. Contudo, quando referida coleta pretender procedimento invasivo (coleta de sangue, por exemplo), é direito do indiciado a recusa.

O STF, em ação investigação de paternidade, se manifestou da seguinte forma sobre o exame de DNA:

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.³

Independente do julgado do STF ter sido declarado diante de exame de DNA para o processo de identificação de paternidade aplica-se a mesma conclusão para o processo penal. Assim, a condição de indiciado não lhe retira o direito à preservação da dignidade da pessoa humana e da integridade do corpo humano.

A recusa não se dá por base na autodefesa, mas sim, frente a preservação do direito constitucional à vida, qual seja, à integridade física e a livre disposição do próprio corpo.

Sendo assim, é por essa razão que o indiciado não pode se negar à coleta do material se feita de forma não invasiva não afetando sua integridade física.

Também não ocorre a violação do direito à intimidade e vida privada, ao passo que a Lei Federal nº 12.037/2009 impõe o caráter sigiloso para o exame de DNA em seu artigo 7º-B, que: "a identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo".

Portanto, confere-se que, diante da intangibilidade do corpo humano e do princípio da dignidade da pessoa humana, o exame de DNA para fins de identificação criminal não poderá ser feito à revelia do indiciado, quando se tratar de exame invasivo.

Diante do panorama ora construído de direitos fundamentais e da personalidade possíveis de violação caso ocorra o desvirtuamento da finalidade a qual se destina a criação de bancos de perfis genéticos (FIDALGO, 2006, p. 120-128; RODRÍGUEZ, 2008, p. 209-216), o desmembramento da parte não-codificante da molécula de DNA para fins de análise (parte do DNA que não possui as características hereditárias ou pessoais), somente se contemplada de maneira, controlada, rigorosa e sancionada, poderá garantir a proteção dos direitos do doador – do contrário acarretará a responsabilização civil, diante da reparação (danos materiais) ou compensação (danos morais), quer ainda, mediante o exercício da

³ STF. HC 71.373. Tribunal Pleno. DJ 22-11-1996

contemporaneamente tão debatida função punitiva da responsabilidade civil, não podendo, por fim, prescindir da já apontada necessidade de ponderação dos bens em combate quando da aplicação da então medida, qual seja, coleta e armazenamento de amostras.

4 PRINCÍPIOS E GARANTIAS E SUA RELAÇÃO COM A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.654/12

A análise de constitucionalidade da Lei 12.654/12 deve ser realizada em dois momentos distintos, uma vez que a exposta lei insere a identificação criminal por meio de extração de material biológico em duas fases do processo penal, completamente distintas entre si qual seja a primeira, na fase da investigação e a segunda na fase da execução da pena.

Primeiramente cumpre apresentar que a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ), da Câmara dos Deputados, o Deputado Vicente Cândido, sendo o relator, votou também pela aprovação do Projeto ora já vigente e consignou:

Não observei vícios de constitucionalidade, juridicidade ou de técnica legislativa na matéria abrangida pelo PL 2458/2011. Tampouco posso dizer que haja qualquer discordância do Projeto para qualquer dos preceitos listados no inciso IV do artigo 32 do RICD. Assim sendo, amparado por uma profunda reflexão, transversal às matérias de direito e de ciências naturais, registro a seguir um texto emblemático da conclusão a que chegamos após estudo detido acerca da matéria. O escrito é um notável trabalho acadêmico produzido sobre o assunto. Na publicação embasada em bibliografia consistente e amparada pela Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, o Juiz Federal Carlos Henrique Borlido Haddad, mestre e doutor em ciência penal, conclui:

A admissão do exame de DNA compulsório no processo penal brasileiro, posto que seja uma novidade em relação ao tipo de prova que disponibilizará, não representará nenhuma inovação acerca das restrições e bens jurídicos que já suporta o acusado. A pena privativa de liberdade, a prisão provisória de finalidade instrutória indireta, o monitoramento ininterrupto de diálogos, a sanção capital e a medida de segurança de caráter indeterminado são superlativamente mais lesivos do que a colheita do material orgânico, mormente em relação àquela que não possui o caráter de invasividade. É preciso apenas voltar os olhos para as provas e sanções atualmente existentes no processo penal e lembrar-se da existência de

medidas de caráter restritivo para superar a cultura de intangibilidade absoluta do acusado.

