



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

DANILO AUGUSTO DOS SANTOS LEITE

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.654/2012

BACHARELADO EM DIREITO

CARATINGA/MG
2019

DANILO AUGUSTO DOS SANTOS LEITE

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.654/2012

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora do curso de Direito da Rede de Ensino Doctum de Caratinga, como requisito parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Processual Penal, Direito Penal, Direito.

Orientador: Prof. Luiz Eduardo Moura Gomes.

CARATINGA/MG
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado **A** (IN)
Constitucionalidade da lei 12.654/2012, elaborado **Daniilo Augusto dos Santos Leite** foi aprovado
por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de DIREITO da
FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.


Caratinga de _____ 20__



Prof. Luiz Eduardo Moura Gomes



Prof. Ivan Barbosa Martins



Prof. Rafael Soares Firmino

Agradeço a Deus por ter sonho concretizado, aos meus pais, família e amigos pelo incentivo e pela solidariedade. Em especial minha mãe, Maristela, por está sempre ao meu lado, me dando força e orientando a seguir caminho do bem. Ao meu orientador Luiz Eduardo, por compartilhar seu conhecimento da melhor forma possível.

*Tu és o meu Deus; graças te darei! Ó meu Deus,
eu te exaltarei! Deem graças ao Senhor, porque
ele é bom; o seu amor dura para sempre.
Salmos 118:28-29*

RESUMO

A Lei 12.654/2012 trouxe para o nosso ordenamento jurídico a possibilidade de se utilizar a análise de material genético no curso de investigações criminais para a descoberta da autoria do delito, bem como instituiu a obrigatoriedade de que os condenados por crimes hediondos ou praticados com violência grave contra a pessoa. Institui que a identificação genética seja feita a partir de fluidos e tecidos biológicos humanos dos criminosos, que serão arquivados em um banco nacional de perfis genéticos seguindo normas constitucionais e internacionais de direitos humanos. Os dados provenientes da comparação de perfis genéticos deverão ser consignados em laudo feito por perito oficial devidamente habilitado. Desde que a lei em comento foi promulgada, sua constitucionalidade vem sendo questionada, assim, tem-se como problema do trabalho, se a extração coercitiva de material genético previsto na Lei 12.654/12 representa ou não violação ao princípio do nemo tenetur se detegere.

Palavras-chave: Identificação Criminal; Princípio da Não Autoincriminação; Perfil Genético.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO	9
1.1 IMPLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA AUTOINCRIMINAÇÃO	11
1.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA	12
2 A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL	14
2.1 A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL A CRIAÇÃO DA LEI 12.654/12	15
2.2 BANCOS DE DADOS DE DNA FORENSE	16
2.3 PROVAS INVASIVAS.....	17
2.4 PROVAS NÃO INVASIVAS.....	18
3 BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS.....	19
3.1 ANÁLISE DA LEI 12.654/12.....	19
3.2 ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS A CONSTITUCIONAL.....	21
3.3 A DECISÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE A EXTRAÇÃO DNA	22
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	24
REFERÊNCIAS	25

INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.654/12 alterou a Lei de Identificação Criminal, assim como a Lei de Execução Penal e instituiu a coleta de DNA de condenados por crimes hediondos e grave violência, visando à manutenção de banco de dados estatal com material genético, bem como a utilização da amostra genética coletada para descoberta da autoria delitiva no curso de investigações criminais.

A identificação civil no Brasil é obrigatória, e é feita através da certidão de nascimento e carteira de identidade. Identificação criminal é utilizada para a reunião de informações visando individualizar uma determinada pessoa sujeita a um processo criminal ou ao inquérito policial, com objetivo de auxiliar o sistema penal propiciando aos seus órgãos informações validas e confiáveis. A partir do advento da Lei 12.654/2012, alterou-se a Lei de Execuções Penais impondo a obrigação de coleta de material genético como forma de identificação criminal de condenados por crimes hediondos ou dolosos de natureza grave contra a pessoa.

Embora esteja reconhecida a aplicabilidade da Lei nº 12.654/12, ainda existem divergências quanto à constitucionalidade da mesma.

O artigo 5º, inciso LVIII da Constituição Federal, prevê que, o civilmente não será submetido à identificação criminal. Promulgada em 2012, a lei 12.654/2012, ainda é passiva de divergências doutrinarias, pois representa violação a vários princípios, dentre eles, o da não autoincriminação. Uma vez que feriu o direito de não produzir provas contra si mesmo.

