

# **II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II**

**LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO**

**MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

#### **Representante Discente - FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

#### **Secretarias:**

##### **Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-164-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

### DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

---

#### **Apresentação**

Ainda em tempos de Pandemia provocada pela pulverização do Covid-19, acadêmicos e profissionais do direito e do processo penal, reuniram-se, na tarde do dia 8 de dezembro de 2020, para apresentar e debater temas ecléticos ligados às Ciências Penais e à Constituição. Se, por um lado, a pandemia proporcionou o recolhimento e o distanciamento social, por outro, revelou ser ocasião de análise crítica sobre o que tem sido produzido em âmbito legislativo, acadêmico e pelos Tribunais, na aplicação e, diante do ativismo consentâneo ao neoconstitucionalismo, produção do direito.

É certo que o tema geral do livro é bastante amplo e, por isso, os capítulos ora apresentados revelam apenas alguns segmentos parcelares, mas não por isso menos ricos, de discussão das ciências penais. Os assuntos abordados, na ordem que constam no livro, dizem respeito aos seguintes temas, doravante apresentados como capítulos da obra:

O primeiro, intitula-se “sobre a inauguração do instituto do juiz de garantias no processo penal brasileiro: transplante jurídico acrítico ou tradução legal adequada ao ordenamento jurídico pátrio?” Nesse texto, de autoria de Hélio Roberto Cabral de Oliveira, busca-se investigar a adequação ao ordenamento jurídico pátrio do instituto do juiz de garantias, inaugurado no processo penal brasileiro pela Lei 13.964/20, suspensa por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal. Sob a perspectiva do Direito Comparado e da História do Direito Processual Penal, externa-se a forma como ocorreu a importação de tal instituto para certificar-se se houve um transplante jurídico acrítico ou uma tradução cultural devidamente adequada à realidade legal pátria.

O segundo trabalho, intitulado “responsabilidade estatal e o aumento da criminalidade em tempos de crise financeira pandêmica frente à medida provisória n. 966/2020”, de autoria de Gleycyelle Pereira da Silva, Caroline Regina dos Santos e Nivaldo Dos Santos, tem por escopo a análise da mitigação da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos nas medidas de enfrentamento da Pandemia do Novo Coronavírus, amparada pela Medida Provisória n.º 966/2020. Os autores enfatizam a prejudicialidade ao erário público e a conseqüente ausência de recursos para promoção de segurança pública no novo mundo virtual. O método dedutivo é utilizado para correlacionar os discursos, a partir de leis, de

resoluções, de tratados internacionais, entre outros documentos relevantes. A metodologia bibliográfica foi utilizada para o desenvolvimento da pesquisa, garantindo maior abrangência da temática.

Em “‘Estrangeiros’ presos no Brasil: uma reflexão a partir da Lei n. 13445, de 24 de maio de 2017”, o autor Geraldo Ribeiro de Sá apresenta um diálogo com os conceitos de migrante preso, crimes violentos (roubo e homicídio) e não violentos (tráfico de drogas e furto) e outros, praticados por “estrangeiros”. Caracteriza-se a migração contemporânea, destacando-se os Migrantes Sul/Sul, compostos majoritariamente por “imigrantes e refugiados modernos”, ou seja, dos que chegam e entram sem pedir licença, e por isso nem sempre desejáveis. Em decorrência da igualdade de direitos entre migrantes e brasileiros, entre presos não nacionais e nacionais, debate-se com vários momentos da legislação constitucional e infraconstitucional. Informa-se sobre a Cabo PM Marcelo Pires da Silva, prisão exclusiva para “estrangeiros”, seus crimes e origens.

O texto seguinte, intitulado “reflexões propositivas sobre o pacote ‘anticrime’: uma versão empalidecida do conjunto de medidas profiláticas para refrear a criminalidade no Brasil”, de autoria de Cristian Kiefer Da Silva, propõe ao leitor reflexões críticas sobre o pacote “anticrime”, e destaca, primordialmente, a desjudicialização do conflito, a desburocratização, o desafogamento do Poder Judiciário, a diminuição de custos para a máquina estatal, a celeridade, a participação direta dos envolvidos (autor e vítima) na resolução do conflito, a conscientização da dimensão do valor dos bens jurídicos ofendidos e de suas consequências, a reparação do dano, a minoração da estigmatização e discriminação do apenado, a prevenção, a inclusão, a racionalização das leis e a pacificação social.

Em “o princípio da insignificância e o crime de apropriação indébita previdenciária: uma análise do entendimento do Supremo Tribunal Federal”, os autores Roberto Carvalho Veloso e Ronaldo Soares Mendes analisam a existência de incongruência quanto à aplicação do princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal ao crime de apropriação indébita previdenciária em comparação aos crimes contra a ordem tributária. Para tanto, se valem da abordagem qualitativa e da pesquisa bibliográfica. Ao final, concluem pela incongruência do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicação desse princípio nos crimes contra a ordem tributária em comparação ao crime do Art. 168-A CP, posto que o bem jurídico tutelado por ambos é o mesmo.

Seguindo, o intitulado “Controle de convencionalidade: uma revisão epistemológica à luz dos princípios constitucionais e convencionais do devido processo penal”, de autoria de João Santos Da Costa, objetiva tecer considerações acerca do objeto do processo penal a partir do

reconhecimento do controle de convencionalidade como inerente ao seu próprio conteúdo. O Brasil é signatário de diversos tratados internacionais, dentre eles alguns voltados para a defesa de direitos humanos, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos. A eficácia normativa destas convenções ultramarinas é, ainda, bastante relativizada pela jurisdição brasileira, ainda que se reconheça a suprallegalidade dessas normas. Desse modo, o autor propõe uma releitura do processo penal, no sentido de que o controle de convencionalidade seja reconhecido como um elemento próprio do conteúdo de seu conceito.

Em “o poder geral de cautela como garantia da tutela jurisdicional efetiva no processo penal”, a autora Núbia Franco De Oliveira discorre sobre a necessidade de reconhecimento do poder geral de cautela ao juízo criminal. O estudo trata de medidas cautelares diversas da prisão preventiva, descritas no art. 319 do CPP. O método utilizado foi o dialético, dadas as análises pautadas em estudos doutrinários, decisões judiciais, dispositivos legais e constitucionais, assim como pesquisas práticas realizadas por órgãos oficiais. O texto objetiva comprovar a compatibilidade e adequação do poder geral de cautela com os princípios basilares do estado democrático de direito e também a relevância de seu reconhecimento diante da realidade brasileira.

Outro trabalho, cujo título é “as concepções de poder e autoridade necessárias à interpretação da Lei n. 13869/2019”, dos autores Willibald Quintanilha Bibas Netto e Rafael Fecury Nogueira, externa a polêmica da criminalização de condutas oriundas de abuso de autoridade. Os autores sustentam que grande parte desta polêmica reside no fato de a lei utilizar de elementos do tipo de natureza *sui generis*. Assim, no intuito de compreender melhor as disposições gerais da referida lei, o trabalho analisa algumas concepções filosóficas de Poder e Autoridade para depois compreender como tais concepções auxiliam na interpretação jurídica dos elementos subjetivos (psíquicos) constantes na Lei nº. 13.869/2019.

