



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

**COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO,
APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO**

MARIANA AUGUSTI

**IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL POR PERFIL GENÉTICO E
INSTITUIÇÃO DE BANCOS DE DADOS DESSA NATUREZA:
VIABILIDADE CONSTITUCIONAL E ANÁLISE DA LEI Nº 12.654/12.**

**SÃO PAULO,
2014**

MARIANA AUGUSTI

**IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL POR PERFIL GENÉTICO E
INSTITUIÇÃO DE BANCOS DE DADOS DESSA NATUREZA:
VIABILIDADE CONSTITUCIONAL E ANÁLISE DA LEI Nº 12.654/12.**

Monografia Jurídica apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de especialista, sob orientação do Professor Antonio Carlos da Ponte.

**SÃO PAULO,
2014.**

AGRADECIMENTOS:

Primeiramente, agradeço ao Professor Orientador Antonio Carlos da Ponte. Sempre acessível, colaborou com suas orientações jurídicas e, principalmente, com sua dedicação e disponibilidade.

Obrigada a todos os professores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, bem como aos profissionais do Ministério Público do Estado de São Paulo, os quais contribuíram para minha formação profissional.

Agradeço também aos meus pais, os quais não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida, contribuindo com palavras de incentivo, carinho, sabedoria e apoio.

RESUMO:

O presente trabalho tem por objetivo analisar, sob a ótica constitucional, a instituição da identificação criminal por perfil genético e de um banco de dados dessa natureza no ordenamento jurídico brasileiro. A questão assume importância, pois relaciona-se ao interesse coletivo por segurança pública. Recentemente entrou em vigor a Lei nº 12.654/12, que instituiu a possibilidade de coleta e armazenamento de dados de perfil genético para fins criminais mediante alterações promovidas à Lei nº 12.037/09 e à Lei de Execução Penal. Muitos aplicadores do direito questionam a viabilidade da medida e sua constitucionalidade, pois sua instituição representaria afronta a inúmeros direitos individuais. Pese tal posicionamento, o estudo aprofundado da questão revela a viabilidade e a possibilidade jurídica de instituição da nova técnica de identificação e do respectivo banco de dados, desde que sejam adotadas as medidas adequadas à tutela e preservação dos direitos individuais envolvidos. Do ponto de vista ideológico a Lei nº 12.654/12 apresenta-se adequada, contudo, ainda são necessárias alterações em seu texto ou a instituição de mecanismos voltados a assegurar os direitos dos indivíduos submetidos à medida. Inicialmente, apresenta-se uma breve análise do conceito, dos requisitos, e dos métodos existentes para a efetivação da identificação criminal. Em seguida, aborda-se as principais alterações legislativas referentes ao tema e a relevância prática da medida. Posteriormente, segue-se à avaliação geral da Lei nº 12.654/12 e à indicação dos principais objetivos pretendidos com sua edição. Analisa-se ainda as principais características de medidas semelhantes existentes em outros países. Visando confirmar a inexistência de violações a princípios e direitos individuais vigentes, estabelece-se a relação entre a Lei nº 12.654/12 e alguns preceitos constitucionais, penais e processuais penais, concluindo-se, assim, que a depender da forma de instituição dessa nova técnica supostas violações podem ser afastadas com sucesso. Em seguida, aborda-se a possibilidade de emprego dos dados obtidos por meio da identificação criminal na qualidade de meio de prova. De forma conclusiva, aponta-se as diretrizes necessárias para o implemento da nova técnica e do respectivo banco de dados, sugerindo-se até mesmo a instituição dessa forma de identificação na seara cível.

PALAVRAS-CHAVE: Identificação criminal. Banco de dados. Perfil genético. Prova. Constitucionalidade.

ABSTRACT:

This work intends to study the constitutional aspects of criminal identification made through the use of genetic profiles, and the establishment, in Brazil, of a database containing this information. Study of this subject matter is relevant due to its relationship with collective interests relating to public security. Recently, the enactment of Law nº 12.654/12 allowed the collection and storage of genetic information for purposes of criminal identification by changing the Law nº 12.037/09 and the Criminal Enforcement Law (Lei de Execução Penal). Many lawyers and legal scholars argue that this technique is not viable nor constitutional, as it violates individual rights. Despite that position, a detailed examination of the issue reveals both the viability and the constitutionality of implementing this new identification technique and its respective database, as long as adequate provisions to preserve individual rights are considered and adopted by the new legislation. Although the ideology of Law nº 12.654/12 is adequate, changes on the language of the statute, or the creation of mechanisms to protect individual rights of suspects are still needed. In this work, initially the concept, requirements and the methods of criminal identifications are mentioned. Subsequently, the main legislative changes relating to the issue and its practical relevance are also addressed. A general analysis of Law nº 12.654/12 and the identification of its goals follows. Main characteristics on the use of this technique in other countries are also addressed. In order to confirm the absence of individual rights violations, the relationship between the Law nº 12.654/12 and some Constitutional, Criminal and Procedural rules is drawn, leading to the conclusion that, depending on how this new technique is introduced in our legal system, alleged violations can be successfully removed. Next, the possibility of using genetic information as evidence in criminal procedures is also addressed. In conclusion, directives needed to implement the new technique and its respective database are mentioned, being suggested its use even in civil identification procedures.

KEYWORDS: Criminal identification. Database. Genetic Profile. Proof. Constitutionality.

SUMÁRIO:

Introdução	01.
1- Identificação criminal da pessoa humana	03.
1.1. Conceitos e considerações iniciais	03.
1.2. Requisitos técnicos	06.
1.3. Métodos de identificação policial ou judiciária	08.
1.4. A identificação criminal no ordenamento jurídico brasileiro	11.
1.4.1. Súmula nº 568 do Supremo Tribunal Federal e as alterações no tratamento do tema com o advento da Constituição Federal de 1988	11.
1.4.2. Abordagem da identificação criminal no Código de Processo Penal	14.
1.4.3. Primeiras disposições infraconstitucionais específicas sobre o tema	17.
1.4.4. Síntese das disposições constantes da Lei nº 10.054/00	19.
1.4.5. Síntese das disposições constantes da Lei nº 12.037/09	21.
1.5. Relevância da criação e manutenção do banco de dados de perfil genético para fins de identificação criminal	24.
2- Avaliação geral da Lei nº 12.654/12	27.
2.1. Alterações promovidas à Lei nº 12.037/09	29.
2.2. Alterações promovidas à Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84)	38.
2.3. Síntese dos objetivos da Lei nº 12.654/12 e a necessidade da análise do tema sob a ótica constitucional:	42.
3- Banco de dados de perfil genético e direito comparado.....	43.
3.1. Argentina	43.
3.2. Estados Unidos	46.
3.3. Europa	49.
3.4. Reino Unido	51.
3.5. Alemanha	54.
3.6. França	57.
3.7. Espanha	58.
3.8. Portugal	62.

4- A Lei nº 12.654/12 sob a ótica de princípios constitucionais, penais e processuais penais	68.
4.1. Dignidade da pessoa humana	68.
4.2. Intimidade e vida privada	73.
4.3. Presunção de não culpabilidade e o corolário <i>nemo tenetur se detegere</i>	78.
4.4. Verdade real	87.
4.5. Legalidade	91.
4.6. Devido processo legal, contraditório e ampla defesa	95.
4.7. Isonomia, igualdade das partes e paridade de armas	100.
4.8. Proporcionalidade e sua dupla face	105.
5- Lei nº 12.654/12 e a produção probatória	113.
5.1. Noções gerais a respeito das provas no Direito Processual Penal e sua relação com a identificação criminal por perfil genético	113.
5.2. Legitimidade e licitude das provas produzidas a partir da Lei nº 12.654/12	116.
5.3. Liberdade probatória e o emprego dos dados de perfil genético na fase processual	121.
6- Conclusão	124.
Referências bibliográficas	130.

INTRODUÇÃO:

Por questões históricas o Direito é extremamente tradicional e apegado a formalismos. Embora apresente este caráter, é primordial que se adeque às mudanças sociais e tecnológicas, sob pena de tornar-se inócuo. Assim, para melhor satisfazer os anseios de toda a coletividade faz-se necessário que a legislação e a aplicação prática do Direito enfrentem um processo de modernização.

Nas últimas décadas foram experimentadas inúmeras inovações na área científica. Tal fato, por óbvio, refletiu na esfera jurídica, trazendo à tona temas relacionados à biotecnologia. Discutiu-se, por exemplo, a possibilidade de análise e emprego de células tronco para fins médicos, bem como a possibilidade de realização de pesquisas envolvendo dados genéticos.