Utilizando como marco teórico os ensinamentos de Aury Lopes Junior, advogado a mais de 25 anos, graduado em Direito pela Fundação Universidade Federal do Rio Grande (1991), Especialista em Direito em 1993 e Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid em 1999 (título devidamente reconhecido pela UFPE), o mesmo diz: “não se pode tolerar uma banalização de intervenção corporal, visto que represente uma violação da privacidade, integridade física e dignidade da pessoa humana, além de ferir de morte o direito de silêncio negativo (direito de não produzir provas contra si mesmo)”.

Para alcançar os objetivos propostos foi utilizado o método teórico dogmático e premissas para a partir delas, chegar a uma conclusão. Quanto à técnica de obtenção de dados foi utilizada a pesquisa bibliográfica elaborada a partir de

material publicado, constituído principalmente de livros e material disponibilizado na internet, envolvendo Direito Constitucional, Penal e Processo Penal.

1 PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

O direito de não autoincriminação é de origem muito antiga, de forma muito clara ele nasceu na era moderna como discordância dos horrores gerados pela inquisição, conduzidos pelo absolutismo monárquico e pela Igreja, que tinha como confissão a prova mais suprema, podendo-se alcançá-la inclusive por meio de tortura. Durante as atrocidades era exigido do suspeito o juramento de que falaria a verdade. Isso começou a mudar com o Direito Canônico, que via na confissão arrependimento.

Esse cenário sombrio para os direitos fundamentais que monopolizou toda a Idade Média sofreu profundas modificações durante os séculos XVII e XVIII. O art. 8º da Declaração dos Direitos de Virgínia proclamava que “em todos os processos criminais o acusado não pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo”

A implantação do princípio “nemo tenetur se detegere” foi um processo demorado, seu fortalecimento deu-se na contemporaneidade, sendo reconhecido hoje como um direito fundamental do acusado.

De maneira equivocada, há uma tendência em limitar o princípio nemo tenetur se detegere apenas ao direito ao silêncio, na mesma forma de como é equivocada a ideia de limitar o mencionado princípio apenas a quem se encontra preso. Mas na verdade o que a Constituição assegura não é apenas e tão somente o direito de permanecer calado, mas sim que o indivíduo não deve ser compelido a produzir provas, de maneira tal que possa gerar prejuízo a si mesmo.

Assim, é possível compreender que o direito de permanecer calado é apenas um dos desdobramentos do princípio da não autoincriminação (nemo tenetur se detegere), nesse sentido Aury Lopes Júnior retrata¹:

“O direito de silêncio está expressamente previsto no art. 5º, LXIII, da CB (o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado).

[...] Parece-nos inequívoco que o direito ao silêncio aplica-se tanto ao sujeito passivo preso como também ao que está em liberdade. Contribui para isso o art. 8.2, g, da CADH, onde se pode ler que toda pessoa (logo, presa ou em liberdade) tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada.

Ao estar assegurado o direito de silêncio sem qualquer reserva na Constituição e na Convenção Americana de Direitos Humanos, por lógica

¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. Porto Alegre: Ed. Lumen Juris. 2º. 2009

jurídica, o sistema interno não pode atribuir ao seu exercício qualquer prejuízo. (...)

[...] O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.

Sublinhe-se: do exercício do direito de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o imputado.”

O princípio da não autoincriminação estende-se ao direito ao silêncio, direito de mentir, direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa lhe incriminar e o direito de não produzir provas invasivas.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que o silêncio em interrogatórios e a não cooperação por parte do réu não pode nem deve ser entendida com confissão do delito, uma vez que a não contribuição sendo ela verbal ou material, não tem valor de prova contra aquele ao qual negar.

O direito ao silêncio é só uma parte do direito de não autoincriminação: não se pode nunca confundir a parte com o todo. O direito ao silêncio, previsto constitucionalmente (art. 5º, inc. LXIII, da CF), constitui somente uma parte do direito de não autoincriminação. Como emanações naturais direitas desse direito temos: (a) o direito de não colaborar com a investigação ou instrução criminal; (b) o direito de não declarar contra si mesmo; (c) o direito de não confessar e (d) o direito de não falar a verdade.

Além da previsão constitucional no seu artigo 5º, LXIII², o direito a não autoincriminação também decorre de norma expressa prevista no art. 8º, item 2, alínea “g” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)²:

Artigo 8º- Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpada.

No entanto, a Lei 12.654/2012 instituiu a possibilidade de coleta coercitiva de

² PACTO DE SAN JOSE, **Conferência Especializada**. São José da Costa Rica. 1969

material genético para fins de produção de prova na investigação, ignorando o princípio expreso constitucional e legalmente, levando-nos a questionar sua constitucionalidade.

Entende-se, que o direito de não produzir provas contra si mesmo não pode ser utilizado como álibi para prática de novos delitos, no mas não se pode falar em produção de prova contra si antes do fato criminoso acontecer.

