

1. Introdução

A Lei nº 12.654/2012, também chamada de Lei de Identificação Genética, instaurou no ordenamento jurídico brasileiro a utilização de material genético para fins de identificação e investigação criminais, alterando a Lei de Identificação Criminal (Lei 12.037/2009) e a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984). Em 2013, através do Decreto nº 7.950 foram instituídos o BNPG (Banco Nacional de Perfis Genéticos) e a RIPG (Rede Integrada de Perfis Genéticos) com o objetivo de possibilitar a efetividade da lei¹.

A presente pesquisa visa discutir as implicações jurídicas da Lei de Identificação Genética em consonância aos preceitos constitucionais e ao sistema acusatório no processo penal. Assim, a discussão parte de uma pesquisa bibliográfica de obras, nacionais e internacionais, tendo como marco teórico a obra de Emílio de Oliveira e Silva “Identificação genética para fins criminais”, além da grande influência dos fundamentos defendidos pelo penalista Aury Lopes Júnior, dentre outros pesquisadores do assunto. A partir desse estudo, discutimos a aplicação da Lei de Identificação Genética a partir do princípio da proporcionalidade, sendo ainda apresentadas as modificações necessárias a fim de se evitar violações aos direitos e princípios constitucionais.

2. O princípio da proporcionalidade

Gustavo Badaró (2012, p. 42) expõe que atualmente há uma tendência a aplicação do princípio da proporcionalidade no direito processual penal como forma de relativização de direitos e garantias fundamentais, utilizando-se como justificativa a colisão entre os direitos da sociedade, consolidado no direito à proteção, em detrimento dos direitos individuais, no caso em análise, em relação ao investigado ou acusado por algum crime.

No que se refere à colisão de princípios, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Bonet Branco consideram que (2012):

Os princípios são determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai. [...] No conflito entre princípios, deve-se buscar a

¹ Apesar da utilização da tecnologia no Brasil ser recente, conforme relatório divulgado em novembro de 2016 pela RBIPG, o país possui “uma das maiores redes de laboratórios de perícia oficial do mundo que compartilham perfis genéticos para fins criminais e busca de pessoas desaparecidas”, integrando 19 laboratórios por vários estados brasileiros (BRASIL, 2016).

conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro (BRANCO; MENDES, 2012, p. 261).

O princípio da proporcionalidade pressupõe a observância de três fundamentos para sua aplicação: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (ÁVILA, 2005, p. 163).

Nessa mesma concepção, Robert Alexy (2006) defende que há uma relação direta entre a natureza dos princípios e a máxima do princípio da proporcionalidade, assim sendo, expõe que:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (ALEXY, 2006, p. 118)

A análise da adequação visa identificar se o meio escolhido é o mais satisfatório dentre as várias possibilidades existentes, ou seja, se é o mais adequado para se atingir o fim almejado. Dessa análise ainda decorrem três aspectos: quantitativo (se o meio pode atingir o fim menos, mais ou igualmente em relação a outro), qualitativo (se o meio pode alcançar o fim de forma melhor ou pior) e probabilístico (em relação aos meios comparados aquele que pode atingir o fim pretendido com maior ou menor grau de certeza) (ÁVILA, 2005, p. 168).

A verificação da necessidade pressupõe a escolha do meio que menos restrinja direitos dentre as opções apresentados (ÁVILA, 2005, p. 172), assim sendo, tem por objetivo invadir a liberdade do indivíduo o mínimo possível (BADARÓ, 2012, p. 47). Para Maria Elizabeth Queijo (2012):

[...] no âmbito da necessidade, deverá a medida restritiva ser a menos gravosa possível aos direitos do acusado, em termos de qualidade, intensidade e duração. Desse modo, as provas que não dependem de intervenção corporal deverão ser preferidas. Se houver necessidade de intervenção corporal, deve-se optar pelas medidas não invasivas. Exemplificando: se for possível realizar o exame de DNA em pelos e cabelos, é preferível a se utilizar de material sanguíneo (QUEIJO, 2012, p. 405).

Por fim, “o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais” (ÁVILA, 2005, p. 175). Portanto, é preciso analisar proporcionalmente as vantagens e desvantagens da aplicação da medida e ainda, se o objetivo almejado justifica a restrição de direitos.

3. Aplicação do princípio da proporcionalidade à Lei 12.654/2012

No que se refere à Lei de Identificação Genética, Mariana Augusti (2015, p. 09) defende que existe uma colisão entre os princípios da presunção de inocência, da não autoincriminação e da dignidade da pessoa humana em oposição aos princípios da efetividade processual² e da verdade real³. Com isso, segundo a autora, há a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade, tendo em vista que o Estado deve resguardar o interesse público, e não apenas os interesses individuais. Defende ainda que a partir da identificação criminal genética, é possível se atingir uma persecução penal mais justa e livre de erros, beneficiando assim a sociedade como um todo.