O próximo trabalho, denominado “da prerrogativa de não se incriminar: considerações quanto a constitucionalidade do banco de dados de perfil genético”, de autoria de Viviane Freitas Perdigão Lima e Jessé Lindoso Rodrigues, parte das discussões sobre coleta e armazenamento de DNA de condenados por crimes e objetiva analisar a constitucionalidade do Banco de Dados de Perfis Genéticos (BDPG). O referencial teórico pauta-se na impossibilidade de se privilegiar um direito fundamental em detrimento de outro, ao ponto que o direito fundamental desprivilegiado no caso concreto perca ou esvazie o seu núcleo essencial. (ALEXY, 2008; DWORKIN, 2002). A metodologia é exploratória e descritiva do tipo documental. Observa-se que embora as discussões constitucionais sobre o tema ainda não tenham sido sedimentadas, o uso de tal tecnologia torna a persecução penal mais racional e inteligente.

O trabalho que sequencia o livro tem como título o seguinte: “dos instrumentos de justiça penal consensual e o acordo de não persecução penal”. Nesse trabalho, os autores André Luiz Brandini do Amparo, Edmundo Alves De Oliveira e Leonel Cezar Rodrigues analisam os principais instrumentos de justiça penal consensual presentes em nosso ordenamento jurídico, construídos desde a Constituição 1988, até o advento da Lei 13.964/2019, que instituiu, em âmbito legislativo, o acordo de não persecução penal. Os institutos foram analisados de molde a verificar suas hipóteses de aplicação e pontos controvertidos, com a correspondente definição doutrinária e jurisprudencial de cada tópico. Em sequência, buscou-se a análise em torno do princípio da obrigatoriedade e sua revisão ante ao novel instituto, bem como do acordo de não continuidade da ação penal.

Em “Criminologia verde, abuso animal e tráfico no Brasil: regulação penal deficiente na proteção efetiva do meio ambiente”, os autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Lélío Braga Calhau analisam, sob a ótica da criminologia verde e do direito penal ambiental, a deficiência da legislação penal brasileira no tocante ao tráfico de animais e alertam o leitor para a gravidade da conduta que atenta conta a dignidade animal e para a omissão do legislador na tipificação da conduta. A pesquisa apresentada é bibliográfica e o método de exposição escolhido foi o lógico-dedutivo.

O texto intitulado “a ressignificação do conceito de inimigo na cultura penal da idade moderna”, dos autores José Valente Neto e Jânio Pereira da Cunha, trata da ressignificação do conceito de inimigo na cultura penal da Idade Moderna. Após analisar a origem do conceito na antiguidade clássica, principalmente em Roma, observa-se a sua disciplina na Idade Média e na Idade Moderna. O objetivo do artigo consiste na investigação sobre a possibilidade de estabelecimento de uma definição de inimigo no âmbito das ordens penais da antiguidade e medievo. O método de pesquisa empregado foi o bibliográfico. Concluiu-se que a política e a pena são temas diretamente relacionados.

No trabalho “o sistema penitenciário brasileiro e os reflexos da covid-19”, as autoras Camila Verissimo Rodrigues da Silva Moreira, Rhayane Araujo Meneghetti e Fernanda Alberton Rodrigues externam que o sistema penitenciário brasileiro tem sido considerado precário em relação ao tratamento dos presos ante a grave violação de seus direitos fundamentais. Como se isso não bastasse, o surgimento da COVID-19 e a pandemia trazem à tona o questionamento sobre o princípio basilar do direito, o da dignidade da pessoa humana, o zelo pela vida, pela saúde do preso e de toda a população. Sendo assim, medidas precisam ser adotadas para garantia da ordem interna, da segurança dos presídios, de maneira a evitar motins, rebeliões e conflitos, preservando a vida das pessoas custodiadas e dos agentes públicos.

Por fim, o texto intitulado “o transexual como vítima do feminicídio”, também das autoras Camila Verissimo Rodrigues da Silva Moreira, Rhayane Araujo Meneghetti e Fernanda Alberton Rodrigues, tem por escopo esclarecer o significado da transexualidade e as razões pelas quais devem os transexuais ser reconhecidos como mulher na sociedade e consequentemente como vítima do feminicídio. A sociedade não está preparada ainda para compreender a insatisfação de uma pessoa com o próprio gênero. Isso gera preconceito, ofensas e até mesmo violência. Sendo assim, não se deve atribuir apenas o aspecto biológico na análise, mas também o aspecto psicológico, médico e jurídico.

Dito isso e apresentado o conteúdo do livro, desejamos, nós organizadores, que os leitores façam bom proveito dos textos e que sejam difusores do conhecimento ora externado.

Tenham todos ótima leitura!

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezort Wermuth

Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) da UNIJUÍ

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) da Dom Helder-Escola de Direito. Promotor de Justiça.

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**DA PRERROGATIVA DE NÃO SE INCRIMINAR: CONSIDERAÇÕES QUANTO A  
CONSTITUCIONALIDADE DO BANCO DE DADOS DE PERFIL GENÉTICO**

**OF THE PRERROGATIVE OF NOT INCRIMINATING ONESELF:  
CONSIDERATIONS AS TO THE CONSTITUTIONALITY OF THE GENETICS  
PROFILE DATABASE**

**Viviane Freitas Perdigao Lima  
Jessé Lindoso Rodrigues**

**Resumo**

Partindo-se das discussões sobre coleta e armazenamento de DNA de condenados por crimes, objetiva-se analisar a constitucionalidade do Banco de Dados de Perfis Genéticos (BDPG). O referencial teórico pauta-se na impossibilidade de se privilegiar um direito fundamental em detrimento de outro, ao ponto que o direito fundamental desprivilegiado no caso concreto perca ou esvazie o seu núcleo essencial. (ALEXY, 2008; DWORKIN, 2002). A metodologia é exploratória e descritiva do tipo documental. Observa-se que embora as discussões constitucionais sobre o tema ainda não tenham sido sedimentadas, o uso de tal tecnologia torna a persecução penal mais racional e inteligente.

**Palavras-chave:** Banco de dados, Perfil genético, Persecução penal, Direito fundamental, Constitucionalidade

**Abstract/Resumen/Résumé**

Based on the discussions on the collection and storage of DNA from convicts for crimes, the constitutionality of the Genetic Profile Database (BDPG) is analyzed. The theoretical framework is based on the impossibility of privileging a fundamental right over another, to the point that the aforementioned underprivileged right in the specific case loses or empties its essential core. (ALEXY, 2008; DWORKIN, 2002). The methodology is exploratory and descriptive of the documentary type. It is observed that although the constitutional discussions on the subject have not yet been consolidated, the use of such technology makes criminal prosecution more rational and intelligent.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Database, Genetic profile, Criminal prosecution, Fundamental right, Constitutionality



## 1 INTRODUÇÃO

Os processos judiciais são como máquinas retrospectivas<sup>1</sup>, instrumentos destinados à averiguar um dado acontecimento e quem o realizou, cabendo às partes formular hipóteses, e ao magistrado recepcionar a mais plausível, com estrita observância de determinadas normas (sobretudo, as Constitucionais), trabalhando com base em um conhecimento empírico. Nesse contexto, as provas possuem um papel importante, porquanto se apresentam como o meio pelo qual se fará a reconstrução do fato passado - naquilo que for tangível.

A evolução da sociedade moderna, marcada por características muito peculiares, como por exemplo o acelerado e constante avanço tecnológico, influenciou, de modo significativo, o nosso ordenamento jurídico. Com o Direito Penal (material e processual) não foi diferente, ao ponto em que aqueles que comandam a política criminal brasileira viram-se obrigados a adaptar-se a tais avanços tecnológicos e modernizar a máquina retrospectiva estatal, visando melhorar a prestação jurisdicional na solução de conflitos e dar uma resposta social, formulando políticas públicas mais eficientes e dirigidas ao combate à criminalidade e violência.