O exame de DNA compulsório é adotado em Estados do civil e do common law, e tem-se mostrado como importante instrumento para a melhor elucidação dos fatos no processo penal. Conquanto limite e restrinja alguns bens jurídicos dignos de tutela, não suprime ou ofende os direitos do acusado no processo.⁴

Em outro texto, o diretor da Diretoria Técnico-Científica da Polícia Federal, Paulo Roberto Fagundes, consolida a discussão sobre banco de dados de perfil genético de forma objetiva:

A utilização do DNA como instrumento de investigação e prova é uma realidade nos laboratórios oficiais do Brasil. Contudo, os exames são realizados apenas quando se têm amostras suspeitas e amostras referências para comparação - os chamados casos fechados. A eficácia na utilização do DNA na investigação criminal pede a implantação de um Banco de Dados de DNA Criminal no país, no qual serão armazenados perfis de DNA coletados em cenas de crimes para as mais diversas comparações possíveis no intuito de esclarecimento de autoria de tais crimes. Para a implantação de um sistema desse tipo existem algumas condições a serem cumpridas (...), do ponto de vista estratégico, a aprovação de um projeto de lei que estabeleça condições de armazenagem de perfis de DNA é o primeiro passo para a implantação gradual do banco de dados. (...) As demais condicionantes serão paulatinamente ajustadas desde que essas condições essenciais sejam garantidas.⁵

Mostra-se assim, que tais reflexões foram levadas em consideração para a aprovação da presente lei, de forma que não se violasse os princípios fundamentais do acusado. Devendo sempre ser analisada as circunstâncias frente a proporcionalidade e razoabilidade.

De modo geral, a identificação criminal até então incluía o processo datiloscópico e o fotográfico, nos quais, são juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou ainda outra forma de investigação. Porém com o advento da lei, no caso da identificação criminal ser essencial às investigações policiais, será feita mediante despacho da autoridade judiciária competente, na qual decidirá de ofício ou mediante representação da Autoridade Policial, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, a identificação criminal por

⁴ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=978441> Acesso 27 de abril de 2015.

⁵ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=978441> Acesso 27 de abril de 2015.]

coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. Portanto, demonstra que será analisada sempre de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

No mais, como fora visto no presente artigo, não há o que se falar em violação as garantias e princípios constitucionais, quer seja quanto ao princípio da Presunção de Inocência, pois cabe ao Estado-acusação, o dever de fornecer provas que confirmem a culpa *lato sensu* do agente. Logo, cabe à acusação apartar a presunção de inocência. Quer seja pelo princípio da Não Auto-incriminação que também garante o silêncio do acusado/indiciado e a impossibilidade de obrigá-lo a produzir provas contra si mesmo, visto que, é possível afirmar que o indiciado não é obrigado, em nenhuma hipótese, a fornecer material biológico para identificação.

Salienta-se que, quanto aos demais direitos fundamentais apresentados no artigo, referentes à integridade, à intimidade e dignidade da pessoa humana, não se demonstram violados, pois se evidencia que o agente não pode se opor à coleta de material biológico, se esta é realizada de maneira não invasiva.

Ainda, a Declaração de Direitos Humanos e Universal sobre Bioética, adotada por proclamação em 2005, pela 33ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO, publica:

Artigo 9. Privacidade e Confidencialidade - A privacidade dos indivíduos envolvidos e a confidencialidade de suas informações devem ser respeitadas. Com esforço máximo possível de proteção, tais informações não devem ser usadas ou reveladas para outros propósitos que não aqueles para os quais foram coletadas ou consentidas, em consonância com o direito internacional, em particular com a legislação internacional sobre direitos humanos.

Artigo 10. Igualdade, Justiça e Equidade - A igualdade fundamental entre todos os seres humanos em termos de dignidade e de direitos deve ser respeitada de modo que todos sejam tratados de forma justa e equitativa.

Logo, os dados pertencentes à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em um banco de perfis genéticos, que será gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. Tais informações genéticas pertencentes a estes bancos de dados de perfis genéticos não poderão conter traços somáticos ou comportamentais das pessoas, a não ser determinação genética de gênero, conforme as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. Garantindo assim, o também direito à intimidade.

Salienta-se, que os dados constantes dos bancos de perfis genéticos possuem caráter sigiloso, podendo aquele que infringi-lo responder civil, penal e administrativamente, se violado a permitir ou promover sua utilização para fins diversos daquelas previstos legalmente ou através de decisão judicial. As informações colhidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.

Tais fundamentos demonstrados só asseguram cada vez mais a constitucionalidade da presente lei, pois esta se apresenta segura, eficaz e principalmente, protege os direitos fundamentais do agente.