1.1 IMPLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA AUTOINCRIMINAÇÃO

Princípio conhecido em nosso Ordenamento Jurídico no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal que reza que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” e na Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 8º, inciso 2, letra g, que garante a pessoa o “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

O Direito de não auto incriminar-se foi nascendo aos poucos no decorrer da história da humanidade, mas realmente surge como o conhecemos no *privilege against self-incrimination* (em tradução livre para o português do Brasil, equivaleria a “privilégio contra auto-incriminação”.) do Direito anglo-americano.

O Direito a Permanecer Calado se vê necessário principalmente no interrogatório do acusado. Nesse momento em que a pessoa investigada se encontra pressionada a assumir atos que realmente não participou e, na ânsia de obter uma resposta satisfatória, a autoridade acaba excedendo suas funções e passando dos limites do aceitável na busca de tal resposta, o que gera desrespeito a inúmeros Direitos e Garantias, devendo tais excessos ser punidos e a Pessoa Humana protegida por um direito a não ser obrigado a declarar-se culpado.

É de extrema importância destacar que o interrogatório é a chance do acusado expor à autoridade a sua versão dos fatos.

Aury Lopes Júnior ensina que o interrogatório é o momento em que o sujeito passivo tem a oportunidade de atuar de forma efetiva, comissão expressando os motivos e as justificativas ou negativas de autoria ou de materialidade do fato que se lhe imputa. O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *Nemo Tenetur se Detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo por omitir-se de colaborar em uma

atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.

Outro ponto importante do Direito ao Silêncio é quanto a sua validade dentro do interrogatório. É pacífico o entendimento que o acusado não pode se escusar de prestar seus dados de identificação, como o nome, a naturalidade, estado civil, idade. Pois tais elementos nada têm a ver com o delito.

Também deve se recordar que o Nemo Tenetur Se Detegere foi criado devido aos abusos cometidos no interrogatório, originariamente não sendo criado para afetar somente esse meio de defesa, tanto o é que a referida garantia não é aplicada ao interrogatório de identificação.

1.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

O Princípio da dignidade da pessoa humana é um conjunto de princípios e valores que tem a função de garantir que cada cidadão tenha seus direitos respeitados pelo Estado. O principal objetivo é garantir o bem-estar de todos os cidadãos.

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental do Brasil. Significa que é um objetivo que o Estado deve cumprir, através da ação dos seus governos.

A dignidade da pessoa humana é ligada aos direitos e deveres do cidadão. Envolve as condições que são necessárias para que uma pessoa tenha uma vida digna, com respeito aos seus direitos e deveres. Também se relaciona com os valores morais e proteção a intimidade, porque é a união de direitos e deveres para garantir que o cidadão seja respeitado em suas questões e valores pessoais. Isso significa que, além de garantir às pessoas o exercício dos seus direitos fundamentais, o Estado também deve agir com cuidado suficiente para que esses direitos não sejam desrespeitados.

Após o termino da Segunda Guerra Mundial o Estado passou a ser administrador da sociedade, emanando então a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e a Declaração Americana dos Direitos do Homem de 1969, visando à aplicação universal dos direitos humanos. É um dos fundamentos do Brasil enquanto Estado Democrático de direito, a dignidade humana. Previsto na Constituição Federal da República do Brasil de 1988, em seu artigo 1º, inciso III,

bem como artigo 5º, incisos III e XLIX.

O artigo 1º inciso III da Constituição Federal de 1988 estabelece como fundamento em nosso Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, sendo assim esse princípio comporta-se como princípio supremo, pois o indivíduo tem seus direitos efetivados.

O respeito à dignidade da pessoa humana que se remete a ideologia democrática funcionando como um dos fundamentos do Estado de Direito Democrático, funciona como elemento essencial para efetivação das normas jurídicas. Desta maneira o processo penal priva o homem da sua dignidade, consagrado como princípio vetor, o princípio da pessoa humana visa assegurar o mínimo existencial e respeito à liberdade individual.

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana é requisito indispensável para que cada cidadão tenha seus direitos respeitados pelo estado, sendo assim garantindo o bem-estar de todos os cidadãos.

2 A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

A identificação criminal surgiu com objetivo de determinar quais pessoas eram consideradas nocivas à sociedade, através da identidade física, é possível esclarecer e conectar o sujeito ao seu nome, identificando-o civilmente e tornando-o detentor dos mais pelos direitos.

Ao passar dos anos surgiram várias formas de identificar os seres humanos, seja civilmente, biologicamente e fisicamente. Dentre os processos de identificação, o mais antigo, simples e comum é o nome, podendo assim alcançar as mais modernas técnicas de identificação criminal, como a coleta de material genético para criação de um banco de dados com o perfil dos criminosos.