É nesse contexto, de modernização da *persecutio criminis*, que a Lei n.º 12.654 é promulgada em 2012, alterando alguns dispositivos da lei que dispõe sobre a Identificação Criminal do Civilmente Identificado e a Lei de Execução Penal.

Tal lei determinou, ainda, que esses dados coletados seriam armazenados em um banco de dados de perfis genéticos administrado por um órgão oficial de perícia criminal - o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG).

Não obstante o desejo do legislador de modernizar a *persecutio criminis*, a polêmica e o embate em torno do BNPG foram tamanhos que pouco tempo depois de tais alterações legislativas, precisamente em maio de 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi provocado a discutir sobre a constitucionalidade de algumas destas alterações.

O objeto de problematização deste artigo situação exatamente neste ponto, e visa perquirir: à luz do princípio constitucional do *nemo tenetur se detegere*, seria constitucional a obrigatoriedade da coleta de DNA de condenados por crimes violentos ou hediondos, de forma automática após a condenação, com o objetivo de mantê-los armazenados em um banco de dados estatal com materiais e perfis genéticos, podendo tal material vir a ser utilizado futuramente em uma investigação criminal ou como prova em um processo penal?

---

<sup>1</sup> Carnelutti (1965) afirma que o processo penal é uma “máquina retrospectiva”.

A partir desta problemática, o presente trabalho inova e motiva-se ao fomentar a discussão acerca da constitucionalidade da coleta e armazenamento de DNA de condenados por crimes hediondos ou de natureza grave contra a pessoa, e, por conseguinte, a possibilidade de sua utilização em persecuções penais ou instruções processuais em curso.

Como proposta metodológica adota-se a weberiana, retirando-se das categorias sociológicas macroestruturais e manejando-se o recurso do tipo ideal, para o compromisso explícito com a análise empírica do real. Assim, a pesquisa adotou o tipo de pesquisa exploratória e descritiva com abordagem qualitativa e foco na estratégia de pesquisa documental, sobretudo, sobre a prova pericial obtida através do banco de dados de perfil genético e a discussão em torno da sua constitucionalidade.

Como a relevância científica e jurídica da presente reflexão visa discutir sobre a constitucionalidade do BDPG adota-se como referencial teórico as discussões que apontam para a impossibilidade de se privilegiar um direito fundamental em detrimento de outro, ao ponto que o direito fundamental desprivilegiado no caso concreto perca ou veja se esvaziar o seu núcleo essencial. (ALEXY, 2008; DWORKIN, 2002).

O texto está dividido em três seções: a primeira traz reflexões sobre a confrontação entre o princípio *nemo tenetur se detegere* e o princípio da liberdade probatória. Na segunda, a atenção se volta sobre a constitucionalidade do BDPG. Ao cabo, focará nos argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade do BDPG. Observa-se que embora as discussões constitucionais ainda não foram sedimentadas, o uso de tal tecnologia torna a persecução penal mais racional e inteligente.

## **2 BREVE LEVANTAMENTO HISTÓRICO DO BANCO DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS: DO PLANO INTERNACIONAL À EXPERIÊNCIA BRASILEIRA**

No tocante à identificação criminal, historicamente, buscou-se ampliar as técnicas que pudessem, de alguma forma, individualizar o criminoso na sociedade (MENDES, 2013). Vale dizer que o primeiro BDPG do mundo foi criado na Inglaterra, em meados de 1995 (SANTANA; ABDALLA-FILHO, 2012).

Em verdade, as primeiras discussões sobre a criação de um banco de dados de perfis genéticos forense surgiram nos Estados Unidos, em 1989. Mas foram os ingleses que em 1995 criaram a primeira base de dados de DNA do mundo: a National DNA Database (NDNAD).

Hoje, a Inglaterra tem um dos bancos de perfis genéticos criminais mais rígidos e abrangentes do mundo, pois inclui uma maior proporção da população. O banco inglês inclui

o perfil de todas as pessoas que cometeram qualquer infração penal. (SANTANA; ABDALLA-FILHO, 2012).

Ainda, a lei britânica estabelece que as amostras biológicas e os perfis genéticos sejam detidos por tempo ilimitado. De acordo com o Annual Report, publicado em 2010 pelo banco inglês, existem armazenados em sua base de dados o perfil genético de mais de 4.859.934 pessoas (SANTANA; ABDALLA-FILHO, 2012).

Contudo, pode-se dizer que foram os Estados Unidos que exerceram notória influência para a criação e a implementação do BDPG nos demais países, notadamente no Brasil, embora, por aqui, tal influência tenha se dado tardiamente, tendo em vista que a primeira legislação nesse sentido só veio a ser promulgada em 2012.

Uma das razões do sucesso americano na gestão desse tipo de banco de dados advém de seu eficaz sistema de suporte e execução, criado pelo FBI (*Federal Bureau of Investigation*), o CODIS<sup>2</sup> (*Combined DNA Index System* – Sistema Combinado de Índices de DNA). Nesse cenário, portanto, conhecer brevemente informações do direito norte-americano, que possui larga experiência histórica na utilização do BDPG, é de suma importância para orientar o caminho a ser percorrido no sistema jurídico brasileiro.

Pois bem, do ponto de vista histórico, nos EUA, foi a chamada Lei de Identificação de DNA de 1994 (*DNA Identification Act of 1994*) que deu o pontapé inicial para a criação do banco de dados em nível nacional<sup>3</sup>. Assim, com a federalização do banco, a rede era alimentada com perfis de DNA pelas três esferas governamentais: federal, estaduais e locais (LAIDANE, 2014).

No início, poucos eram os crimes que ensejavam a coleta de DNA, mas a partir de 2004, com a edição da chamada Lei *Justice for All Act of 2004*, o cenário mudou e ocorreu uma significativa expansão dos crimes definidos como federais, aumentando, em consequência, a quantidade do número de material genético coletado de condenados. Neste ponto, importante destacar que a coleta de amostras apenas de condenados era a regra no início da experiência norte-americana. Contudo, o banco de dados expandiu e ganhou força na persecução penal e, assim, passou a ser alimentado também com perfis genéticos de indiciados (LAIDANE, 2014).

---

<sup>2</sup> “Um software piloto do atual sistema Codis foi lançado em 1990 e, no ano seguinte, mais ou menos quinze estados já haviam promulgado leis autorizando a implantação de um banco de dados de DNA criminal. Em 1994, foi estabelecido, por meio legal, o sistema em escala nacional – o National DNA Index System (NDIS)”(SANTANA; ABDALLA-FILHO, 2012, p. 38).

Atualmente, dados<sup>4</sup> divulgados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública indicam que o banco dos EUA possui cerca de 13,5 milhões de perfis genéticos de condenados e aproximadamente 895 mil perfis de vestígios de local de crime. Por lá, tais informações auxiliaram mais de 428 mil investigações criminais.

Cabe ressaltar que, quantitativamente, o maior BDPG do mundo é o da China, contando com mais de 50 milhões de perfis cadastrados. Por outro lado, o banco de dados da Inglaterra, considerado o mais eficiente dentre todos, armazena o perfil genético de mais de 5 milhões de indivíduos suspeitos de cometerem crimes (BRASIL, 2019b).