Nesse mesmo contexto, a possibilidade de coleta, análise e emprego de dados genéticos na esfera criminal passou a ser questionada. Com o surgimento da Lei nº 12.654/12, que previu a possibilidade de identificação criminal por perfil genético e a instituição de bancos de dados dessa natureza, a questão tornou-se ainda mais corrente, já que inserida a possibilidade de emprego da técnica como método de identificação, bem como na qualidade de meio de prova.

Cumprе salientar que muitos operadores do Direito agem com relutância quando o assunto é a adoção de novos métodos, em especial em matéria probatória, pois os avanços obtidos, em muitos casos, implicam a realização de intervenções corporais que poderiam acarretar violações a direitos individuais consagrados constitucionalmente.

Contudo, pese tal posicionamento, sabe-se que o uso da biotecnologia e dos recursos a ela relacionados ainda podem propiciar avanços na seara jurídica e, assim, adequar os princípios constitucionais à realidade e atender com eficácia aos anseios da sociedade. Ademais, o emprego dos avanços científicos em nosso ordenamento é tendência mundial, seja na seara criminal, como também na esfera cível, em especial quando a temática envolve a análise de DNA.

Dessa forma, mesmo diante dos argumentos contrários, ainda é difícil entender as razões de tal relutância, pois justamente quando o assunto é a obtenção da justiça evita-se a aplicação de novas tecnologias para o alcance de objetivos de interesse coletivo, que, no caso, podem ser explicitados na ideia de segurança pública. No mais, sabe-se que os novos recursos, além de facilitarem a atuação dos profissionais da área, permitem maior

aproximação aos ideais pregados pela Constituição Federal, pois conferem maior veracidade às provas obtidas na seara criminal.

Justamente por se tratar de tema polêmico e atual é que a Lei nº 12.654/12 será alvo do presente trabalho. Pretende-se demonstrar que, a depender da forma de sua instituição, a identificação criminal por perfil genético e a criação de um banco de dados dessa natureza é plenamente possível a luz dos princípios constitucionais, penais e processuais penais vigentes, não representando violação aos direitos individuais.

Assim, como forma de introduzir a questão, bem como de expor a importância da identificação criminal em nosso ordenamento, inicialmente será apresentado uma breve análise do conceito, dos requisitos, e dos métodos existentes para sua efetivação. Em seguida, como forma de compreender como a identificação criminal vem sendo realizada nos últimos anos, serão abordadas as principais alterações legislativas referentes ao tema e a relevância prática da medida.

Posteriormente, será realizada uma avaliação geral da Lei nº 12.654/12, na qual serão abordadas as alterações por ela promovidas à Lei nº 12.037/09 e à Lei de Execução Penal, bem como apontados os principais objetivos pretendidos com sua edição.

Como forma de enfatizar o sucesso do implemento da identificação criminal por perfil genético e da instituição de um banco de dados dessa natureza, será abordada as principais características de medidas semelhantes existentes em outros países, o que permitirá verificar em quais aspectos a legislação brasileira merecerá alterações.

Em continuidade, a fim de focar o presente trabalho na análise da Lei nº 12.654/12, as principais inovações trazidas por essa lei serão relacionadas com alguns princípios e direitos de nosso ordenamento, confirmando-se, assim, a inexistência de violações aos direitos individuais, a depender da forma de instituição dessa nova modalidade de identificação criminal e da instituição de um banco de dados de perfis genéticos.

Em seguida, serão analisados os requisitos formais e as implicações práticas do emprego dos dados obtidos por meio da identificação criminal na qualidade de meio de prova, concluindo-se por essa possibilidade.

De forma conclusiva, serão apontadas as diretrizes necessárias para o implemento da identificação criminal por perfil genético e de um banco de dados dessa natureza em nosso ordenamento, sugerindo-se, inclusive, a instituição dessa forma de identificação na seara cível como forma de colocar fim às discussões acerca de sua constitucionalidade.

1 – Identificação criminal da pessoa humana:

1.1. Conceitos e considerações iniciais:

A identidade pode ser definida como o conjunto de características pessoais e peculiares que diferencia um indivíduo dos outros, conferindo-lhe uma situação específica no tempo e no espaço, bem como *status* social único¹.

Cumpra salientar, contudo, que a identidade da pessoa humana pode assumir dois aspectos distintos: o subjetivo e o objetivo².

O aspecto subjetivo representa a identidade pessoal fixada pelo próprio indivíduo, tratando-se, portanto, da consciência que cada pessoa possui acerca de si mesma. A identidade subjetiva pode ser perdida ou reduzida na medida em que o indivíduo é acometido por determinadas patologias, como a alienação mental.

Já o aspecto objetivo representa a identificação física do indivíduo, correspondendo ao conjunto de características que o diferencia dos demais. Assim, a identidade objetiva não pode ser perdida, já que é obtida a partir de propriedades exclusivamente individuais e imutáveis.

Para o presente trabalho, a identificação humana em seu aspecto subjetivo não assume maior relevância, pois, uma vez voltada à personalidade dos indivíduos, pouco influi no âmbito processual penal. O desenvolvimento do tema, portanto, será restrito à análise do aspecto objetivo da identificação da pessoa humana na esfera criminal.

Partindo do conceito de identidade exposto, é possível afirmar que identificar nada mais é do que individualizar as pessoas a partir de suas características específicas. Nesse sentido, Genival Veloso de França leciona que a identificação é “*o processo pelo qual se determina a identidade de uma pessoa ou de uma coisa, ou um conjunto de diligências cuja finalidade é levantar uma identidade.*”³. Essa identificação, contudo, deve ser realizada por método técnico ou científico⁴.

Ao longo do desenvolvimento da sociedade e do consequente crescimento das relações interpessoais, tal processo assumiu importância ímpar, em especial na seara do Direito, pois somente após a devida identificação é que se pode atribuir responsabilidade

¹ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de medicina legal**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 36.

² MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso básico de medicina legal**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 53.

³ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008, p. 42.

⁴ GRECO, Rogério (coord.) et. al. **Medicina legal à luz do direito penal e do direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 38.

jurídica aos indivíduos. Apenas a título de exemplo, no âmbito cível a comprovação da identidade das pessoas é exigida nos mais diversos atos e negócios, sendo, inclusive, necessária para a caracterização da personalidade civil. Já no âmbito criminal, a identificação de autores e vítimas é fundamental para a elucidação dos fatos e da autoria delitiva.

Sob a ótica da Constituição Federal de 1988, a identificação criminal compreende o registro, a guarda e a recuperação dos dados e informações necessários para estabelecer a identidade do acusado. É, portanto, um ato complexo, que pode ser realizado pelos mais diversos métodos técnico-científicos de identificação, sendo a datiloscopia a técnica mais comum. Existem ainda outras medidas que servirão de apoio a tais métodos, como, por exemplo, o preenchimento de um boletim de vida pregressa⁵.

De acordo com Mário Sérgio Sobrinho, “a identificação criminal tem alguns reflexos, como nas hipóteses da caracterização da reincidência do acusado e as suas consequências”⁶. Dessa forma, uma vez realizada a identificação criminal, torna-se possível verificar a reincidência do indivíduo, o que ensejará, a depender do caso concreto, a imposição de pena mais gravosa e de regime de cumprimento de pena mais severo, e até mesmo a redução de benefícios e o aumento no rigor para sua concessão.

Assim, pode-se afirmar que a identificação criminal possui dupla finalidade no âmbito processual penal, admitindo-se seu uso apenas como forma de individualizar as pessoas, ou também como meio de prova.

Na medida em que a autoria delitiva é certa e determinada, a identificação é realizada apenas como forma de individualizar o autor da infração. Embora conhecido, o autor da infração precisa ser tecnicamente identificado a fim de serem afastados eventuais erros no curso do processo, como, por exemplo, a confusão entre homônimos.

Entretanto, a identificação também pode ser empregada como meio de prova, sendo voltada à elucidação da autoria delitiva, em especial quando adotadas técnicas como a datiloscopia e a análise de material genético. As conclusões de tais métodos são dotadas de alta probabilidade de acerto, sendo possível, a partir de sua realização, verificar se determinado indivíduo é ou não o responsável pelo crime investigado.

⁵ GRECO, Rogério (coord.) et. al. **Medicina legal à luz do direito penal e do direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 43.

⁶ SOBRINHO, Mário Sérgio. **A Identificação Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 57.