Cumpra ainda analisar, a constitucionalidade da lei quanto a um segundo momento, a execução penal. Aqui se refere aos condenados pela prática de crime doloso 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 (Lei dos Crimes Hediondos), onde serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação genética, por meio da extração de DNA. Tal identificação, também neste caso, será armazenada em banco de dados sigiloso.

Marcelo Feller, Advogado Criminal com Treinamento em Investigação e Perícia Forense em casos de homicídio pelo *U.S. Police Instructor Teams*, in FORÇA PROBATÓRIA Banco de DNA: O Brasil está preparado? (Revista Consultor Jurídico, 09 de maio de 2012), observa:

Não se trata, como alguns juristas têm defendido, de se obrigar a pessoa a produzir prova contra si mesma. O projeto não obriga o acusado a fornecer material genético para ser confrontado no caso em que está sendo processado. O fornecimento obrigatório só acontecerá se o indivíduo for definitivamente condenado.

E não se deve taxar de inconstitucional lei que prevê a identificação criminal, por qualquer meio não degradante, de indivíduos condenados. Afinal, o direito de não produzir provas contra si mesmo pode e deve ser usado em um processo ou investigação penal, mas jamais pode servir como um coringa para a prática de novos delitos.

Afinal, repita-se: o acusado/investigado não será obrigado a fornecer material enquanto estiver processado. A obrigação é posterior, em caso de condenação.

Aliás, não se pode esquecer: um exame de DNA nunca será, isoladamente, prova cabal de culpa. Afinal, provar-se que o indivíduo estava na cena de um crime, ou provar-se que teve relações sexuais com a vítima não o torna, automaticamente, culpado do crime investigado. No entanto, prova de DNA pode, mesmo isoladamente, ser prova cabal de inocência. Se uma vítima de estupro aponta um inocente como seu algoz, com ou sem intenção de

prejudicá-lo, um confronto com resultado negativo entre o DNA coletado na vítima e o do suspeito, invariavelmente, deverá resultar em absolvição.

Embora a lei não apresente quais os métodos seriam utilizados para coleta do material, está implícito a garantia a dignidade da pessoa humana, lembrando-se que deve ser analisado sob o crivo dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. No mais, o Senador Demóstenes Torres observa em seu parecer que:

A presente proposição ofertará mais eficiência ao banco de dados de identificação de perfil genético, ao permitir a colheita de DNA por procedimento não invasivo, não ofendendo, por conseguinte, os princípios de respeito à integridade física e à dignidade humana.

Rui Barbosa, patrono do Direito brasileiro, no trecho da carta ao Dr. Evaristo de Moraes "O Dever do Advogado", disse o seguinte:

Ainda que o crime seja de todos o mais nefando, resta verificar a prova; e ainda quando a prova inicial seja decisiva, falta, não só apura-la no cadinho dos debates judiciais, senão também vigiar pela regularidade estrita do processo nas suas mínimas formas.

Assim, não há como se opor, visto que a Lei nº 12.654/12, não traz previsão expressa nos mencionados institutos normativos de métodos invasivos de coleta, que poderiam ser capazes de vir a ofender a integridade física ou psíquica do indivíduo. Caso não haja respeito aos preceitos constitucionais que proíbem tratamento degradante aos acusados, não há que se falar em inconstitucionalidade da lei.

A maior dificuldade da lei se daria após o cumprimento de pena, onde o indivíduo tem o direito de recuperar seu estado pleno de cidadania, por mais brutal que tenha sido o crime cometido, assim, sendo presumidamente inocente em relação a fatos futuros. Assim, o artigo 7º do Decreto nº 7.950/13 prevê que, "o perfil genético do identificado criminalmente será excluído do banco de dados no término do prazo estabelecido em lei para prescrição do delito, ou em data anterior definida em decisão judicial".

Logo, não há mais o que se falar em manutenção *ad aeternum* do registro ao bando de dados, pois foi estabelecido um prazo, qual seja a prescrição do delito.

Além do mais, demonstrou-se que não deve haver a compensação de direitos, visto que eles devem se harmonizar entre si. Também não tem o que se falar em direitos absolutos, posto que até mesmo os direitos fundamentais sejam relativizados, face ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

CONCLUSÃO

O uso da tecnologia avança em ritmo acelerado em todas as áreas da sociedade, na qual se encontra em um patamar que não é mais possível desassociá-la do nosso dia a dia. A tecnologia tem contribuído em grande intensidade na saúde, salvando milhares de vidas.