De fato, a utilização dos bancos de perfis genéticos é extremamente eficiente para persecução penal, podendo sim evitar erros judiciais e possibilitar decisões mais próximas da realidade fática do crime e, por consequência, reduzir impunidades. Contudo, a atuação do Estado não pode ser arbitrária ao ponto de restringir direitos dos cidadãos, com a justificativa de atender o interesse coletivo, sem embasar-se em critérios objetivos que sejam suficientes para sustentar a medida restritiva.

Sobre o assunto, Callegari, Engelmann e Wermuth (2012) discutem que:

[...] o princípio da proporcionalidade impõe, no Brasil, no que concerne ao tema da regulamentação da utilização de bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal, em primeiro lugar, que a utilização desses dados obedeça aos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade estrita da medida probatória e, em segundo lugar, que o consentimento do afetado seja compreendido como integrante do conteúdo essencial do direito fundamental à proteção de dados pessoais, no sentido de que seja reconhecido o direito da pessoa de ser informada sobre quem possui seus dados e com qual finalidade. Afinal, o direito de informação se apresenta, aqui, como requisito imprescindível para que o consentimento seja outorgado de forma válida pelo interessado (CALLEGARI, ENGELMANN; WERMUTH, 2012, p. 14).

Em vista disso, sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade em observância ao princípio da não autoincriminação, assim aborda Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 485) explica que o princípio da proporcionalidade pode ser um instrumento eficiente para aplicação da Lei de Identificação Genética, desde que observados os requisitos decorrentes do princípio, quais

² Renata Malta Vilas Bôas (2011, p. 01) discorre que o princípio da efetividade processual abrange a necessidade do processo alcançar os objetivos que pretende produzir, sendo, para tanto, observada a técnica procedimental, bem como utilizados os instrumentos adequados.

³ Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 68) elucida que o princípio da verdade real, no âmbito do processo penal, em decorrência da possibilidade de restrição da liberdade do indivíduo, pressupõe a atuação de ofício pelo juiz na instrução probatória em busca da verdade. Contudo, o autor argumenta que tal a aplicação de tal princípio possibilita arbitrariedades e prejudica a imparcialidade do juízo.

sejam a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ademais, o método de intervenção corporal deve ser o menos invasivo possível, não gerando nenhum risco à saúde do indivíduo, bem como deve ser fornecido ao investigado/condenado todas as informações necessárias sobre a aplicação da medida interventiva e ainda ser respeitada eventual recusa ao fornecimento do material biológico.

Contudo, ainda que seja aplicado o princípio da proporcionalidade são indispensáveis as alterações já apontadas, como, por exemplo, a determinação do prazo para armazenamento do material biológico em relação aos condenados, a impossibilidade de atuação de ofício pelo juiz na fase investigatória, a previsão acerca do procedimento a ser adotado em caso de recusa pelo acusado em fornecer o material genético, entre outras, para, com isso, se resguardar o máximo de direitos e garantias processuais penais e um processo constitucionalizado.

Conclusão

A partir da presente pesquisa conclui-se que muito embora se reconheça a importância da utilização das tecnologias nas práticas forenses, a fim de se garantir maior efetividade e segurança nas decisões judiciais, é indispensável a análise dos métodos a serem utilizados sob a ótica constitucional, principalmente no âmbito do direito penal, haja vista a expressiva restrição das liberdades individuais a partir da atuação estatal.

Assim, a Lei nº 12.654/2012 trouxe grande inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, inserindo a utilização do exame genético dentre os métodos de identificação criminal, contribuindo significativamente para as investigações criminais e na identificação de pessoas desaparecidas através da criação do Banco de Perfis Genéticos. Contudo, as alterações promovidas pela Lei nº 12.654/2012 deram abertura para amplas discussões acerca da constitucionalidade da lei e das consequências da aplicação do DNA nas práticas forenses. Com isso, buscou-se apresentar as violações a princípios constitucionais, bem como estabelecer parâmetros mais objetivos para a utilização do Banco de Perfis Genéticos para fins criminais.

Diante da relativização de direitos e princípios inerentes à Lei de Identificação Genética, como foi exposto, o direito à intimidade e os princípios da não autoincriminação e a presunção de inocência, como também as inúmeras lacunas procedimentais que existem, é indispensável uma interpretação mais restritiva da lei a fim de sanar suas irregularidades e promover uma persecução penal mais coerente com os institutos do Estado Democrático de Direito.

As violações de direito decorrentes da Lei nº 12.654/2012 são ainda mais preponderantes no que se refere ao tratamento do condenado, posto que o legislador criou uma

possibilidade de produção antecipada de prova em relação a crimes futuros, ferindo substancialmente o princípio da não autoincriminação e da presunção de inocência.

Logo, identifica-se na Lei nº 12.654/2012 fundamentos da Teoria do Direito Penal do Inimigo e da Expansão do Direito Penal, teorias essas incompatíveis com o sistema acusatório e o Estado Democrático de Direito. Ademais, percebe-se que o clamor social, a mídia e os discursos políticos influenciam consideravelmente na elaboração das leis no Brasil, gerando muitas vezes a criação de tipos penais ou a aplicação de penas mais severas aos tipos penais já existentes. Desse modo, cria-se uma falsa sensação de segurança na população que não reduz efetivamente os índices de criminalidade, mas, em contrapartida, viola vários direitos e garantias dos indivíduos.