No mais, é necessário ressaltar que a identificação, o reconhecimento e a qualificação diferem entre si⁷, de modo que cada um deles assume função diversa no âmbito processual penal.

A identificação é realizada por procedimento técnico-científico, ou seja, por peritos, sendo voltada ao estabelecimento da real identidade de uma pessoa. Nada mais é, portanto, que a individualização da pessoa, a descoberta de sua real identidade. A medida, confere maior segurança para a atividade judicial e para a sociedade, já que garante que a atuação repressiva do Estado se volte corretamente contra aqueles que praticaram infrações, e não contra inocentes. Em razão da adoção de métodos técnico-científicos, pode-se dizer que a probabilidade de acerto na identificação do indivíduo é elevada, havendo índices quase absolutos de um resultado correto, a depender da técnica empregada. Além disso, de acordo com o método adotado, a identificação ainda pode ser utilizada como meio de prova.

O reconhecimento é realizado por pessoas leigas, geralmente por vítimas ou testemunhas de crimes. Tem por objetivo a localização de semelhanças entre indivíduos como forma de esclarecer a autoria de determinada infração, sendo um meio de prova. Tem base empírica, ou seja, é realizado sob a ótica subjetiva do próprio reconhecedor, sem nenhuma base técnica que lhe traga a confiabilidade e a probabilidade de acerto tão desejadas pelo Direito Penal. Em síntese, o reconhecimento pode colaborar com a identificação criminal na medida em que insere a pessoa reconhecida no contexto fático do crime, entretanto, tal conclusão não é dotada de certeza ou probabilidade técnico-científica, vez que baseada em impressões pessoais, muitas vezes alteradas em razão dos sentimentos e traumas causados pela ação criminosa.

A qualificação é realizada pela autoridade policial ou judiciária, e visa adjetivar a pessoa por meio da coleta de seus dados qualificativos. Geralmente é o próprio indivíduo que está sendo submetido à qualificação que fornece os dados solicitados. Assim, diferentemente da identificação criminal, não é realizada por meio de técnica científica. Ademais, não se trata de medida adotada exclusivamente em relação aos acusados, já que vítimas e testemunhas também são qualificadas por ocasião de suas oitivas. A qualificação, portanto, colabora com a identificação criminal, mas não a substitui, vez que não é realizada por meio de método ou técnica científica.

⁷ SOBRINHO, Mário Sérgio. **A Identificação Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 22 e 104-105.

1.2. Requisitos técnicos:

Há um ramo específico da medicina legal voltado ao estudo e análise da identidade humana. Trata-se da antropologia forense, que estabelece os processos e métodos a serem adotados para a identificação de seres humanos.

De acordo com tal ramo da medicina legal, a identificação pode ser realizada mediante processos distintos, sendo classificada, portanto, como médico-legal ou como judiciária ou policial⁸.

A identificação médico-legal exige conhecimentos médicos, motivo pelo qual é geralmente realizada por legistas. Ela é voltada à análise de elementos como o tipo étnico, o sexo, a idade, a estatura, os sinais individuais, malformações, características psíquicas, dentre outros.

Já a identificação policial ou judiciária é realizada por peritos em identificação e não exige, rigorosamente, conhecimentos médicos, sendo baseada em dados antropométricos, datiloscópicos, fotográficos, dentre outros. Recentemente, a Lei nº 12.654/12 possibilitou a identificação policial ou judiciária por meio da técnica de coleta de material genético, objeto do presente trabalho.

A identificação da pessoa humana deve ser realizada a partir de procedimento técnico adequado. Odon Ramos Maranhão explica, de forma sucinta, que “*o processo identificador implica três tempos: a) obtenção de um primeiro registro; b) obtenção de um segundo registro; c) estabelecimento de um juízo de comparação*”⁹.

Dessa forma, primeiramente deve ser criado um registro contendo informações relativas aos caracteres imutáveis dos indivíduos. Em seguida, deve ser criado outro registro, que conterá os caracteres que serão submetidos à comparação. Esse segundo registro, a título de exemplo, pode ser composto pelos caracteres obtidos quando da nova localização do indivíduo, ou ainda no local de um crime. Posteriormente, realiza-se a identificação propriamente dita, consistente na comparação entre os dois registros como forma de obtenção ou confirmação da identidade¹⁰.

Além de exigir procedimento adequado, a identificação da pessoa humana somente será dotada de confiabilidade quando apresentar cinco requisitos cumulativos¹¹:

⁸ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de medicina legal**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 37.

⁹ MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso básico de medicina legal**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 54.

¹⁰ SOBRINHO, Mário Sérgio. **A Identificação Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 20.

¹¹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 8.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008, p. 43.

unicidade, imutabilidade, perenidade, praticabilidade e classificabilidade. Cumpre salientar que tais requisitos devem estar presentes nas características adotadas como padrão de confronto, ou seja, sua presença deve ser analisada em relação aos caracteres imutáveis do indivíduo, constantes do primeiro registro acima mencionado.

Os requisitos de unicidade, imutabilidade e perenidade são biológicos, enquanto os requisitos de praticabilidade e classificabilidade são técnicos. Ausente algum deles, o método adotado não poderá ser considerado adequado ao uso prático.

O requisito da unicidade estará presente na medida em que as características pessoais a serem utilizadas como padrão de confronto assumirem configuração única em cada indivíduo, permitindo sua distinção dos demais.

A imutabilidade implica na necessidade de tais características não serem passíveis de modificação enquanto existirem, seja por ação do tempo, seja por fatores externos.

Perene é aquilo que permanece idêntico durante toda a vida ou até mesmo após a morte. Assim, os elementos submetidos à comparação devem ser sempre os mesmos naquele determinado indivíduo.

A praticabilidade restará verificada na medida em que o método adotado para a obtenção e comparação das características de cada indivíduo seja simples e prático. O método deve ser de fácil execução e altamente aplicável.

A classificabilidade do método consiste na possibilidade dos dados colhidos serem cadastrados, classificados e arquivados de forma organizada. A ausência desse requisito acarreta morosidade e ineficácia.

Acerca de tais requisitos, Mário Sérgio Sobrinho conclui:

“(...) a identidade de um homem é determinada pelo emprego de um sistema de identificação mediante a realização de um confronto técnico (comparação) dos traços físicos ou orgânicos imutáveis (imutabilidade), obtidos no registro inicial e posterior, individualizando-o dentro do universo das demais pessoas existentes (unicidade) mediante método prático, simples e eficiente (praticabilidade e classificabilidade).”¹²

¹² SOBRINHO, Mário Sérgio. **A Identificação Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 22.

1.3. Métodos de identificação policial ou judiciária:

Diz-se que o primeiro método utilizado para a identificação de criminosos foi a mutilação. Em seguida, o ferro em brasa passou a ser utilizado para fixação de marcas na pele dos indivíduos, sendo que, no Brasil, mais especificamente no final do século XVIII, seu uso foi empregado como forma de identificar escravos foragidos¹³.

Delton Croce e Delton Croce Júnior explicam que métodos cruéis de identificação foram adotados até o início da idade contemporânea, assumindo verdadeiro viés punitivo. Tais medidas eram amplamente utilizadas para a identificação de criminosos, sobretudo os reincidentes. Sobre a questão, esclarecem:

“No passado as leis prescreviam medidas de extremo rigor, bárbaras e cruéis, para o assinalamento dos malfetores, sobretudo reincidentes, como símbolos, letras, flor-de-lis, marcas na fronte ou em outras áreas por ferro incandescente, mutilações das orelhas e nariz, ablação da língua, avulsão dos dentes, etc.”¹⁴

No século XIX, métodos mais seguros, eficientes e humanos passaram a ser empregados. Como exemplo, é possível mencionar a adoção da fotografia, do retrato falado e da antropometria.

Necessário frisar que nem todos os métodos de identificação empregados ao longo do tempo preencheram os requisitos de unicidade, imutabilidade, perenidade, praticabilidade e classificabilidade. Contudo, mesmo na ausência de tais requisitos, os métodos mais viáveis ainda são empregados, mas de forma subsidiária, em apoio aos métodos mais recentes¹⁵.

A fotografia atende ao requisito da praticabilidade, contudo, não preenche a exigência de imutabilidade, já que as características físicas por ela retratadas sofrem alterações ao longo do decurso do tempo. O mesmo ocorre em relação ao retrato falado. Assim, partindo do pressuposto que tais métodos não conferem a certeza exigida pelo âmbito criminal, ambos são utilizados apenas como dados complementares a outros métodos, sendo geralmente associados às impressões digitais e demais informações constantes em documentos.