Assim, o Direito não pode fechar as portas para a moderna técnica de identificação criminal por meio de análise do DNA do agente, afinal, se trata de uma ferramenta que poderá ser capaz de condenar os verdadeiros culpados, permitindo ao Estado dar uma resposta mais eficiente e célere a sociedade que tem clamado por justiça.

A Lei nº 12.654/12 não vislumbrou vícios de inconstitucionalidade nas hipóteses de identificação criminal dos identificados civilmente. Pois em todas as hipóteses foram respeitados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, que são os limites do legislador ordinário.

A Constituição Federal veiculou o princípio da Presunção de Inocência, que acusa, ao Estado-acusação, o dever de fornecer provas que confirmem a culpa *lato sensu* do agente. Logo, cabe à acusação apartar a presunção de inocência. Em consonância ao também Princípio da Presunção de Inocência, tem o princípio da Não Auto-incriminação, que garante o silêncio do acusado/indiciado e a impossibilidade de impor a produção de provas contra si mesmo.

Observou que a identificação mediante coleta de material não é regra geral, mesmo quando presente a necessidade de identificação criminal. Assim, tal

procedimento torna excepcional e somente quando essencial à investigação, portanto, não parece existir qualquer violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. Logo, não se obriga o indiciado a realizar coleta do material com a finalidade originária de produzir provas. O objetivo do mecanismo é apenas a identificação do indiciado e não a produção de provas.

Contudo, essa formulação não possibilita a conclusão de que, presentes os requisitos, o indiciado será sempre obrigado a se submeter à coleta do material.

O direito à vida e o princípio da Dignidade da Pessoa Humana garantem ao cidadão a liberdade de disposição do próprio corpo, se feita dentro dos limites legais. Assim, o indiciado não é obrigado a se submeter à coleta de material quando referido exame for feito de forma invasiva.

Ainda, no que refere à extração de material genético na fase de execução penal, o instituto normativo analisado estabeleceu o tempo de permanência dos dados no banco de perfis genéticos. Logo, não ocorre a punição de caráter perpétuo, pois o condenado após o cumprimento da pena tem o direito pleno e indiscutível de retomar a condição de cidadão.

Quanto ao afastamento da atividade estatal diante à identificação criminal do investigado ou do condenado, ela deverá ter responsabilização civil, penal e administrativa.

Finalmente, a análise de DNA acerca da investigação criminal vai contribuir para um processo penal mais adequado e justo, inserindo a ideia da busca pela verdade real, de forma a apontar os verdadeiros culpados e impedir que pessoas inocentes sejam condenadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, S.M. et al. **Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos e a implantação do CODIS no Brasil**. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE GENÉTICA FORENSE, 3., 2011, Porto Alegre. Disponível:

<http://web2.sbg.org.br/congress/CongressosAnteriores/Pdf_resumos/IIICBGF/CBG_F033.pdf>. Acesso: 12 março 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva. 1999.

HAMMERSHIMIDT, Denise e GIACOLA, Gilberto. **Banco de perfis genéticos dos criminosos: tratamento normativo na lei espanhola e na lei brasileira**. Publica Direito. Artigos. 2011. Disponível: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8cea559c47e4fbdb>>. Acesso: 02 de março de 2015.

_____. Jus Brasil. **Da coleta do perfil genético como forma de identificação criminal**. 2013. Disponível: <http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/100040500/da-coleta-do-perfil-genetico-como-forma-de-identificacao-criminal>. Acesso: 27 de abril de 2015.

_____. **Lei 12.654, de 28 de Maio de 2012**. Altera as Leis nos 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>.

MARTINS, Felipe. **Lei 12.654/12: a identificação criminal por perfil genético no brasil**. Jus Brasil. 2014. Disponível: <<http://lipezmartins.jusbrasil.com.br/artigos/121943801/lei-12654-12-a-identificacao-criminal-por-perfil-genetico-no-brasil>>. Acesso: 25 de abril de 2015.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª. ed. São Paulo: Malheiros.

MIRABETE, JÚLIO FABRINI. **Código de Processo Penal Interpretado**. 5ª ed. São Paulo: Atlas.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10ª ed. São Paulo: RT, 2013.

OLIVEIRA, Alexandre Madureira de. NEPOMUCENO, Eduardo. **Lei 12.654 de 28 de maio de 2012: Uma nova Identificação Criminal**. Letras Jurídicas. 2014. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=626>>. Acesso 27 de abril de 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de processo penal**. 17. Ed atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2013.

SCHIOCCHET, Taysa et alli. **Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal**. Série Pensando o Direito, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006