No Brasil, a criação de um BDPG, em nível nacional, só foi viabilizada com a promulgação da Lei n.º 12.654 no ano de 2012. Imperioso destacar brevemente o processo que culminou na edição da citada legislação, o que remonta ao ano de 1988, quando da edição da Constituição vigente no Brasil. O inciso LVIII, do artigo 5º, da CRFB/88 preconiza que "o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei" (BRASIL, 1988).

Amparada na disposição constitucional, em 1995 foi editada a Lei n.º 9.034, que, basicamente, tratava sobre os meios de investigação às organizações criminosas. O seu artigo 5º, por exemplo, já tratava da identificação criminal ao dispor que "a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente de identificação civil". Tal lei veio a ser revogada em 2013 pela lei n.º 12.850 - criada para definir o que é organização criminosa e dispor sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, etc. (BRASIL, 1995).

Outra norma que relativizou o direito fundamental de não ser identificado criminalmente, foi a Lei n.º 10.054/00, que excepcionava tal direito em algumas hipóteses específicas. Em 2009, tal lei foi revogada pela Lei n.º 12.037 que preconizava que "o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nos casos previstos nesta Lei".

Mesmo com as revogações promovidas pela Lei n.º 12.037/09, o procedimento da identificação criminal não sofreu alterações substanciais, continuando a ser realizado, na prática, por meio da identificação datiloscópica e fotográfica. Em 2012, foi então promulgada a Lei n.º 12.654, trazendo nova regulamentação ao permitir a identificação criminal através da coleta de material biológico. (BRASIL, 2009).

Portanto, a criação do BDPG no Brasil, somente viabilizou-se com a promulgação da Lei n.º 12.654/2012, que alterou dispositivos da Lei n.º 12.037/2009 – que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado -, e da Lei n.º 7.210 – Lei de Execução Penal. Com a inclusão de tal técnica em favor da *persecutio criminis* no sistema jurídico pátrio, a identificação criminal passou a ser realizada também por meio da coleta de material biológico, um meio mais sofisticado e preciso de identificação criminal<sup>5</sup>.

Dados divulgados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública<sup>6</sup> indicam que o BNPG brasileiro já contém aproximadamente 17.361 perfis genéticos de condenados, 545 perfis genéticos de investigados e 9.111 vestígios de local de crime. Os dados divulgados indicam também que, até o momento, 825 investigações foram auxiliadas por essa ferramenta<sup>7</sup> (BRASIL, 2019b).

Sendo assim, em tópico seguinte se analisará o substrato teórico-normativo do princípio *nemo tenetur se detegere*.

### **3. BASE PRINCIPOLÓGICA EM QUESTÃO: O PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* E O PRINCÍPIO DA LIBERDADE PROBATÓRIA**

O Processo Penal, enquanto instrumento de efetivação das garantias e direitos fundamentais individuais, “deve estar completamente pautado e ter por vetor principal a Constituição Federal”. Nessa linha, o processo deve ser sinônimo de garantia aos imputados contra as arbitrariedades estatais, sem perder de vista a necessidade de efetividade da prestação jurisdicional (TÁVORA, 2016, p. 44).

Portanto, o Processo Penal não pode mais ser visto como mero instrumento de aplicação da legislação penal, mas sim, e principalmente, como instrumento de efetivação das garantias constitucionais. Diante disso, nasce a necessidade de entender e enxergar o Processo Penal sob uma perspectiva constitucional e, conseqüentemente, principiológica.

Na lição de Ferrajoli (1997), todo e qualquer texto normativo só é válido quando estiver de acordo com as normas e princípios constitucionais. Passa-se, então, ao estudo dos princípios constitucionais e processuais penais fundamentais para a devida compreensão do

---

<sup>5</sup> Vale dizer que, assim como já vivenciado na experiência norte-americana, por aqui, uma das propostas defendidas é a ampliação das hipóteses de incidência para abranger também os condenados em crimes dolosos. Nesse sentido, insta mencionar que uma das principais medidas do chamado “Pacote Anticrime”, elaborado pelo então ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro, e enviado pelo respectivo Ministério ao Congresso Nacional, visava justamente ampliar o cadastro de registros biológicos no BNPG (BRASIL, 2019d).

<sup>6</sup> O resultado representa um crescimento de 165% se comparado com último relatório, divulgado em novembro de 2018.

tema. Nesse cenário, dois princípios ganham relevo: o princípio da não autoincriminação e o princípio da liberdade probatória.

O princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou o princípio da não autoincriminação dispõe que ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo. Este princípio tem sido considerado um direito fundamental do cidadão e, mais especificamente, do acusado. Objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, “incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração dos delitos, bem como contra os métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações” (QUEIJO, 2012, p. 78).

Em verdade, 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, assim, 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 (LIMA, 2016).

Conforme preconiza Nucci é decorrência natural da união dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e da ampla defesa (art. 5º, LV) com o direito humano fundamental que permite ao réu manter-se calado (art. 5º, LXIII). É direito do indivíduo inocente, até que seja provada sua culpa, permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual (NUCCI, 2014).

Nesse contexto, questão relevante consiste em averiguar quem seria o titular do direito de não produzir prova contra si mesmo. Em que pese, tudo indique que o destinatário seja apenas a pessoa que se encontra na condição processual de preso, ou que figura como acusado da prática de determinado delito, Lima (2016) entende que a doutrina mais aceita é a de que o princípio do *nemo tenetur se detegere* se preste a proteger não apenas o indivíduo que se encontra nestas situações, como também aquele que está solto, assim como qualquer pessoa a quem seja imputada a prática de um ilícito criminal.

O art. 5º, LXIII, da Constituição Federal dispõe que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado. E, como já dito anteriormente, o *nemo tenetur se detegere* é uma decorrência natural do direito ao silêncio, previsto no referido artigo (BRASIL, 1988).

Diante disso, com o objetivo de se evitar uma autoincriminação involuntária por força do desconhecimento da lei, deve haver uma prévia e formal advertência quanto ao direito ao silêncio, sob pena de se macular de ilicitude a prova então obtida. O acusado deve,

portanto, ser advertido que o direito ao silêncio é uma garantia constitucional, de cujo exercício não lhe poderão advir consequências prejudiciais. (LIMA, 2016).

Trata-se, o art. 5º, inciso LXIII, de mandamento constitucional semelhante ao famoso “aviso de Miranda” (*Miranda rights* ou *Miranda warnings*) do direito norte-americano, em que o policial, no momento da prisão, tem de ler para o preso os seus direitos, sob pena de não ter validade o que por ele for dito. (LIMA, 2016).

Por outro lado, o princípio da liberdade probatória consagra o direito das partes de provarem fatos relevantes ao processo, utilizando-se de qualquer meio de prova. Os sujeitos processuais gozam, portanto, de liberdade para a obtenção, apresentação e produção de provas.

Nessa esteira de pensamento, conforme preconiza Lima (2016) existem dois interesses. De um lado, o interesse do indivíduo na manutenção de sua liberdade com o pleno gozo de seus direitos fundamentais, do outro, o interesse estatal no exercício do *jus puniendi*. Diante disso, deve-se buscar a tutela dos bens jurídicos protegidos pelas normas penais por meio da mais ampla liberdade probatória, seja quanto ao momento ou tema da prova, seja quanto aos meios de prova que podem ser utilizados.