No século XIX, surgiu também uma das melhores e mais empregadas técnicas de identificação e muito utilizada, a fotografia. A fotografia pode ser utilizada tanto para fins de identificação civil quanto criminal, porém a possibilidade de os criminosos alterarem suas próprias características físicas, através de cirurgias plásticas e outros procedimentos, fizeram assim que esse processo fosse utilizado apenas como complemento.

A Papiloscopia Forense é uma disciplina, integrante da criminalística, que objetiva a identificação humana através de impressões digitais (datiloscopia), palmares (quiroscopia) e plantares (podoscopia) utilizando métodos técnicos científicos.

Após dificuldades em identificar corretamente autores de supostos crimes, houve um avanço na discussão sendo assim tendo a criação da Lei 12.654/2012 prevendo a tão polêmica criação de um banco de próprio contendo perfil genético de criminosos condenados por crimes hediondos ou dolosos de natureza grave contra pessoa.

Os fundamentos dessa lei têm sua origem no projeto de Lei 2.458/11, criado por Ciro Nogueira e apresentado em 04 de outubro de 2011. Após tramitação no Congresso Nacional, foi o projeto aprovado e sancionado pela presidente Dilma Rousseff, sendo no Diário Oficial da união em 29 de maio de 2012 como Lei 12.654/12, entrando em mês de novembro do mesmo ano.

Essa nova lei será empregada em duas ocasiões: a primeira, durante às investigação, situação em que será facultativo o seu uso pelas autoridades policiais, conforme se extrai do parágrafo único, art. 5º da lei 12.037/09, inserido através do

art. 1º da Lei 12.654/12, a segunda, enunciada no art. 9º- A da Lei Execuções Penais, o inserido através do art. 3º da Lei 12.654/12, que retrata³:

Art.9º- A. Os condenados por crime praticado dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei 8.072/90, serão submetidos, obrigatoriamente, a identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico) por técnica adequada e indolor.

Quando refletimos sobre o princípio do “nemo tenetur se detegere”, podemos observar dois tipos de prova quanto á colaboração do acusado: provas invasivas e as não invasivas. As provas invasivas são aquelas que, para serem produzidas, necessitam do próprio corpo do acusado, como por exemplo os exames de sangue e ginecológico, já por outro lado, as provas não invasivas são realizadas a partir de vestígios do corpo do acusado, como impressões digitais ou fios de cabelos deixados na cena do crime.

Tendo em vista, a lei 12.654/12, tem como o objetivo de auxiliar o Estado no que diz respeito ao combate à criminalidade. A utilização dessa técnica requer cautela do legislador no tange aos preceitos constitucionais, em especial ao princípio do nemo tenetur se detegere.

2.1 A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL A CRIAÇÃO DA LEI 12.654/12

A Súmula 568 do Supremo Tribunal Federal aprovada em 15 de dezembro de 1976, tinha em seu entendimento consubstanciado que a identificação criminal era tida como regra, mesmo para aqueles civilmente identificados.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o que antes era previsto como regra, passou a ser exceção, uma vez que o art. 5º, LVII da Carta Magna dispôs que o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal exceto em algumas hipóteses previstas em lei.

Após a ordem da Constituição Federal, alguns dispositivos legais passaram a dispor sobre a identificação criminal, entre eles Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu artigo 109 diz: “o adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada”. A

³BRASIL. Lei 7210, de 11 de julho de 1984. Artigo 9º da **Lei de Execução Penal**. Brasília. 1984.

identificação compulsória de pessoas envolvidas com o crime organizado estava expressa na lei 9.034/95, em seu artigo 5º: “a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil”.

Em seguinte, houve a edição da Lei 10.054/2000, determinando crimes em que a identificação seria compulsória não constando entre eles, a hipótese em que o acusado se envolve com a ação praticadas por organizações criminosas, vindo revogar o preceito contido no artigo 5º da Lei 9.034/95. Por ser alvo de diversas críticas a mesma foi revogada, sendo promulgada a Lei 12.037/09, vindo abandonar o rol de delitos e comportem identificação criminal, e que é aplicada atualmente a fim de delimitar as exceções previstas pelo artigo 5º, LVIII da Constituição Federal de 1988.

Por fim, após tramitação no Congresso Nacional, foi o projeto aprovado e sancionado pela presidente Dilma Rousseff, sendo no Diário Oficial da união em 29 de maio de 2012 como Lei 12.654/12, com fundamentos da Lei 2.458/11 criada por Ciro Nogueira, entrando em vigor mês de novembro do mesmo ano. Que introduziu no ordenamento brasileiro a possibilidade de coleta de material genético para obter o perfil genético como meio de identificação criminal.