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 135-136.

¹⁴ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de medicina legal**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 77-78.

¹⁵ MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso básico de medicina legal**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 57.

A antropometria consiste na coleta de medidas corpóreas. Merece destaque o sistema antropométrico elaborado por Alphonse Bertillon, funcionário da Polícia de Paris, que instituiu regras fixas acerca da tomada de tais medidas, sendo considerado o primeiro método científico de identificação¹⁶.

Embora aparentemente adequado, o sistema idealizado por Bertillon apresenta incorreções. Além de moroso, já que envolve a tomada de medidas de inúmeras partes do corpo humano, admite certa margem de erro, pois dificilmente as medidas serão sempre obtidas com a mesma precisão, havendo, inclusive, uma tabela de tolerância contendo as margens de erro admitidas. Ademais, tal método não pode ser aplicado aos menores de vinte anos, pois a ossatura se fixa como definitiva somente a partir dessa idade. Pese tais características negativas, o método antropométrico possui grande valor histórico, vez que é utilizado como base para os métodos de identificação mais modernos.

O sistema antropométrico deu lugar à datiloscopia, técnica que estuda as impressões digitais constantes nas polpas dos dedos¹⁷. Atualmente, adota-se o sistema decadactilar de Vucetich, que classifica as impressões digitais de acordo com o formato e a disposição de suas linhas. De acordo com Genival Veloso de França, a identificação datiloscópica foi lançada em 1891 e instituída oficialmente no Brasil em 1903, “*convertendo-se no método exclusivo e mais eficiente da ciência da identidade, disputando a primazia de excelência com a impressão digital genética do DNA*”¹⁸.

A antropometria preenche todos os requisitos anteriormente apontados. O método é perene, porque as impressões digitais surgem no sexto mês de vida intrauterina e permanecem idênticas durante toda a vida do indivíduo. É imutável, porque, mesmo em casos de lesão, as cristas papilares reaparecem. Também preenche o requisito da unicidade, já que cada indivíduo apresenta cristas papilares diferentes. É dotado de praticabilidade na medida em que a obtenção das impressões digitais pode ser facilmente realizada, bastando tinta e um pedaço de papel para sua coleta. Outrossim, possui classificabilidade, já que o sistema idealizado por Vucetich permite o cadastro e a classificação das impressões colhidas por meio de códigos específicos e facilmente identificáveis.

Pese os benefícios da datiloscopia, em diversos casos não é possível obter e realizar a correta comparação das impressões digitais, restando prejudicada a identificação criminal. Nas hipóteses de corpos carbonizados ou decompostos, por exemplo, as digitais

¹⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 8.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008, p. 68.

¹⁷ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de medicina legal**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 79.

¹⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 8.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008, p. 69.

acabam destruídas, não sendo possível a identificação através das mesmas. Nesses casos, outros métodos, como a coleta de material genético, podem ser utilizados, seja em conjunto com outras técnicas, seja de forma isolada.

O estudo e a padronização da identificação pelo perfil de DNA foram realizados a partir de 1984, por Allec Jeffreys, professor da Universidade de Leicester, na Inglaterra¹⁹. A identificação pelo perfil de DNA se revela adequada na medida em que preenche os requisitos de unicidade, imutabilidade, perenidade, praticabilidade e classificabilidade, sendo possível considerá-la como a técnica de identificação mais precisa dentre as atualmente disponíveis.

A unicidade está presente, pois o perfil genético utilizado como padrão de confronto assume configuração única em cada indivíduo, permitindo sua distinção dos demais.

A imutabilidade é evidente, uma vez que o perfil genético não é passível de modificação, seja por ação do tempo, seja por fatores externos.

A perenidade, por sua vez, é garantida na medida em que os elementos submetidos à comparação são sempre os mesmos naquele determinado indivíduo.

A praticabilidade resta verificada, pois o método adotado para a obtenção e comparação das características de cada indivíduo é simples e prático, mormente em razão dos avanços científicos experimentados nos últimos anos.

No mais, existe a classificabilidade do método, pois os dados de perfil genético podem ser cadastrados a partir de códigos específicos e, em seguida, classificados e arquivados de forma organizada.

Ainda é interessante mencionar que a coleta do material genético e sua análise para fins de identificação criminal configuram método aplicável a todas as fontes de material biológico. Esse método é dotado de elevado potencial discriminatório, já que possibilita a individualização de uma pessoa dentre bilhões. Não bastasse, o exame de DNA extremamente sensível, bastando poucas células para o sucesso das análises comparativas. A análise do DNA também é resistente aos fatores ambientais, pois apresenta elevado grau de segurança mesmo quando realizada em amostras antigas ou expostas a agressões²⁰.

¹⁹ GRECO, Rogério (coord.) et. al. **Medicina legal à luz do direito penal e do direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 20.

²⁰ BONACCORSO, Norma Sueli. **Aplicação do exame de DNA na elucidação de crimes**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 30-32. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-15092010-145947/>>. Acesso em 07 de novembro de 2013.

1.4. A identificação criminal no ordenamento jurídico brasileiro:

1.4.1. Súmula nº 568 do Supremo Tribunal Federal e as alterações no tratamento do tema com o advento da Constituição Federal de 1988:

Primeiramente, é necessário frisar que desde a entrada em vigor do Código de Processo Penal, em 1942, discute-se acerca da obrigatoriedade ou da dispensabilidade da identificação criminal da pessoa civilmente identificada. O art. 6º, VIII, do referido diploma legal, prevê que a autoridade policial deve coletar as impressões digitais do indivíduo por ocasião do seu indiciamento. Na época, Walter P. Acosta, por exemplo, se posicionava pela obrigatoriedade da identificação criminal, enquanto outros, como Eduardo Espínola Filho e Ary Azevedo Franco, defendiam que a identificação criminal poderia ser dispensada caso realizada a identificação civil²¹.

Em 15 de dezembro de 1976, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 568, segundo a qual *“a identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente”*. Assim, passou a vigorar o entendimento de que a identificação criminal deveria ocorrer como regra, não sendo condicionada à identificação civil. Entretanto, em 07 de outubro de 1988, a Primeira Turma do referido Tribunal, nos autos do RHC 66881²², reconheceu que a súmula foi superada com o advento da Constituição Federal de 1988, que limitou a realização da identificação criminal.

De acordo com o artigo 5º, LVIII, da Constituição Federal, a identificação civil afasta a criminal (*“o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”*). Dessa forma, se o indivíduo for identificado civilmente, por meio legalmente reconhecido, será dispensado da identificação criminal.

Norma Sueli Bonaccorso afirma que a identificação criminal não visa estigmatizar ou punir o suspeito, mas apenas identificá-lo ou confirmar sua identidade no caso de dúvida²³. A posição do constituinte no sentido de torná-la medida excepcional se justifica

²¹ SOBRINHO, Mário Sérgio. **A Identificação Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 156.

²² “Identificação criminal. Recurso a que se nega provimento, porque o acórdão recorrido denegou o *habeas corpus* em consonância com a jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal (súmula nº 568). Concede-se, porém, a ordem, de ofício, ante a garantia inserta no art. 5, LVIII, da Constituição de 1988, ulteriormente promulgada e tendo em vista que a paciente já se acha civilmente identificada.” (RHC 66881, relator: Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, julgado em 07/10/1988, DJ 11-11-1988, ement. vol.-01523-03, pp-00480).

²³ BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito,

por questões de proporcionalidade, já que a medida mais dificultosa ou gravosa ao indivíduo somente será adotada se realmente necessária, nunca *prima facie*.

No mais, embora a identificação criminal não tenha viés punitivo ou vexatório, aspectos socioculturais também influenciaram o constituinte. Costuma-se relacionar a identificação criminal à imputação de autoria delitiva, e isso confere caráter aviltante ao procedimento. Essa visão foi reforçada com a exposição vexatória pela mídia de pessoas submetidas à identificação criminal. Por esse motivo, Guilherme de Souza Nucci afirma que a norma constitucional: “(...) teve por finalidade corrigir a publicidade que se costumava dar ao fato de determinada pessoa – especialmente as conhecidas do grande público - ser criminalmente identificada, como se isso fosse desairoso e humilhante.”²⁴.

