

**I CONGRESSO DE DIREITO DO
VETOR NORTE**

**DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E PROCESSO
PENAL**

D598

Direito penal, criminologia e processo penal [Recurso eletrônico on-line] organização
Congresso de Direito do Vetor Norte – Belo Horizonte;

Coordenadores: Henrique Abi-Ackel Torres, Marcelo Sarsur e Hudson Oliveira Cambraia
– Belo Horizonte: FAMINAS, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-648-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Perspectivas para o Profissional do Direito no Sec. XXI

1. Direito Penal. 2. Criminologia. 3. Processo Penal. I. I Congresso de Direito do Vetor
Norte (1:2018 : Belo Horizonte, BH).

CDU: 34



I CONGRESSO DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E PROCESSO PENAL

Apresentação

A presente obra é fruto dos artigos apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E PROCESSO PENAL, do I Congresso de Direito do Vetor Norte de Belo Horizonte, realizado entre os dias 28 e 30 de agosto de 2017, na FAMINAS-BH.

Com pungente atividade de pesquisa desenvolvida por todo o país, foram selecionados e objeto de apresentação e debate, neste Grupo de Trabalho, trabalhos científicos relacionados ao tema, os quais sustentam esta obra, apresentando o mais elevado nível de pesquisa desenvolvido nacionalmente.

Como é sabido, é muito difícil a dissociação do Direito Penal do Direito Processual Penal que o instrumentaliza, e, por isso, na maioria dos trabalhos apresentados e debatidos, essa imbricação era não apenas evidente, mas substancialmente indispensável.

Os debates foram realizados logo após o término das exposições em blocos, o que demonstrou envolvimento de todos os presentes, os quais foram responsáveis pelo aprofundamento de temas pontuais dos trabalhos trazidos a todos.

Assim, é com muita felicidade que apresentamos a toda sociedade jurídica a presente obra, que certamente será bastante importante para futuras pesquisas com base nas inúmeras reflexões expostas nas páginas seguintes.

Professor Dr. Henrique Abi-Ackel Torres

Professor Dr. Marcelo Sarsur

Professor: - Hudson Oliveira Cambraia

**O BANCO DE PERFIS GENETICOS PARA FINS CRIMINAIS: A
INTERPRETACAO DA LEI Nº 12.654 2012 SOB A OTICA CONSTITUCIONAL**

**THE BANK OF GENETIC PROFILES FOR CRIMINAL PURPOSES: THE
INTERPRETATION OF LAW NO. 12,654 2012 FROM THE CONSTITUTIONAL
POINT OF VIEW**

**Vitor Amaral Medrado ¹
Luana Cardoso**

Resumo

A presente pesquisa tem por objetivo apresentar as implicações processuais e constitucionais da Lei de Identificação Genética Criminal (Lei nº 12.654/2012), a qual instituiu no ordenamento jurídico brasileiro a utilização de um Banco de Perfis Genéticos para fins de identificação e investigação criminais. Muito embora se reconheça a eficiência do material genético nas práticas forenses, é indispensável a discussão acerca das violações de direitos e princípios constitucionais decorrentes da utilização desse método, e principalmente, as várias omissões presentes na Lei 12.654/2012.

Palavras-chave: Lei nº 12.654/2012, Identificação criminal genética, Banco de perfis genéticos, Princípios constitucionais, Recurso extraordinário 973837

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this research is to present the procedural and constitutional implications of the Criminal Genetic Identification Law (Law no. 12,654/2012), which instituted in the Brazilian legal system the use of a Gene Profiling Bank for criminal identification and investigation. While recognizing the efficiency of genetic material in forensic practices, it is essential to discuss the violations of rights and constitutional principles arising from the use of this method, and especially the various omissions in Law 12,654/2012.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law nº 12,654/2012, Genetic criminal identification, Bank of genetic profiles, Constitutional principles, Extraordinary appeal 973837

¹ Orientador. Mestre e Doutorando em Teoria do Direito pela PUC Minas. Visiting Fellow da Escola de Direito da University of Baltimore (EUA). Professor da PUC Minas e da FUNCESI.

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.