2.2 BANCOS DE DADOS DE DNA FORENSE

Os avanços nas tecnologias de DNA surtiram um enorme impacto no campo da ciência forense. Com uma incrível sensibilidade e um alto poder de discriminação, a análise de DNA tem sido uma poderosa ferramenta para a identificação humana e investigações criminais. A genética forense trabalha com vestígios biológicos comparando-os com os perfis genéticos obtidos de suspeitos com os cadastrados no banco e identificação de criminosos a partir de outros crimes. A tecnologia em questão pode ser usada para provar a inocência ou culpa de suspeitos, identificar restos mortais e amostras biológicas. Apontada como a maior revolução científica na esfera forense desde o reconhecimento das impressões digitais como uma característica pessoal, as técnicas de identificação fundamentada na análise do DNA, ostentam duas vantagens sobre os métodos convencionais de identificação: a estabilidade química do DNA, mesmo após longo período de tempo, e a sua ocorrência em todas as células nucleadas do organismo

humano, o que permite condenar ou absolver um suspeito com uma única gota de sangue ou através de um único fio de cabelo encontrado na cena do crime.

O estudo do DNA e seu emprego na área forense auxiliam muito na apuração de paternidade, quando já é falecido o suposto pai. As amostras mais frequentes nos laboratórios, para realização de perícias, são, pela ordem, o sangue (líquido ou sob a forma de mancha seca), o sêmen (colhido no exsudato vaginal, peças íntimas ou manchas), os pelos (no qual o DNA está concentrado na raiz) e os objetos com saliva (as salivas não contêm células, mas nela podem ser encontradas células epiteliais da cavidade bucal, as quais possuem DNA; restos cadavéricos, amostra de músculos, ossos e polpa dentária).

Considerando que a análise de DNA é uma técnica poderosa de identificação, ela deve ser utilizada de forma correta. O nível de sensibilidade de alguns dos procedimentos de identificação por DNA é tão alto que as células das mãos de quem manipulam as amostras ou aqueles presentes em um espirro podem contaminar as evidências criminais que contenham material genético. Dessa forma, o cuidado na coleta, custódia e manipulações da amostra são determinantes para a validade das análises. Portanto é importante a utilização de luvas descartáveis, além de máscaras e gorros cirúrgicos quando da coleta e processamento das evidências. Em termos de aplicações forenses específicas, nada teve um efeito mais profundo do que a implementação global dos bancos de dados de DNA forense. Eles têm alterado a paisagem do sistema de justiça criminal e remodelado o campo da genética forense, principalmente por fornecerem a chance da identificação de indivíduos e resolução de casos em que não existem suspeitos, e, portanto, não existem amostras para serem comparadas com o material coletado na cena do crime.

Apesar de seus inúmeros benefícios, o DNA não pode ser trado de forma absoluta, deverá sempre observar e respeitar os direitos fundamentais do acusado. Nesse sentido, Aury Lopes Jr: “Portanto, o exame de DNA é muito importante, e com certeza terá uma grande influência na formação da convicção do julgador, mas é apenas mais uma prova, sem qualquer supremacia jurídica sobre as demais”.

2.3 PROVAS INVASIVAS

Quando refletimos sobre o princípio do “nemo tenetur se detegere” (ninguém

é obrigado a produzir provas contra si mesmo), podemos observar dois tipos de prova quanto à colaboração do acusado: as provas invasivas e as não invasivas.

As provas invasivas são aquelas que, para serem produzidas, necessitam do próprio corpo do acusado, são exemplo de provas invasivas, os exames de sangue, ginecológico, endoscopia, e inclusive, os exames de DNA compulsoriamente através da coleta de saliva no interior da bochecha, chamado swab bucal, procedimento que foi adotado com advento da Lei 12.654/12. O Código de Processo Penal não traz regra expressa a respeito do dever de o réu colaborar ou não com a realização dessas provas, tampouco menciona a distinção entre as provas invasivas e não invasivas.

Segundo Lopes Jr, ao tratar sobre as intervenções corporais e os limites assegurados pelo nemo tenetur se detegere, aborda a questão da coisificação do imputado. Explica que considerado o réu sujeito de direito, o princípio basilar será justamente o de não produzir provas contra si mesmo. Daí decorrem importantes vertentes, tais como o direito ao silêncio, bem como a autodefesa negativa. Nesse sentido, poderá o acusado recusar-se a se submeter a intervenções corporais, sem que tal postura importe qualquer prejuízo jurídico-processual.