Mário Sérgio Sobrinho²⁵ esclarece que o texto constitucional, ao incluir a identificação criminal no rol de direitos e garantias individuais, buscou preservar a dignidade do cidadão. A questão, portanto, foi fixada como cláusula pétrea, nos moldes do art. 60, §4º, da Constituição Federal. Salienta ainda que o art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, não trouxe entraves à persecução penal, mas apenas demonstrou a opção do legislador constitucional de evitar vexames quando a pessoa apontada como autora do crime estivesse civilmente identificada.

Antonio Scarance Fernandes pontua o aspecto negativo da excepcionalidade da medida. Argumenta que:

“A mudança, apesar de necessária, trouxe graves inconvenientes. É comum que o autor do crime utilize-se de nome falso e apresente à autoridade policial cédula de identidade de outro, documento que chegou ao seu poder em virtude de furto ou até mesmo em razão de perda. Não há colheita de material datiloscópico. Vindo a ser formulada acusação, constará na denúncia o nome de quem era o titular do documento de identidade perdido ou subtraído. Em caso de prisão preventiva ou de condenação poderá vir a ser preso, sem que tivesse condições de se defender, havendo grande dificuldade de demonstrar que não é autor do delito. (...)”²⁶

Pese tal posicionamento, vale ressaltar que, por questões lógicas, a excepcionalidade da medida se encontra amplamente justificada em nosso ordenamento, pois

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 122. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/>>. Acesso em 07 de novembro de 2013.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 12 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 103.

²⁵ SOBRINHO, Mário Sérgio. **A Identificação Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 22.

²⁶ SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 237.

se o indivíduo já se encontra individualizado civilmente pelo Estado e comprova tal fato, não há necessidade de sua identificação criminal, salvo se pairar dúvida acerca de sua real identidade.

Considerando-se a previsão constante no art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, bem como os fins para os quais a identificação criminal é realizada, é possível afirmar a existência de um direito do Estado de identificar as pessoas. Tal direito é analisado sob duas correntes distintas²⁷: alguns defendem seu caráter de amplo poder, enquanto outros afirmam a existência de limitações ao seu exercício.

Admitir que esse direito representa verdadeiro poder significa possibilitar ao Estado a individualização criminal dos cidadãos de forma ampla, por todos os meios possíveis, ainda que violadores de direitos individuais. Assim, pouco importa se a identificação é inicialmente realizada para fins civis ou criminais, pois o Estado sempre poderá utilizar os dados por ele obtidos em quaisquer circunstâncias. Essa ideia legítima, por exemplo, a coleta de dados de perfil genético sem o consentimento do indivíduo.

Por outro lado, há quem defenda que referido direito estatal, tal qual todos os demais, sofre limitações, especialmente quando em conflito com direitos individuais. Para essa corrente, a identificação criminal será realizável somente nos casos de fundada suspeita acerca do envolvimento do indivíduo com alguma prática criminosa.

Sob a ótica das disposições constantes da Constituição Federal, verifica-se que o posicionamento que mais se adéqua ao ordenamento jurídico pátrio é aquele que limita o direito do Estado de identificar os indivíduos de acordo com os demais preceitos constitucionais e legais vigentes. Sobre a questão, Mário Sérgio Sobrinho aponta que o direito-dever estatal de identificar os indivíduos, por questão de proporcionalidade, é limitado pela prévia identificação civil, tal qual firmado pela Constituição de 1988. Nesse sentido:

“(...) é tarefa do Estado, durante a investigação do crime, após conhecer quem é seu provável autor, tomar dados que individualizem esta pessoa mediante o emprego de métodos de identificação, mantendo esta informação nos autos do processo, sob pena de dificultar ou inviabilizar a responsabilização penal. A tomada de dados de identificação será necessária, quando a pessoa suspeita da autoria de um crime não tiver sua identidade reconhecida pelo Estado mediante a prévia existência de identificação civil.”²⁸

²⁷ GRECO, Rogério (coord.) et. al. **Medicina legal à luz do direito penal e do direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 49.

²⁸ SOBRINHO, Mário Sérgio. **A Identificação Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 82.

1.4.2. Abordagem da identificação criminal no Código de Processo Penal:

No art. 6º, VIII, do Código de Processo Penal, a identificação criminal é apontada como uma das medidas a ser adotada pela Autoridade Policial quando do conhecimento da prática de infração penal. Trata-se da identificação criminal como método de individualização do suposto autor do crime, e não como meio de prova. Sobre a questão, Edilson Mougenot Bonfim esclarece: *“a providência prevista no art. 6º, VIII, do Código de Processo Penal diz respeito à identificação criminal, cuja finalidade é a reunião de dados de identificação acerca de pessoas que já tenham sido investigadas no âmbito penal.”*²⁹.

Tal dispositivo menciona apenas o procedimento datiloscópico. A previsão restritiva se justifica, já que, em 1941, ano da edição do Código de Processo Penal, a datiloscopia era o único meio disponível para a identificação. A norma, portanto, não afasta a possibilidade de adoção de outros métodos de individualização, que não só podem, mas devem ser empregados como forma de facilitar e ampliar a probabilidade de acerto na identificação criminal.

Diversos outros artigos do Código de Processo Penal também fazem referência à identificação criminal, mas sob aspectos distintos.

O art. 166³⁰, por exemplo, trata da identificação de cadáver exumado. Tal identificação pode ser realizada pela coleta das impressões datiloscópicas, pela análise da arcada dentária, pela simples observação de parentes e amigos, bem como pela coleta e análise de material genético. Nesse dispositivo, a identificação criminal também assume caráter de meio de prova.

O art. 259³¹ do Código de Processo Penal aborda a identificação criminal sob o âmbito processual, prevendo que a ação penal não será retardada na impossibilidade de identificação do acusado a partir de seu verdadeiro nome ou outros qualificativos.

Embora o art. 41 do Código de Processo Penal³² determine que a ação penal deva ser promovida contra pessoa individualizada e devidamente identificada, o art. 259 do

²⁹ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 4ª ed. de acordo com as Leis n. 11.689/2008 e 11.719/2008. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 124.

³⁰ “Art. 166. Havendo dúvida sobre a identidade do cadáver exumado, proceder-se-á ao reconhecimento pelo Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere ou pela inquirição de testemunhas, lavrando-se auto de reconhecimento e de identidade, no qual se descreverá o cadáver, com todos os sinais e indicações.”

³¹ “Art. 259. A impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, quando certa a identidade física. A qualquer tempo, no curso do processo, do julgamento ou da execução de sentença, se for descoberta a sua qualificação, far-se-á a retificação, por termo, nos autos, sem prejuízo da validade dos atos precedentes.”

mesmo diploma possibilita o ajuizamento da ação penal contra indivíduo cujos dados qualificativos são desconhecidos, mas sua identidade física, como pessoa, é inequívoca ante a realização de sua identificação criminal. Embora a redação dos referidos dispositivos soe conflitante, não há colisão entre elas. Sobre a suposta divergência, Guilherme de Souza Nucci esclarece a possibilidade de identificação do indivíduo sem a certeza de sua qualificação:

“(…) É o que ocorre com o indiciado, que não possui documentos, nem fornece elementos à autoridade policial para obter seu verdadeiro nome, filiação, profissão, entre outros (o que acontece com mendigos, sem endereço ou família, por exemplo), mas é suficiente que a identificação seja feita pelo método dactiloscópico. Não haverá, pois, equívoco no tocante ao autor da infração penal, ainda que se tenha dúvida quanto à sua qualificação.”³³

O art. 260, *caput*, do Código de Processo Penal, dispõe que “*se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença*”. Tal regra se relaciona à identificação criminal, já que é possível esclarecer dúvidas acerca da identidade ou qualificação do acusado durante o interrogatório, hipóteses nas quais sua presença é fundamental.

Ao analisar tal dispositivo, Fernando Capez explica que a recusa à identificação legalmente prevista poderá ensejar a condução coercitiva do indivíduo à presença da autoridade, sendo admitida, inclusive, sua responsabilização pela prática de crime de desobediência, a depender do caso concreto³⁴.

De forma semelhante, Guilherme de Souza Nucci ainda acrescenta que, pese a consagração do direito ao silêncio no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, a condução coercitiva prevista pelo art. 260, *caput*, do Código de Processo Penal poderá ser aplicada para fins de identificação criminal, desde que haja a necessidade de identificação ou qualificação do indivíduo durante o interrogatório. Assim:

“Continua vigendo, certamente, a possibilidade do juiz determinar a condução coercitiva do réu para comparecer ao interrogatório, mas somente assim fará, caso

³² “Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.”

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 12 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 596.

³⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 137.

necessite, por alguma razão, identificá-lo e qualificá-lo. Quanto ao interrogatório de qualificação, não tem o réu o direito ao silêncio. Mas, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua identidade, torna-se um constrangimento ilegal e abusivo determinar sua condução compulsória.”³⁵

O art. 809³⁶ do Código de Processo Penal, por sua vez, trata da estatística judiciária criminal. De acordo com Julio Fabbrini Mirabete, “*a estatística criminal é o método, ou técnica, para o estudo quantitativo dos fenômenos criminais*”³⁷. Seus resultados e interpretações colaboram para que a sociologia criminal compreenda melhor as causas da criminalidade, permitindo, conseqüentemente, a prevenção de novas infrações e a elaboração das alterações necessárias à lei penal.

A estatística judiciária criminal tem por base um documento denominado boletim individual. Tal boletim é elaborado a partir de cada processo criminal, e contém diversos dados sobre o caso específico e os autores do crime. O boletim fornece informações acerca dos dados qualificativos dos acusados e se relaciona à identificação criminal na medida em que é composto pelas impressões digitais de tais indivíduos. Assim, o arquivamento de tais informações implica a criação de um banco de dados criminal, que contém as informações relativas à identidade dos autores das infrações.

Guilherme de Souza Nucci aduz que o Decreto-lei nº 3.992/41 foi o responsável pela criação do modelo de tal documento, que deveria ser encaminhado pela polícia e pelos cartórios judiciais ao Instituto de Identificação e Estatística, que nunca foi oficialmente criado. Assim, em São Paulo, por exemplo, a função do referido instituto ficou a cargo do Sistema Integrado de Informações Criminais, gerenciado pela empresa de processamento de dados PRODESP. Tal sistema é integrado pelo Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt (IIRGD), Divisão de Capturas (DVC), Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários do Estado (COESPE) e Departamento de Apoio ao Serviço das Execuções Criminais (DECRIM). Atualmente, o acesso ao banco de dados do Sistema Integrado de Informações Criminais é realizado de forma direta, por meio informatizado³⁸.

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 12 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 597.

³⁶ “Art. 809. A estatística judiciária criminal, a cargo do Instituto de Identificação e Estatística ou repartições congêneres, terá por base o boletim individual, que é parte integrante do processo e versará sobre: (...)”

³⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005 – 3ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 793.

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 12 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1211.

1.4.3. Primeiras disposições infraconstitucionais específicas sobre o tema:

Após o advento da Constituição Federal de 1988, as primeiras disposições legais específicas acerca da identificação criminal foram direcionadas aos adolescentes praticantes de atos infracionais e aos integrantes de organizações criminosas.

O art. 109 do Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº 8.069/90) dispõe que *“o adolescente civilmente identificado não será submetido à identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada”*.

Já a Lei nº 9.034/95, recentemente revogada pela Lei nº 12.850/13, dispunha em seu art. 5º que *“a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil”*.

Pese tais previsões, a regulamentação específica da identificação criminal somente ocorreu com a edição da Lei nº 10.054/00, expressamente revogada pela Lei nº 12.037/09, que a substituiu.

Com o advento dessas duas leis específicas, houve quem defendesse que a disposição voltada às organizações criminosas, constante do art. 5º da Lei nº 9.034/95, havia sido tacitamente revogada, bem como que tal entendimento deveria ser estendido ao art. 109 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tal posicionamento se fundamentou no argumento de que a Lei nº 10.054/00 e a Lei nº 12.037/09 restringiam a identificação criminal somente aos casos nelas previstos, afastando-se, conseqüentemente, a aplicação das normas constantes em diplomas legais diversos. Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima aduz que:

“Ora, se a Lei nº 10.054/00 foi expressamente revogada pelo art. 9º da Lei nº 12.037/09, e se o art. 1º da Lei nº 12.037/09 preceitua que a identificação criminal só poderá ocorrer nos casos previstos nessa lei, há de se concluir pela revogação tácita do art. 5º da Lei nº 9.034/95, que inclusive já se tinha como revogado pelo advento da Lei nº 10.054/00. Raciocínio semelhante há de ser aplicado também ao art. 109 do Estatuto da Criança e do Adolescente.”³⁹

Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci não menciona tal revogação tácita, dizendo que *“será, ainda, obrigatoriamente, submetida à identificação dactiloscópica a pessoa envolvida com a ação praticada por organizações criminosas, ainda que já possua*

³⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 102.

identificação civil (art. 5º, Lei nº 9.034/95)”⁴⁰. Da mesma forma, Vicente Greco Filho esclarece que “a identificação criminal continua exigível, independentemente da civil, na lei de combate ao crime organizado, Lei nº 9.034, de 1995, em se tratando de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas (art. 5º); (...)”⁴¹.

Pese a celeuma existente, é certo que a Lei nº 9.034/95 foi expressamente revogada pela Lei nº 12.850/13. Assim, ao menos do ponto de vista formal, a discussão perdeu seu objeto, aplicando-lhes as regras gerais acerca da identificação criminal.

Acerca do art. 109 do Estatuto da Criança e Adolescente, necessário ressaltar que há quem defenda não haver óbice para sua aplicação prática. Nesse sentido, Válder Kenji Ishida confirma a aplicação da Lei nº 12.037/09 aos atos infracionais praticados por adolescentes, dizendo que a identificação ocorrerá não apenas na hipótese de dúvida fundada, prevista pelo art. 109 do Estatuto da Criança e Adolescente, mas também em todas as hipóteses constantes da Lei nº 12.037/09. O autor ensina que:

“A questão sobre a aplicação da referida lei depende da análise de dois argumentos. O primeiro é o constitucional, diante da norma do art. 5º, LVIII, da Carta Magna. Aqui, não vislumbramos óbice, porquanto a própria Constituição permite a exceção, mencionando ‘salvo nas hipóteses previstas em lei’. (...) O segundo aspecto refere-se à aplicabilidade ao ato infracional praticado pelo adolescente. A Lei não se refere expressamente ao ato infracional em seu art. 1º. Mas entendemos que nem deveria, porquanto o ato infracional não deixa de ser sinônimo de ilícito penal, só se diferenciando na culpabilidade quando há presunção absoluta do desenvolvimento mental incompleto. (...) Portanto, sob a análise desses dois argumentos, verifica-se a aplicabilidade da referida lei aos procedimentos de apuração de ato infracional cometido por adolescente.”⁴².

Ademais, cumpre ressaltar que eventual constrangimento ou vexame causado ao adolescente por ocasião de sua identificação ensejará a responsabilização criminal do agente, nos termos do art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴³.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 12 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 106.

⁴¹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl., com a colaboração de João Daniel Rossi. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60.

⁴² ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente - Doutrina e Jurisprudência**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 204.

⁴³ “Art. 232. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento: Pena - detenção de seis meses a dois anos.”

1.4.4. Disposições constantes da Lei nº 10.054/00:

A Lei nº 10.054/00 foi editada com a finalidade de regulamentar o disposto no art. 5º, LVIII, da Constituição Federal de 1988. A referida lei abordava as hipóteses nas quais a identificação criminal poderia ser realizada, havendo ou não prévia identificação civil, bem como as hipóteses de sua realização obrigatória.

Acerca da identificação civil, referida lei limitou-se a mencionar que sua prova seria feita mediante apresentação de documento de identidade reconhecido pela legislação, sem, contudo, especificar qual seria tal documento.

De acordo com o art. 1º, *caput*, da Lei nº 10.054/00⁴⁴, os indivíduos não identificados civilmente seriam criminalmente identificados nas hipóteses de prisão em flagrante, indiciamento em inquérito policial, autoria de infração penal de menor potencial ofensivo, e quando do cumprimento de mandado de prisão. A identificação criminal prevista consistia na submissão aos processos datiloscópico e fotográfico. Assim, em síntese, o indivíduo que não fosse civilmente identificado seria submetido à sua individualização criminal por ocasião de seu indiciamento, de sua prisão, ou quando praticasse infração penal.

O civilmente identificado, por sua vez, somente seria submetido à identificação criminal nas hipóteses previstas pelo art. 3º da Lei 10.054/00⁴⁵.

Dessa maneira, mesmo quando realizada a identificação civil do indivíduo, sua identificação criminal também seria efetuada, desde que houvesse indiciamento ou acusação pela prática de crimes específicos. A lei apresentava um rol taxativo dos crimes que acarretavam a identificação criminal, de modo que, caracterizado algum desses crimes, a medida seria obrigatória. Integravam esse rol o homicídio doloso, os crimes patrimoniais revestidos de violência ou grave ameaça, a receptação qualificada, os crimes contra a liberdade sexual e o crime de falsificação de documento público.