Quanto aos meios de provas, vigora, no processo penal, ampla liberdade probatória, podendo a parte se valer tanto de meios de prova nominados, quanto de meios de prova inominados (LIMA, 2016). Porém, o princípio da liberdade probatória não é absoluto, visto que há limitações para as partes em sua atividade probatória. Diante disso, os meios de prova devem ter sido obtidos de forma lícita e com respeito à ética e à moral, haja vista o preceito constitucional que veda a admissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos.

Por fim, confrontando brevemente os princípios abordados, do *nemo tenetur se detegere* e da liberdade probatória, tendo em vista o objeto de interesse do presente artigo, indaga-se: obrigar condenados por crimes violentos ou hediondos a coletar o seu DNA com o objetivo de mantê-los armazenados em um BDPG, é instrumento hábil a qualificar, melhorar e modernizar a *persecutio criminis*, tornando-a mais eficiente ou, fazer isso, na verdade é medida desproporcional, irrazoável, que viola a intimidade física do indivíduo e, sobretudo, o seu direito constitucional de não ser compelido a produzir prova contra si mesmo?

### **3.1 Apontamentos práticos sobre a polêmica constitucional que cerca o BDPG**

Oportuno é analisar a polêmica que gira em torno do BDPG, notadamente a discussão acerca da constitucionalidade do banco, tendo em vista a colisão entre princípios constitucionais que tal questão traz à tona. Para tanto, inicia-se a análise à luz do RE

973.837/MG – que provocou o STF a discutir sobre a constitucionalidade do art. 9-A da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal), que prevê a obrigatoriedade da extração do DNA e armazenamento em BDPG para fins de identificação do perfil genético do apenado -, e da RVCR 70049748627– que ensejou a realização de um novo julgamento no TJ-RS, por ocasião de uma prova pericial obtida através do banco de dados.

De início, em relação ao RE 973.837, o STF vai decidir se é constitucional a coleta de DNA de condenados por crimes violentos ou hediondos, com o objetivo de manter esse material genético armazenado em bancos de dados, gerenciado pelo próprio Estado.

O dispositivo questionado tem sua origem na Lei nº 12.654/2012, que introduziu o artigo 9-A à Lei de Execução Penal e instituiu a criação de BDPG a partir da extração obrigatória de DNA de criminosos condenados por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos. Na origem, o recurso fora interposto contra acórdão do TJ-MG, em que a defesa de um condenado alega que a medida viola o princípio constitucional da não autoincriminação (BRASIL, 2016).

Ocorre que, um ano antes do RE chegar até o Supremo, em 2015, tivemos um caso bem intrigante envolvendo a utilização do BDPG: pela primeira vez no país, a Justiça brasileira decidiu rever uma condenação sobre um caso de estupro, ocorrido em 2008 no Rio Grande do Sul. Para realizar o novo julgamento, o argumento usado pela defesa foi justamente o surgimento de um fato inédito, obtido através do BDPG (G1, Rio Grande do Sul, 2015).

À época em que os fatos ocorreram, ainda durante a fase de reconhecimento, um dos suspeitos do crime apontou um outro acusado como sendo, na verdade, o único autor do delito que fora cometido. A vítima, por sua vez, confirmou esta versão apresentada por um dos suspeitos do crime e o outro suspeito foi, então, preso.

Deve-se ressaltar que na cena do crime, a única pista encontrada fora uma mancha de sangue em um colchão, exatamente onde a vítima foi violentada. Este material encontrado fora avaliado por peritos, que então, elaboraram o laudo pericial que, para a surpresa de todos, concluiu que a amostra colhida, no entanto, não era compatível nem com o sangue do acusado – aquele apontado pela vítima como único autor do crime - nem com o sangue da vítima (G1, Rio Grande do Sul, 2015).

Contudo, a decisão judicial privilegiou o que disse a vítima – que alegou ter reconhecido o rapaz como o único autor do crime -, e o manteve preso – sendo ele, posteriormente sentenciado pelo crime de roubo e estupro. Anos depois da condenação, porém, os dados do material genético encontrado no local do crime foram colocados no



BDPG, e para surpresa do advogado do acusado (agora, já condenado e cumprindo a pena preso), as informações genéticas bateram exatamente com as do mesmo homem (que era um dos suspeitos do cometimento do crime) que à época o acusou do estupro – lá na fase de reconhecimento. Ademais, posteriormente se descobriu que este mesmo homem já havia sido condenado outras vezes, e por crimes da mesma natureza (G1, Rio Grande do Sul, 2015).

Tal fato ensejou o já citado pedido de Revisão Criminal, que foi devidamente pleiteado pela defesa. O pleito foi, então, deferido, ocasião em deu azo a um novo julgamento, agora em sede de Revisão Criminal. Não é objetivo do presente trabalho adentrar o mérito do julgado. No entanto, cabe mencionar brevemente que, mesmo com o uso da tecnologia, curiosamente os desembargadores do TJ-RS mantiveram a decisão do primeiro julgamento, proferido em 2008. Naquele ano, o acusado foi condenado por roubo e estupro a 11 anos e meio de prisão. Por maioria, os desembargadores entenderam que o depoimento e reconhecimento pessoal da vítima era suficiente e, portanto, julgaram improcedente a revisão, mantendo, portanto, a condenação primeva (G1, Rio Grande do Sul, 2015).

Tais casos práticos bem revelam o cenário de cisão que o tema provoca: de um lado, no RE 973.837/MG, um indivíduo pleiteia pelo direito constitucional de não ser compelido a produzir prova contra si mesmo, e conseqüentemente, não ser obrigado a coletar o seu material genético para que este fique armazenado em BDPG.

Por outro lado, na RVCR 70049748627 (TJ/RS), foi somente por ocasião do material genético coletado pela defesa, armazenado no BDPG e posteriormente cruzado com as informações constantes nele, que foi possível se identificar um suspeito de participar do crime - o que ensejou a revisão criminal. Antes disso, nem mesmo se cogitava a participação desse indivíduo no evento criminoso.

#### **4 EMBATE TEÓRICO QUANTO À CONSTITUCIONALIDADE DO BDPG, COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E TÉCNICA DA PONDERAÇÃO**

Apesar do desejo do legislador de modernizar a sua máquina investigativa, a polêmica em torno do BDPG chegou até o STF, que foi provocado a discutir sobre a constitucionalidade da matéria instituída pela Lei n.º 12.654/12. Na espécie, trata-se do RE n.º 973.837, que teve repercussão geral reconhecida, por unanimidade, pelo Plenário Virtual da Corte. Em razão disso, o Min. Gilmar Mendes, relator do RE, convocou, nos dias 25 e 26 de maio de 2017, audiência pública para ouvir entidades, peritos, juristas, estudiosos do assunto, etc., sobre a aplicação da tecnologia genética em comento à investigação forense. (BRASIL, 2017).

A audiência pública foi um marco histórico na justiça brasileira nessa temática e registrou a presença de autoridades nacionais e internacionais debatendo o assunto, como por exemplo, as indicadas pela Academia Brasileira de Ciências Forenses, peritos do Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal. Na qualidade de *amicus curiae*, participaram a Academia Brasileira de Ciências Forenses, a Clínica de Direito Humanos/Biotecjus (UFPR), o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro.

Dada a magnitude de tal audiência pública, bem como a sua contribuição para a temática ora proposta, imperioso fazer aqui o registro da fala de alguns desses especialistas no assunto como forma de contribuir para o debate sobre a constitucionalidade do BDPG.