Em que pese os argumentos contrários que defendem a constitucionalidade da lei, a partir da justificativa da supremacia do interesse da coletividade em detrimento dos direitos e garantias individuais do investigado/condenado, há que se ponderar que o direito processual penal possui muitos resquícios inquisitórios e as garantias processuais conquistadas não podem ser desconsideradas sob o argumento da defesa do direito à proteção da sociedade, principalmente em relação ao emprego de intervenções corporais, pois constituem restrições de direito que ferem diretamente a dignidade da pessoa humana.

Ainda que seja preponderante a atuação do Estado a fim de garantir a segurança pública e evitar a impunidade, principalmente em relação aos crimes considerados mais graves, é indispensável que se utilize de critérios de proporcionalidade e uma interpretação constitucional, tanto no momento da elaboração das leis quanto da aplicação destas pelo Poder Judiciário, a fim de se garantir persecução penal restringindo minimamente os interesses dos indivíduos. Ou seja, o princípio da proporcionalidade à Lei 12.654/2012 não pode ser utilizado para justificar arbitrariedades pelo Estado, com isso sua aplicação deve conter critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para então resguardar o máximo possível os direitos do indivíduo.

A discussão proposta se mostra recente e de grande relevância social em razão do trâmite do RE 973837, através do qual foi reconhecida repercussão geral pelo STF. A decisão a ser proferida acerca da constitucionalidade da Lei de Identificação Criminal Genética mostra-se como uma esperança para possíveis modificações que propiciem regras mais objetivas e respeitadoras dos direitos individuais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2006.

ALMEIDA NETO, João Beccon de. **Banco de dados genéticos para fins criminais: aspectos jurídicos**. 2008. 32f. Monografia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

ÁVILA, Humberto. **A Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righy Ivahy. **Processo penal**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CALLEGARI, André; ENGELMANN, Wilson; WERMUTH Maiquel Ângelo Dezordi. A (im)possibilidade da criação de bancos de dados de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 17, n. 02, mai/ago. 2012. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3973/2316>. Acesso em: 17 abr. 2017.

CORAZZA, Thaís Aline Mazetto; DE CARVALHO, Gisele Mendes. **Direito à intimidade genética e os bancos de perfis criminais (Lei 12.654/2012)**: análise crítica à luz da bioética. In: Congresso Nacional, XXII, São Paulo: CONPEDI, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=78>. Acesso em: 26 mar. 2017.

DARIVA, Paulo. **A cadeia de custódia da prova genética**. 120f. Tese (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2015.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual. **Instituto de Criminologia e Política Criminal**, 2012. Disponível em: <http://icpc.org.br/artigos/>. Acesso em: 02 abr. 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. Lei 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo? **Revista IBCCRIM**, n. 236, jul. 2012.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador, 2008. Disponível em: http://www.paulomascarenhas.com.br/manual_de_direito_constitucional.pdf. Acesso em: 10 abr.

MINAHIM, Maria Auxiliadora de Almeida. Biobancos: entre o garantismo penal e a defesa social. In: SCHIOCCHET, Taysa (Org). **Bancos de Perfis genéticos para fins de persecução criminal: análise interdisciplinar e em Direito Comparado**. Editora Multifoco, Rio de Janeiro, 2015.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Lei 12.654: identificação genética ou obtenção de prova constrangida?. **Carta Forense**, 2012. Disponível em:

<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838>. Acesso em: 14 mar.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MOREIRA; Rômulo de Andrade; ROSA, Alexandre Morais da Rosa. Eu quero seu DNA: os limites da investigação criminal. **Empório do direito**, 2016. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/eu-quero-seu-dna-os-limites-da-investigacao-criminal/>. Acesso em: 22 abr. 2017.

SCHIOCCHET, Taysa (Coord). **Bancos de Perfis genéticos para fins de persecução criminal**. Projeto de pesquisa – Projeto Pensando o Direito, v. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

SCHIOCCHET, Taysa. A regulamentação da base de dados genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 18, n. 03, Itajaí, 2013. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5137>. Acesso em: 17 mar. 2017.

SILVA, Emílio de Oliveira e. **Identificação genética para fins criminais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4 ed. Revistas dos Tribunais: São Paulo, 2012.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Dados genéticos no processo penal: tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/2012**. In: Congresso Internacional de Ciências Criminais, IV, 2013, **Anais...** Porto Alegre: PUC Minas, 2013.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **DNA e Processo Penal: até quando se legitima o controle punitivo através da conservação de dados genéticos?** Boletim Informativo IBRASPP, n. 4, jan. 2013. Disponível em: www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/08/Boletim-04_IBRASPP.pdf Acesso em: 10 mar.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O direito penal do inimigo**. Tradução de Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro: Revan, 2007.