⁴⁴ “Art. 1º. O preso em flagrante delito, o indiciado em inquérito policial, aquele que pratica infração penal de menor gravidade (art. 61, *caput* e parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995), assim como aqueles contra os quais tenha sido expedido mandado de prisão judicial, desde que não identificados civilmente, serão submetidos à identificação criminal, inclusive pelo processo datiloscópico e fotográfico.”

⁴⁵ “Art. 3º. O civilmente identificado por documento original não será submetido à identificação criminal, exceto quando: I – estiver indiciado ou acusado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público; II – houver fundada suspeita de falsificação ou adulteração do documento de identidade; III – o estado de conservação ou a distância temporal da expedição de documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais; IV – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; V – houver registro de extravio do documento de identidade; VI – o indiciado ou acusado não comprovar, em quarenta e oito horas, sua identificação civil.”

Ao estabelecer esse rol taxativo de crimes nos quais a identificação criminal seria obrigatória, a Lei nº 10.054/00 foi muito criticada, afirmando-se, inclusive, que a previsão afrontava o princípio constitucional da isonomia, representando verdadeira “*regra aleatória claramente discriminatória*”⁴⁶. Sobre a questão, Damásio de Jesus asseverou que:

“(...) Não havia razão alguma para que o civilmente identificado se submetesse à identificação penal, salvo casos excepcionais, como quando não apresentava nenhum documento, ou este continha rasuras, indícios de falsificação etc. O elenco era, ademais, discriminatório, uma vez que mencionava, em sua maioria, crimes geralmente praticados pela população pobre (...). Qual a razão da não inclusão de todos os delitos hediondos, como a falsificação de medicamentos, e os assemelhados, como o tráfico de drogas e a tortura? Por que a lei incluía a receptação qualificada e não o contrabando? Há motivo para ficarem de fora da relação os delitos de corrupção passiva, concussão, facilitação de contrabando, fraude contra o sistema financeiro, peculato, crimes contra as finanças públicas e os delitos próprios de responsabilidade? E a ‘cifra dourada’? E os autores de crimes do colarinho branco? (...)”⁴⁷

A Lei nº 10.054/00, de forma mais acertada, também previa a identificação criminal nas hipóteses de impossibilidade de realização prévia da identificação civil, ou ainda nos casos de dúvida acerca da identificação civil previamente obtida.

Assim, o civilmente identificado seria submetido à identificação criminal nas seguintes situações: quando houvesse fundada suspeita da falsificação ou adulteração do documento de identidade; quando o documento de identificação civil estivesse em mau estado de conservação ou fosse muito antigo, impossibilitando a identificação dos seus caracteres essenciais; quando os registros policiais indicassem o uso de nomes ou qualificações diversas pelo mesmo indivíduo; quando houvesse registro de extravio do documento de identidade apresentado; ou quando o indiciado ou acusado não comprovasse, em 48 horas, sua identificação civil.

Após ser alvo de inúmeras críticas, a Lei nº 10.054/00 foi expressamente revogada pela Lei nº 12.037/09, que deu abordagem diversa ao tema.

⁴⁶ MARCOLINI, Rogério. **Identificação criminal compulsória: inconstitucionalidade do inc. I do art. 3º da Lei nº 10.054, de 07.12.00**. Boletim IBCCRIM 99/13, fev./2001. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/595-Identificacao-criminal-compulsoria:-Inconstitucionalidade-do-Inc.-I-do-art.-3º-da-Lei-nº-10.054,-de-07.12.00>. Acesso em 25 de outubro de 2013.

⁴⁷ JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal anotado**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38.

1.4.5. Disposições constantes da Lei nº 12.037/09:

A Lei nº 12.037, editada em 1º de outubro de 2009, não traz um rol de crimes nos quais a identificação criminal é obrigatória, mas prevê as hipóteses nas quais a medida pode ser adotada.

Para tal lei, ainda vigente, pouco importa a natureza do crime a ser apurado, bastando o preenchimento dos requisitos legais para que a identificação criminal possa ser realizada independentemente da identificação civil. Assim, verifica-se que a Lei nº 12.037/09 correspondeu às críticas anteriormente feitas à Lei nº 10.054/00, regulando de forma distinta o disposto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal.

Cumprе salientar que, tratando-se de normal processual, sua incidência ocorre de forma imediata, sendo aplicável até mesmo aos crimes cometidos antes de sua entrada em vigor. Ademais, a finalidade específica da identificação criminal, consistente na mera individualização das pessoas em âmbito penal, justifica, por si só, a aplicabilidade imediata da Lei nº 12.037/09, vez que não há a restrição de direitos subjetivos na seara criminal.

Diferentemente da Lei nº 10.054/00, a Lei nº 12.037/09 indica, no seu art. 2º⁴⁸, quais os documentos hábeis a atestar a identificação civil. Considera-se civilmente identificado aquele que possui e apresenta carteira de identidade, carteira de trabalho, carteira profissional, passaporte, carteira de identificação funcional, qualquer outro documento público que permita a identificação, ou ainda documento de identificação militar.

Ao prever de forma genérica que a identificação civil ocorrerá mediante a apresentação de qualquer “outro documento público que permita a identificação”, a Lei nº 12.037/09 afastou a necessidade de futuras alterações em seu texto caso novos documentos de identificação civil sejam criados. Tal dispositivo abarca eventuais documentos que possam ser instituídos no futuro, o que evidencia a amplitude de incidência do dispositivo e permite a oxigenação interpretativa do texto legal. Nesse sentido, Eduardo Luiz Santos Cabette afirma:

“Destaque-se que essa formulação genérica final não somente possibilita a ‘interpretação analógica’, mas até mesmo a chamada ‘interpretação progressiva’. A Lei 12.037/09 é capaz de se atualizar por si mesma. Ainda que novos documentos de identificação civil sejam criados com o tempo e tenham nomenclaturas diversas

⁴⁸ “Art. 2º. A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos: I – carteira de identidade; II – carteira de trabalho; III – carteira profissional; IV – passaporte; V – carteira de identificação funcional; VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado. Parágrafo único. Para as finalidades desta Lei, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares.”

daquelas elencadas no artigo 2º, I a V da lei de identificação criminal, poderão ser aceitos devido à abertura ensejada pelo inciso VI do mesmo dispositivo. Um exemplo de ‘interpretação analógica’ seria o caso da Carteira de Habilitação que hoje contém todos os dados necessários, inclusive foto e número do RG, para ser aceita como documento público de identificação civil válido. Já um caso de ‘interpretação progressiva’ seria aquele que se refere ao projeto de criação do novo documento de identificação único, o qual iria concentrar uma série de informações hoje dispersas por variados documentos. Na atualidade tal documento não existe, mas quando for criado, ainda que não tenha a nomenclatura, por exemplo, de ‘Carteira de Identidade’, será válido para a lei sob comento em razão de seu artigo 2º, inciso VI.”⁴⁹

De acordo com o art. 3º, *caput*, da Lei nº 12.037/09⁵⁰, a identificação criminal ocorrerá, ainda que apresentado documento de identificação civil, nas seguintes hipóteses: quando tal documento apresentar rasura ou possuir indício de falsificação; quando o documento de identificação civil apresentado não for suficiente para identificação cabal do indiciado; quando o indiciado portar documentos de identificação conflitantes entre si; nos casos em que a identificação criminal seja essencial às investigações, sendo exigida, nessa hipótese, prévia decisão judicial; quando constar nos registros policiais o uso de nomes e qualificações diversas; e quando o estado de conservação ou o tempo de expedição do documento não permita a identificação dos caracteres essenciais nele inseridos.

Assim, ao aprimorar o rol de circunstâncias nos quais a identificação criminal pode ser realizada, a Lei nº 12.037/09 representou verdadeiro avanço no tratamento do tema.

O art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 12.037/09 ainda determina que “*as cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado*”. A medida visa conferir maior segurança ao ato de identificação, já que somente com a juntada das

⁴⁹ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Comentários iniciais à nova lei de identificação criminal – Lei 12.037/09**. Disponível em < <http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/2012/07/18/comentarios-iniciais-a-nova-lei-de-identificacao-criminal-lei-12-0372009/> >. Acesso em 13 de novembro de 2013.

⁵⁰ “Art. 3º. Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais. (...)”

cópias dos documentos apresentados é que será possível verificar se a identificação foi corretamente realizada.