João Costa Ribeiro Neto, advogado e membro da Academia Brasileira de Ciências Forenses, defendeu que a coleta de material genético de investigados não viola a Constituição Federal e evita injustiças no processo penal. Na sua avaliação, a medida não ofende o direito da pessoa não produzir provas contra si mesmo. Ele apontou que a coleta não é invasiva, como, por exemplo, a retirada do sangue da pessoa, pois basta o uso de um cotonete na boca. (BRASIL, 2017a).

Guilherme Jacques<sup>8</sup>, sustentou que “a utilização do perfil genético feito a partir da coleta de DNA serve não só para apontar um criminoso, mas também para inocentar alguém acusado injustamente por um crime” (Notícias STF, 2017c, p. 01). Chamou atenção para o fato de que 80% dos inquéritos policiais acabam sendo arquivados por falta de provas<sup>9</sup>, e advertiu que o reconhecimento pessoal equivocado ainda é um dos principais responsáveis por condenações injustas.

Mauro Mendonça Magliano, perito criminal, destacou levantamento feito pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), que revelou que o índice de reincidência, considerado o número de ocorrências policiais, é de pelo menos 70%<sup>10</sup>. Por isso, frisou que a perícia criminal é fundamental no papel de identificar criminosos reincidentes, o que pode ser feito mesmo sem prisão, através de vestígios materiais deixados em cenas de crime pelo indivíduo (BRASIL, 2017f).

---

<sup>8</sup> Este autor desempenha a função de Perito criminal federal e integrante da Sociedade Brasileira Ciências Forenses e do Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal (INC).

<sup>9</sup> Vale dizer que a taxa de investigação também é baixíssima. Isso porque o sistema de investigação está sucateado, obsoleto e sobrecarregado, pela falta de recursos. Muitas vezes, os inquéritos são abertos apenas quando o perpetrador é preso em flagrante. (BRASIL, 2019d).

<sup>10</sup> Em maio de 2012, o CNJ celebrou um acordo de cooperação técnica com o Ipea para que fosse realizada uma pesquisa sobre reincidência criminal. O resultado desse trabalho foi publicado no ano de 2016. Há duras críticas em relação à conclusão sobre tal percentual. Os críticos afirmam que essa porcentagem de 70% está superestimada pelos presos provisórios, que têm seu movimento influenciado pela atividade policial e que não necessariamente se convertem em condenações. Para mais informações consultar (IPEA, 2015).

Para Denise Hammerschmidt, juíza de Direito e pesquisadora, entende que é impossível, tão somente por meio do perfil genético, e nos moldes em que a legislação foi desenhada, acessar à intimidade genética do indivíduo e de seus familiares. A magistrada demonstrou que a Lei n.º 12.654/12 estabelece medidas para salvaguardar a intimidade do indivíduo, como por exemplo, a vedação de que no BDPG sejam revelados traços somáticos ou comportamentais. Lembrou que os dados possuem caráter sigiloso e que qualquer agente ou autoridade que permitir ou promover sua utilização para fins diversos do previsto em lei, responde civil, penal e administrativamente por tais atos. (BRASIL, 2017d).

Quanto à compatibilidade da técnica de coleta do DNA com o princípio da dignidade da pessoa humana, Hammerschmidt defendeu que ela não constitui meio indigno ou cruel, não havendo lesão para a saúde do sujeito, sobretudo porque a lei estabelece que o procedimento deve ser indolor e por técnica adequada (BRASIL, 2017d).

Para Renato Brasileiro Lima é inegável que a Lei n.º 12.654/12 tem por escopo servir para fins processuais, afinal, é a possibilidade de utilização desse material genético para fins de prova na persecução penal que está em discussão no STF. Para ele, o preso deve ser advertido dos seus direitos, sendo inadmissível a coleta de um material biológico de maneira clandestina. (BRASIL, 2017d).

Na visão de Lima, o indivíduo não pode ser obrigado a praticar qualquer tipo de comportamento ativo, que possa incriminá-lo, podendo inclusive negar-se a realizar a coleta de DNA. Contudo, advertiu que, havendo resistência para a realização da coleta, o material genético pode ser obtido por outras vias, não invasivas, como escova dental, talher, etc. (BRASIL, 2017d).

Sustentou que a identificação pelo perfil genético nada mais é do que uma modernização, uma nova espécie de identificação. Para ele, é necessário ter dados que permitam a identificação mais precisa do indivíduo. Renato Brasileiro finalizou dizendo que “precisamos beber da evolução dos métodos científicos, porque isso é saudável para o processo penal” (BRASIL, 2017f, p. 01).

Em sentido contrário à discussões anteriores, Taysa Schiocchet, Pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná (CDH/UFPR), salientou que a controvérsia em pauta não se limita à colisão de interesses entre segurança pública e o direito à não autoincriminação, mas sim “no que se refere à tutela judicial efetiva, ou seja, punição de delitos, e não prevenção de delitos”. O cerne gira em torno da extração do material genético, sua análise, armazenamento em BDPG e, doravante, utilização do material como instrumento de investigação ou de prova no curso do processo penal. (BRASIL, 2017f, p. 01).

Schiocchet elencou que a salvaguarda dos dados pessoais está diretamente relacionada aos direitos da personalidade, como o direito à autonomia, autodeterminação corporal e informacional, privacidade e intimidade, que refletem diretamente na dignidade da pessoa humana, no sentido de liberdade individual e na igualdade. Asseverou que “não há direitos, princípios ou prerrogativas absolutas, mas existem critérios para que isso seja feito”, e que, no seu entendimento, a atual legislação que rege o BDPG não atende a tais critérios. (BRASIL, 2017h, p. 01).

Carlos Affonso Souza, Diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS-RIO), iniciou sua explanação falando sobre equívocos que podem ocorrer no processamento do DNA e na criação de bancos de perfis genéticos. Para ele, três fatores explicam a expansão dos BDPG: barateamento da tecnologia de identificação genética, interesses econômicos envolvidos no desenvolvimento de laboratórios, e a crença em nova fase de combate à criminalidade de que o DNA vai substituir a subjetividade da investigação criminal por suposta objetividade (BRASIL, 2017b).

Vitor Richter, cientista social e antropólogo, alertou em sua fala que, mesmos nos países onde o BDPG já foi pacificamente adotado e implantado, ainda não foi possível identificar precisamente os efeitos deste instrumento, por exemplo, no comportamento de um reincidente, tampouco quanto a real dissuasão que ele pode gerar quanto ao cometimento de crimes em geral<sup>11</sup>. Para tal, a invisibilização das controvérsias técnico-científicas tem como efeito a minimização dos problemas e desafios que envolvem o uso dessa biotecnologia. Ainda, “[... produz um efeito de maximização de suas promessas, estabelecendo o risco de uma avaliação incompleta quando se vai decidir sobre a balança entre direitos e garantias constitucionais e a segurança pública” (Notícias STF, 2017h, p. 01).

Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, representante da Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep), fez duras críticas à Lei n.º 12.654/12, que considera inconstitucional. Ele afirmou que ela “viola os princípios da suficiência da identificação civil, proporcionalidade, privacidade, do direito à não autoincriminação e o sistema acusatório brasileiro”. Segundo Grandinetti, embora pareça inofensiva, a lei é muito mais agressiva ao

---

<sup>11</sup> “Diante da realidade contextualizada, das características da criminalidade brasileira, e da finalidade principal do uso do DNA para fins criminais, não se pode afirmar que o banco de dados genéticos seja a solução para combater a criminalidade. Principalmente, levando-se em consideração que no Brasil a criminalidade possui características específicas, diferente dos países onde esse banco de dados já está implantado há anos. Ademais, em diversos países como o Reino Unido, a eficiência do banco de dados vem sendo questionada diante da relativização de garantias fundamentais, por não atingir a proporção esperada de solução de casos” (SCHIOCCHET, 2012, p. 45).

sistema processual e constitucional do que pode parecer à primeira vista, e não pode ser considerada constitucional pelo Plenário do STF (BRASIL, 2017g, p. 01).

Além de inconstitucional, a lei é inadequada, desnecessária e desproporcional, na opinião de Grandinetti. Segundo ele, a norma não se apoia em uma necessidade objetiva e concreta, atingindo de forma genérica os condenados sem detalhar a finalidade prática dessa coleta generalizada. É desproporcional, em sua avaliação, porque o grau de lesividade da intimidade dos cidadãos será muito maior do que eventuais benefícios e proveitos que poderão advir para a investigação criminal. Para ele, a previsão de que a extração coercitiva seja feita por ofício pelo magistrado viola também o sistema acusatório (BRASIL, 2017g).

Vê-se claramente que a opinião dos especialistas sobre o assunto trazem à tona a discussão acerca da colisão entre direitos fundamentais. Uns advogam pela inviolabilidade do direito constitucional que veda a autoincriminação e, por conseguinte, a vedação da obrigatoriedade da coleta e armazenamento do material genético em BDPG. Outros, defendem a modernização do aparato judicial, das perícias, viabilizando maior amplitude na elucidação de crimes; interessa, com maior ânimo, a liberdade de produzir todas as provas.

Eis o impasse entre direitos fundamentais, que assim é definido por Nathalia Masson como os positivados no âmbito estatal interno, são dotados de conteúdos nucleares impregnados de abertura e variação, podendo ser revelados apenas no caso concreto e nas interações entre si ou quando relacionados com outros valores consagrados na Constituição. Assim, podem entrar em colisão entre si, ou podem colidir com outros valores protegidos constitucionalmente (MASSON, 2016).

Neste ponto, a fim de buscar uma saída possível para tal problemática, mister resgatar as lições de Ronald Dworkin e Robert Alexy quanto ao tema da colisão entre direitos fundamentais, suporte teórico basilar.

Nas palavras de Dworkin, é de natureza lógica a diferença entre os princípios jurídicos e as regras jurídicas, eis que as regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. “[... Noutro giro, quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um – a dimensão do peso ou importância, dimensão que as regras não têm (DWORKIN, 2002, p.39-42).

Para Alexy, a distinção entre regras e princípios está naquilo que estes são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. “[.. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização. Quanto às regras, por outro lado, são normas que são sempre ou satisfeitas ou não

satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos.” (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Portanto, havendo conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, aplicando-se cada um deles em extensões variadas, conforme a relevância que apresentarem no caso concreto, não sendo admitida a exclusão de um deles do ordenamento jurídico. A busca por soluções conciliadoras diante das colisões de direitos fundamentais exige o manuseio do postulado da proporcionalidade e da técnica de ponderação (MASSON, 2016, p. 210).

O juízo de ponderação conecta-se ao postulado da proporcionalidade, exigindo que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, isto é, que não exista outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito. Assim, devem ser comprimidos no menor grau possível os direitos em colisão, de maneira a preservar a sua essência, o seu núcleo fundamental (MENDES, 2015, p. 183).

Indubitavelmente, tendo em vista a questão a ser enfrentada pelo Supremo no RE 973.837, uma solução possível para esta colisão entre princípios, seja ela qual for, perpassa por uma leitura constitucional à luz de tais suportes teóricos, basilares. Isso porque, como bem demonstram as lições de Alexy (2008) e Dworkin (2002), não se pode privilegiar um direito fundamental em detrimento de outro, ao ponto que o direito fundamental desprivilegiado no caso concreto perca ou veja se esvaziar o seu núcleo essencial. Em outras palavras, não se pode privilegiar, de forma absoluta, o princípio da liberdade probatória a ponto de se esvaziar o conteúdo principiológico que possui o princípio do *nemo tenetur se detegere*, e vice-versa.

A exemplo do Brasil, os limites dos poderes do estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão em diversos sistemas jurídicos. A Justiça dos EUA, por exemplo, já enfrentou a questão e considerou constitucional o banco de dados. Por lá, o entendimento é de que o DNA é uma evidência física e que não se trata de autoincriminação (CONJUR, 2017).

Nos anos 80, o exame de DNA se tornou muito popular nos EUA e vários estados aprovaram leis para permitir a coleta de amostras do material genético de suspeitos de crimes. O FBI, então, reconheceu a importância do assunto e iniciou um projeto para que houvesse a troca dessas informações pelos Estados.

Em 1994 foi editada uma lei federal que permitiu estabelecer um banco nacional de dados. Ao longo do tempo, foram sendo criadas medidas para garantir a privacidade das

pessoas, como por exemplo, a obrigatoriedade de que apenas os investigadores possam compartilhar as informações (BRASIL, 2017f).

Diante do exposto os debates e reflexões sobre o tema não cessam, mas o uso de tal tecnologia torna a persecução penal mais racional e inteligente. Visto que contribui para o aumento na taxa de elucidação e resolução dos crimes ocorridos.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise das repercussões jurídicas engendradas pela Lei n.º 12.654/2012 ao introduzir a sistemática do BDPG no ordenamento jurídico pátrio. Elencou-se uma reflexão acerca dos benefícios e dificuldades que tal instrumento enfrenta, notadamente no que diz respeito à sua constitucionalidade e conformidade com as regras, princípios e direitos fundamentais que regem o processo penal brasileiro.

De um modo geral, e a partir da exposição da opinião de peritos, juristas, estudiosos do assunto, demonstrou-se que é possível realizar a coleta de DNA de condenados por crimes hediondos ou de natureza grave contra a pessoa sem, contudo, ferir o direito à privacidade do indivíduo nem o princípio da não autoincriminação. Para tanto, tal medida deve obedecer estritamente aos ditames legais aplicáveis na espécie, notadamente as Resoluções do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos que dispõem sobre a padronização de procedimentos relativos à coleta obrigatória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a RIBPG.

Quanto à conformidade do procedimento com o princípio da não autoincriminação, demonstrou-se que toda coleta só pode ser feita em indivíduos condenados por crimes hediondos ou de natureza grave contra a pessoa. Além de que haja decisão judicial nesse sentido, bem como que, no ato da coleta o indivíduo deve ser informado, na presença de uma testemunha e do profissional que fará o procedimento.

Ademais, no caso de recusa, a coleta não é feita e um termo de comunicação é lavrado para entrega ao juiz sobre a não realização do procedimento, ocasião em que este pode determinar a busca e apreensão de bens pessoais, como escova de dente e roupa de cama, para coletar material genético. Em relação à conformação do procedimento com o direito à privacidade, apontou-se que a coleta não é invasiva na pois basta o uso de um cotonete na boca.

Demonstrou-se que na curta história do BDPG no Brasil, em que pese a discussão sobre sua constitucionalidade ainda estar em aberto, já se vê resultados positivos, como por exemplo no caso do assalto a transportadora de valores em Ciudad del Este, no Paraguai, em que foram encontrados mais de 300 vestígios biológicos no local do crime e a técnica escolhida para identificar os envolvidos foi o exame de DNA.