Tendo em vista, a Lei 12.654/12, tem como o objetivo de auxiliar o Estado no que diz respeito ao combate à criminalidade. A utilização dessa técnica requer cautela do legislador no tange aos preceitos constitucionais, em especial o princípio do nemo tenetur se detegere e o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.4 PROVAS NÃO INVASIVAS

O outro tipo de prova são as provas não invasivas, que ao contrário das provas invasivas, não é preciso que haja penetração no corpo do acusado. A contribuição da acusação em uma prova não invasiva limita-se a tolerar a intervenção, ou fornecer matérias ou objetos, de modo que sua participação se concretize de maneira simples e rápida.

3 BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS

A Lei 12.654/12 possibilita realizar a identificação criminal de um indivíduo a partir da coleta de seu perfil genético, podendo ser extraído através do DNA. Com isso, foi criado um banco de dados onde são armazenados às informações genéticas.

O primeiro banco de dados de perfis genéticos foi criado na Inglaterra, mas sem dúvida o mais importante, foi criado pela FBI (Federal Bureau of Investigation) nos Estados Unidos, que se trata um Sistema de Índice de DNA Combinado (CODIS – Combined DNA Index System). O CODIS começou com um projeto piloto em 1990 e ganhou impulso com o DNA Identification Act de 1994, assim permitiu ao FBI a autoridade de estabelecer um banco de dados em nível nacional para fins de investigação criminal. Atualmente nos Estados Unidos constam mais de 190 laboratórios participantes do NDIS, sendo que, internacionalmente mais de 70 laboratórios, em mais de 40 países, utilizam o software CODIS em seus próprios bancos de dados.

Em 2009, foi assinado um termo de compromisso com o FBI, para o uso do software CODIS, porém nesse período, o Brasil ainda não permitia a coleta de material genético e a inclusão do perfil em um sistema oficial.

Finalmente em 2013, que a Lei 12.654/12 foi regulamentada pelo Decreto nº 7.950, que criou o Banco Nacional de Perfis Genéticos com o objetivo de dados de material genéticos coletados para auxiliar em ações destinadas à apuração de condutas criminosas, e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, já com o objetivo de compartilhamento e comparação de amostras genéticas de indivíduos armazenadas nos bancos de perfis genéticos da União, Estado e Distrito Federal. Além disso, fica sobre competência de o Ministério da Justiça fiscalizar a gestão desses bancos de dados.

Através dos bancos de perfis genéticos, haverá o cruzamento das informações, comparando o material genético encontrado no local do crime com o banco de dados, sendo assim podendo identificar um possível autor de crime presente no sistema.

3.1 ANÁLISE DA LEI 12.654/12

A lei 12.654/2012 alterou a Lei de Identificação criminal, assim como a Lei de Execução Penal e instituiu a possibilidade de utilização de coleta de DNA de condenados por crimes violentos ou hediondos, visando a manutenção de banco de dados estatal com material genética, bem como a utilização de amostra genética coletada para descoberta da autoria delitiva no curso de investigações criminais.

Embora esteja reconhecida a aplicabilidade da lei em comento (Lei 12.654/2012), ainda existem divergências quanto á constitucionalidade da mesma, uma vez que afronta ao princípio da não autoincriminação.

Diante da mesma, os direitos e garantias fundamentais constantes na Constituição Federal de 1988 não são assegurados, uma vez que restringiu a garantia dos acusados e dos investigados de não se auto incriminar, pois permite inclusive o modo coercitivo, através da extração de material biológico para fins de identificação criminal de modo consentido ou forçado. Diante dos fatos havendo a compatibilidade, será confeccionado um laudo pericial, que afirmara que no mínimo o agente esteve junto com a vítima, acarretando conseqüentemente, na confecção de uma prova que poderá levar a uma condenação.

Torna-se discutível a constitucionalidade da mesma, principalmente quando questionam e se contrapõem com os direitos ao silêncio do investigado, com a presunção de inocência no processo penal, expressos na constituição federal de 1988, princípio da não autoincriminação, que decorre implicitamente da Carta Magna, notadamente do direito ao silêncio, e expressamente do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que insculpem que ninguém é obrigado a produzir prova contra si.

Como pode se ver, em nenhum momento, houve a possibilidade de o suposto autor negar a produzir tal prova, pois essa será feita, seja sem ou com seu consentimento. Diante dessa situação, sustenta-se que o mais adequado é o consentimento do sujeito a ser identificado, a fim de manter todos os direitos do cidadão e evitar que uma Lei redigida de forma equivocada prevaleça e elimine a garantia fundamental a não autoincriminação e do princípio da dignidade humana.

É indispensável a ideia de que a prova genética, mesmo sendo produzida com o consentimento do indivíduo, não possa ser a única base de uma condenação, uma vez que é possível erro laboratorial e, ainda, traz somente uma probabilidade de que certa pessoa esteve com a vítima no local do delito sabendo-se que há probabilidade de implantação do DNA na cena do crime, todavia a mera

compatibilidade não poderá ser considerada isoladamente presunção absoluta de autoria do crime.

3.2 ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS A CONSTITUCIONAL

Com relação a lei 12.654/12, a vários pontos a serem observados entre eles, a superioridade e eficiência do exame de DNA até a violação do princípio da não autoincriminação.

Em relação aos que são favoráveis a constitucionalidade, Thiago Gomes Anastácio, criminalista associado ao Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), diz que o cerne da discussão está polarizado de modo equivocado. "Não se trata do choque entre o direito de punir e do direito de não culpabilidade. Se assim fosse, não haveria discussão. O que se tem em mente é o mapeamento daqueles condenados em definitivo, já no sistema penitenciário, culpados por crime violentos", explica. "Ou seja, não serviriam para o processo que levou o cidadão à pena de prisão, mas para eventual elucidação em caso de reincidência. Não se poderia falar em produção de provas contra si, antes do futuro fato criminoso acontecer." Para ele, "a identificação da pessoa faz parte da segurança pública. Há uma confusão entre o interesse particular com o interesse público. É um direito do Estado a identificação da pessoa". E acrescenta: "O banco de dados se insere na mesma esfera da impressão digital e interessa não só ao culpado, mas também ao inocente".

Quanto ao posicionamento contrário, que defende a inconstitucionalidade do art. 9º- A por violar o princípio do nemo tenetur se detegere, certos doutrinadores dizem que mesmo sendo uma técnica adequada e indolor, os acusados e condenados não devem se submeter a fornecerem obrigatoriamente o seu material genético

Aury Lopes Jr diz que a lei 12.654/12 é um grande retrocesso e afirmar: "Não se pode tolerar uma banalização da intervenção corporal, visto que representa uma grave violação da privacidade, integridade física e dignidade da pessoa humana, além de ferir de morte o direito de silêncio negativo (direito de não autoincriminação) .

O Ministro do STF, Gilmar Mendes, na Arguição de descumprimento de preceito fundamental 395 Distrito Federal, discorre bem sobre o princípio da não

autoincriminação em decisão monocrática proferida em julgado de sua relatoria em que apreciava a prisão cautelar de um indiciado. Na ocasião, também considerou legítimo o direito do indiciado de não cooperar com as investigações, a fim de não produzir provas contra si próprio. Segundo ele⁴:

[...] Em virtude do princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto incriminação, ninguém pode ser constrangido a produzir provas contra si próprio, tanto quanto o Estado, em decorrência desse mesmo postulado, não tem o direito de tratar suspeitos, indicados ou réus como se culpados (já fossem...

Tais consequências, direito individual de não produzir provas contra si mesmo, de um lado, e obrigado estatal de não tratar qualquer pessoa como culpada antes do trânsito em julgado da condenação penal, de outro expressamente contemplada no texto da vigente Constituição da República (CF, artigo 5, inciso LVII)

Não se pode desconhecer, por relevante, que a presunção de inocência, além de representar importante garantia constitucional estabelecida em favor de qualquer pessoa, não obstante a gravidade do delito por ela supostamente cometido, também impõe significativa limitação ao poder do Estado, pois impede-o de formular, de modo abstrato, e por antecipação, juízo de culpabilidade contra aquele que ainda não sofreu condenação criminal transitada em julgado.

Na realidade, ao delinear um círculo de proteção de torno da pessoa do réu, que nunca se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória, o processo penal revelar se instrumento de inibe a opressão estatal e que, condicionado por parâmetros éticos-jurídicos, impõe, ao órgão acusador, o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta, ao acusado que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.³

De fato, uma vez que o perfil genético é coletado nestes moldes, isto é, com violação o direito a intimidade e ferindo o direito de não autoincriminação, trata se de uma Lei inconstitucional.