Além do efeito inibidor, evidenciou-se que a utilização do perfil genético feito a partir da coleta de DNA serve não só para apontar um criminoso, mas também para inocentar aquele que pode ser acusado injustamente por um crime ou a exclusão de um suspeito. Tanto é verdade que a história revela que uma das primeiras vezes do uso forense do exame de DNA foi exatamente para comprovar a inocência de um réu confesso.

Ademais, nos moldes em que a legislação aplicável na espécie foi desenhada, acessar à intimidade genética do indivíduo e de seus familiares não é tarefa fácil. Isso porque, os dados possuem caráter sigiloso e, qualquer agente ou autoridade que permitir ou promover sua utilização para fins diversos daquele previsto na Lei de Regência, responde civil, penal e administrativamente por tais atos.

Dada a importância do tema proposto, e tendo em vista que o BDPG trabalha com dados pessoais sensíveis, torna-se necessário o investimento contínuo do Poder Público em geral, bem como a vigilância da sociedade civil organizada. Para mais, deve-se pautar as legislações como mecanismo de regulação de matéria sempre de forma pormenorizada, com o fito de fornecer ampla salvaguarda aos dados armazenados, mitigando os riscos no que tange ao acesso às informações presente no banco, bem como reduzindo as possibilidades de erros periciais.

Até por que há exemplos de situações, ocorridas em outros países, que levaram ao questionamento sobre como ocorre a aplicação do exame genético para a solução de crimes, tendo em vista que a ocorrência de erros, contaminações de cenas de crimes demonstraram que o sistema não é infalível.

Por fim, a utilização do BDPG possui um incrível potencial para solucionar e até mesmo prevenir crimes, por isso foi tal tecnologia foi aceita em todos os países europeus. O método permite a investigação de crimes que, sem o uso do DNA, não poderiam ser investigados e resolvidos. Outrossim, o uso de tal tecnologia torna a persecução penal mais racional e inteligente, contribuindo significativamente para o aumento na taxa de elucidação e resolução dos crimes ocorridos.

REFERÊNCIAS



ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, **CEDAM**, v. XX, p. 4-9, 1965.

BRASIL. **Atlas da violência**. Organizadores: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019d.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 13/7/1984, Página 10227. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-norma-pl.html>. Acesso em: 28 set 2020.

BRASIL. Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-norma-pl.html>. Acesso em: 28 set 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.054, de 07 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a identificação criminal e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - Eletrônico - 8/12/2000, Página 1. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2000/lei-10054-7-dezembro-2000-354512-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 28 set 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.037, de 01 de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 2/10/2009, Página 1. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12037-1-outubro-2009-591435-publicacaooriginal-116516-pl.html>. Acesso em: 28 set 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 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. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 29/5/2012, Página 1. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2012/lei-12654-28-maio-2012-613096-norma-pl.html>. Acesso em: 28 set 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - Edição Extra - 5/8/2013, Página 3. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12850-2-agosto-2013-776714-norma-pl.html>. Acesso em: 28 set 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Segurança Pública Governo Federal. **Banco Nacional de Perfis Genéticos: mais de 17 mil condenados cadastrados**. 2019b. Disponível em:

<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1560344233.12>. Acesso em: 24 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Segurança Pública Governo Federal. **Banco Nacional de Perfis Genéticos: uma ferramenta eficiente para elucidação de crimes**. 2019c. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1556212211.45>. Acesso em: 24 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Segurança Pública Governo Federal. **Projeto de Lei Anticrime pretende ampliar coleta de DNA, digitais e registros balísticos**. 2019d. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1551202134.86>. Acesso em: 24 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de Pesquisa**. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2015.

\_\_\_\_\_. **X Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG) Dados estatísticos e resultados - Dez/2018 a Mai/2019**. Brasília, 2019a.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF vai analisar constitucionalidade de banco de dados com material genético de condenados**, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319797>>. Acesso em: Acesso em: 28 set 2020.

\_\_\_\_\_. **Advogado diz que Estado tem o dever de usar tecnologia para proteger a sociedade**, 2017a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344426&tip=UN>>. Acesso em: Acesso em: 28 set 2020.

\_\_\_\_\_. **Diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade do RJ alerta sobre riscos no uso de material genético**, 2017b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344714&tip=UN>>. Acesso em: Acesso em: 28 set 2020.

\_\_\_\_\_. **DNA também é usado para evitar condenação de inocentes, diz perito do INC**, 2017c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344426&tip=UN>>. Acesso em: Acesso em: 28 set 2020.

\_\_\_\_\_. **Juíza afirma que intimidade genética do indivíduo se mantém preservada com banco de dados de DNA**, 2017d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344667&tip=UN>>. Acesso em: 22 de maio, 2020.

\_\_\_\_\_. **Para promotor, indivíduo precisa ter ciência de que seu DNA pode ser utilizado como prova**, 2017e. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344667&tip=UN>>. Acesso em: 22 de maio, 2020.

\_\_\_\_\_. **Perita aponta importância do DNA para Plano Nacional de Segurança Pública**, 2017f. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344667&tip=UN>>.  
Acesso em: Acesso em: 28 set 2020.

\_\_\_\_\_. **Representante da Anadep faz críticas à lei que permite coleta de DNA de condenados**, 2017g. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344716&tip=UN>>.  
Acesso em: Acesso em: 28 set 2020.

\_\_\_\_\_. **Expositores da Clínica de Direitos Humanos da UFPR questionam coleta de material genético**, 2017h. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344667&tip=UN>>.  
Acesso em: Acesso em: 28 set 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. **Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos**. Perícia Federal, Brasília, ano 9, n. 26, p. 17-20, jun. 2007/mar. 2008. Disponível em:  
<<http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/26.pdf>> Acesso em: 13 jul. 2017.

LAIDANE, Carolina Franco Rodrigues. Banco de dados de criminosos: a lição norte-americana. **Revista Doutrina TRF4**, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERRAJOLI, L. 1997. **Giurisdizione e democrazia**. Democrazia e diritto, 1:284-304.

G1- Rio Grande do Sul. **Pela 1ª vez, Justiça refaz julgamento de preso com base em banco de DNA, 2015**. Disponível em: < <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/09/pela-1-vez-justica-refaz-julgamento-de-preso-com-base-em-banco-de-dna.html> >. Acesso em: 28 set 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade criminal** – 5. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei 12654/2012: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo (Nemo tenetur se detegere)?** Boletim IBCCRIM, ano 20, n. 236, Julho/2012.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional** – 4. Ed. rev. ampl. atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016.

MENDES, Fabiana Machado. **A caixa de pandora: perfil genético no âmbito da investigação criminal à luz do princípio do nemo tenetur se detegere**. Portal Múltipla, 2013. Disponível em:  
<<http://portalmultipla.com.br/wp-content/uploads/2013/10/1-lugar-perfil-genetico-no-ambito-da-investigacao-criminal.pdf>>. Acesso em: 28 set 2020.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 11. Ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências ao processo penal** – 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTANA, Célia Maria Marques de; ABDALLA-FILHO, Elias. Banco Nacional de Perfis Genéticos Criminal: uma discussão bioética. **Editorial. Revista Brasileira de Bioética**, v. 8, n. 1-4, 2012, p. 31-46.

SCHIOCCHET, Taysa et al. Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. **Série Pensando o Direito**, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012, p. 45.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8. Ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2013.