3.3 A DECISÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE A EXTRAÇÃO DNA

A audiência pública sobre coleta de material genético, ocorrida nos dias 25 e 26 de maio de 2017, convocada pelo ministro Gilmar Mendes do STF. Reuniram-se nessa audiência os maiores especialistas em genéticas forense do Brasil e do mundo. As informações colhidas subsidiaram o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 973837, que teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual da Corte. Apesar dos inúmeros pontos negativos do artigo 9º- A da Lei 12.654/12 ficou decidido pela constitucionalidade da coleta de DNA de forma

⁴BRASIL. **Preceito Fundamental 395/DF**. Brasília. DF. Poder Judiciário. 2017

compulsória com objetivo de manter banco de dados estatal com material genético.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 12.654/12, que introduziu o Banco de Perfis Criminais no Brasil, surgindo à possibilidade da identificação genética por meio de amostras de DNA dentro do Processo Penal. Com o objetivo de analisar se a extração coercitiva de material genético previsto na Lei 12.654/12 representa ou não violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere* e desrespeitando princípio da dignidade da pessoa humana que está elencado no rol dos Princípios Fundamentais da Constituição Federal de 1988.

O princípio da não autoincriminação vem sendo reconhecido em legislações internacionais de Direitos Humanos e tem objetivo de proteger o indivíduo contra excessos e abusos cometidos pelo Estado na persecução penal. A Lei 12.654/12 é alvo de diversas discussões, pois traz em seu conteúdo questões salientes, como a criação de uma nova modalidade de identificação criminal, a subordinação obrigatória dessa nova modalidade criada a certos condenados, a acumulação dos dados adquiridos em um banco de dados de perfis genéticos, bem como as regras a serem adotadas no método de coleta e armazenamento do perfil genético de tais suspeitos. Não há expresse na lei o método para ser feito a retirada desse material genético, apenas deixa claro que deve ser adequado e indolor. E o método que atende essas diretrizes melhor, é o *swab buccal*, que apesar de aparentemente parecer ser uma prova não invasiva, a extração de saliva nesse caso, é uma prova invasiva, pois o investigado deve colaborar de maneira ativa, ou seja, o comportamento dele é necessário para obter êxito na coleta, gerando assim, prova ilícita. Não há como extrair algo do interior da bochecha coercitivamente, um simples cotonete representa sim uma intervenção corporal, a partir do momento em que é usada a palavra “obrigatoriamente”. A adoção dessa técnica requer cautela do legislador no que tange aos preceitos constitucionais. Com base nas discussões, conclui-se que no Estado Democrático de Direito em que vivemos, vê-se inadmissível a utilização deste método para identificação, uma vez que não se pode fazer valer a justiça ferindo garantias e princípios fundamentais do cidadão. Ressalta-se aqui que o somente a parte da obrigatoriedade deve ser considerada inconstitucional, pois em se tratando de métodos de identificação, o DNA trouxe uma verdadeira revolução ao mundo jurídico.

REFERÊNCIAS

Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 1. v. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BONACCORSO, N. **Análise forense do DNA**. São Paulo: Sarvier, 2004.

BRASIL. **Código de Processo Penal**, Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: Acesso em 13 nov. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA. Comitê sobre Tecnologia do DNA na Ciência Forense. **A avaliação do DNA como prova forense**. Ribeirão Preto: FUNPC, 2001. Disponível em: <http://www.funpc.gov.br>. Acessado em: 12/03/2019.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), **Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos**, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: Acessado em: 05/04/2019

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luís Flávio. **Lei 12.654/12 (identificação genética)**: nova inconstitucionalidade (?). 04 de junho de 2010. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/rogeriosanches/2012/06/04lei-12-65412-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade> Acesso em 14 jun. 2019.

Da coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. Jusbrasil. Disponível em: Acessado em: 20/04/2019

FIORI, Ariane Trevisan. **A Prova e a Intervenção Corporal: sua Valoração no Processo Penal**. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris. 2008.

IBAP – INSTITUTO BIOMÉDICO DE APRIMORAMENTO PROFISSIONAL. **A aplicação genética forense em resoluções de crimes**. Disponível em: <<http://ibapcursos.com.br/aplicacao-da-genetica-forense-em-solucoes-de-crimes> Acesso em 10 jun. 2019.

Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, altera as leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009 e, 7.210 de 11 de julho de 1984 – LEP para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências.

Disponível em: Acesso em: 16/05/2019

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. Porto Alegre: Ed. Lumen Juris. 2º. Ed. 2009.

MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação Criminal pelo DNA**. Disponível em: <<http://midia.apmp.com/br/arquivos/pdf/artigos/2012-identificacao> Acessado em 10 abril

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 3º. Ed. 2007.

Repercussão Geral (RE) Nº 973837. Relator Min. CELSO DE MELLO – Constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos em banco de dados estatal. Disponível em: <<http://STF.jus.br> Acessado em: 10 abril 2019

Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 395/DF**. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Rel. Min. Gilmar Mendes. 18 dez. 2017. Disponível em: < <https://conjur.com.br/dl/adpf-395-conducao-coercitiva.pdf> >. Acessado em: 06/02/2019.