A fim de afastar eventuais lesões à direitos, o art. 4º da Lei nº 12.037/09 fixa que *“quando houver necessidade de identificação criminal, a autoridade encarregada tomará as providências necessárias para evitar o constrangimento do identificado”*.

Também visando garantir a preservação dos direitos da pessoa submetida à identificação, o art. 6º da Lei nº 12.037/09 dispõe que *“é vedado mencionar a identificação criminal do indiciado em atestados de antecedentes ou em informações não destinadas ao juízo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”*.

Com o mesmo objetivo, o art. 7º da Lei nº 12.037/09 estabelece que *“no caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, ou absolvição, é facultado ao indiciado ou ao réu, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil”*.

Tais previsões garantistas foram feitas com base nas críticas realizadas à Lei nº 10.054/00, que não fazia menção a nenhuma regra voltada à defesa dos direitos da pessoa criminalmente identificada.

Originalmente, o art. 5º da Lei nº 12.037/09 previa que a identificação criminal seria realizada a partir dos métodos de datiloscopia e fotografia. Entretanto, com o advento da Lei nº 12.564/12, a legislação brasileira passou a permitir a identificação criminal pela obtenção do perfil genético através da coleta de material biológico.

Dessa forma, a partir da análise do ordenamento jurídico pátrio, denota-se que a identificação criminal no Brasil é realizada, preponderantemente, pela coleta das impressões dactiloscópicas e por fotografias. A partir da edição da Lei nº 12.654/12, que alterou a Lei nº 12.037/09, permitiu-se o emprego da coleta de material genético em circunstâncias ainda mais excepcionais. Cumpre salientar que a criação do banco de dados para armazenamento das informações referentes ao perfil genético já foi regulamentada pelo Poder Executivo, por meio do Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013.

As hipóteses nas quais a identificação criminal pode ou deve ser realizada, bem como as alterações promovidas à Lei nº 12.037/09 pela Lei nº 12.654/12, ainda serão melhor analisadas, em capítulo próprio destinado à análise da Lei nº 12.654/2012.

1.5. Relevância da criação e manutenção do banco de dados de perfil genético para fins de identificação criminal:

A existência das previsões legais acima indicadas torna claro que a identificação criminal assume papel relevante em nosso ordenamento jurídico, seja como método de individualização das pessoas (finalidade imediata), seja como meio de prova (finalidade mediata).

É evidente, portanto, que os métodos de identificação criminal devem acompanhar a evolução da ciência e da tecnologia, sob pena de perda do seu verdadeiro significado. A utilização de métodos obsoletos, além de prejudicar a correta identificação dos indivíduos, traz morosidade à persecução criminal, que exige precisão e rapidez para que a atuação do Judiciário se aproxime ao máximo da realidade fática, bem como para a supressão de erros judiciais.

Dessa forma, a partir dos fins para os quais a identificação criminal foi idealizada e prevista na legislação pátria, a criação de um banco de dados com informações relativas ao perfil genético dos indivíduos representa medida extremamente interessante. É justamente por esse motivo que a análise detalhada da Lei nº 12.654/12 se faz necessária.

A identificação criminal por perfil genético visa, em um primeiro momento, a individualização de pessoas submetidas à investigação criminal. Nesse sentido, a medida, aliada à construção de um banco de dados específico, volta-se exclusivamente à correta identificação das pessoas investigadas criminalmente como forma de afastar a responsabilização de inocentes e viabilizar a correta atuação estatal no âmbito penal.

Nesse sentido, Carlos Maria Romeo Casabona esclarece que a principal finalidade de bancos de dados dessa natureza é meramente informativa, ou seja, as informações armazenadas são consultadas por autoridades apenas como forma de orientar suas pesquisas acerca da identidade de determinado indivíduo. Verifica-se, portanto, que esses bancos de dados, ao menos inicialmente, não possuem propósito incriminatório ou probatório:

“La finalidad de estos ficheros seria exclusivamente informativa para los miembros de la policía criminal responsables de La investigación de los delitos, orientándoles mejor sobre la dirección correcta de sus pesquisas, pero no pretenderían ningún propósito incriminatorio o probatorio en cuanto tal.”⁵¹

⁵¹ ROMEO CASABONA, Carlos María. **Bases de datos de identificadores a partir Del ADN com fines de investigación criminal**. Revista do Ministério Público de La Defensa, Buenos Aires, v. 5, n. 6, abr. 2011, p. 05.

A partir de 2010 foi criada no Brasil uma rede integrada de bancos de dados, composta por laboratórios particulares que mantêm dados de perfil genético. Contudo, a Lei nº 12.654/12 veda o uso das informações ali mantidas para fins criminais ao determinar que banco de dados voltado à seara penal deve ser gerenciado por unidade oficial de perícia criminal⁵². A previsão é de suma importância, pois afasta a possibilidade de eventuais manipulações no armazenamento dos dados e nos resultados obtidos a partir de sua análise.

Uma vez prejudicado o uso dos bancos de dados particulares, caberá ao Estado instituir um banco de dados nacional para armazenamento dos dados de perfil genético. Assim, o Poder Executivo, por meio do Decreto nº 7.950/13, regulamentou a Lei nº 12.654/12 e instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Referido regulamento determina que o objetivo do banco é armazenar dados dessa natureza para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes. No Brasil, portanto, a coleta e a análise do perfil genético poderão ser adotadas como meio de prova em âmbito criminal.

Dessa forma, a análise do perfil genético com finalidade probatória poderá ser realizada em casos específicos, nos quais há, concomitantemente: crime prévio, ao menos um suspeito, e a localização de material genético no local do crime. Nessas situações, é feita a coleta do material encontrado no local dos fatos e do material genético do suspeito, procedendo-se, em seguida, à comparação de ambos. Caso a identificação resulte negativa em relação aos suspeitos já existentes, será possível o armazenamento de tais dados, possibilitando-se, assim, a realização de futuras diligências para elucidação da autoria delitiva.

Nesse sentido, afirma-se que um dos aspectos positivos da criação do banco de dados de perfil genético é a possibilidade de ampliar a obtenção de resultados satisfatórios em investigações criminais. A medida assume feição de verdadeira ferramenta de investigação⁵³ e, conseqüentemente, possibilita-se a busca da verdade real e afasta-se a responsabilização criminal de inocentes. Sobre a questão, Nuno Peixoto do Amaral afirma:

“(...) a sociedade do Direito/Ciência veio para ficar, e a ‘Impressão Digital genética’ e a correlativa base de dados de perfis de ADN, se afiguram como seu expoente maior, oferecendo à Justiça mais rigor aos valores por esta sempre preconizados:

⁵² RUIZ, Thiago. **Banco de dados de perfis genéticos e identificação criminal: breve análise da Lei 12.654/2012**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 21, n. 234, fev. 2013, p. 03.

⁵³ BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 30-32. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/>>. Acesso em 07 de novembro de 2013.

certeza e segurança jurídicas na hora da decisão. O Estado, como titular do '*ius puniendi*', quer que os culpados dos actos criminosos sejam punidos, mas também está interessando em garantir aos indivíduos a sua liberdade contra o perigo das injustiças."⁵⁴

O Decreto nº 7.950/13 também fixa outra finalidade para o Banco Nacional de Perfis Genéticos. Os dados nele mantidos podem ser utilizados para a identificação de pessoas desaparecidas, mediante a comparação de amostras de perfis genéticos doados voluntariamente por parentes consanguíneos. Nesses casos, veda-se o uso do material coletado para outros fins.

Em suma, por tratar-se de técnica altamente acurada, dotada de altos índices de probabilidade de acerto, a coleta de dados de perfil genético e seu armazenamento em um banco de dados específico conferem maior precisão à identificação criminal, seja na qualidade mero método de individualização das pessoas (vítimas, autores de crimes, ou ainda desaparecidos), seja na qualidade de meio de prova.

Não bastasse, a nova tecnologia não se restringe à coleta de material hemático, pois todas as células nucleadas do organismo humano são dotadas de material genético que pode ser submetido à análise. Assim, para a análise do DNA basta qualquer tipo de amostra ou produto que contenha material genético, que pode ser encontrado, por exemplo, no sangue, no sêmen, nos pelos, nos dentes, no material fetal, dentre outros⁵⁵.

No mais, o Decreto nº 7.950/13, ao instituir a possibilidade de criação de uma Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, possibilitou o compartilhamento e a comparação de informações entre o banco de dados da União e eventuais bancos estaduais. Norma Sueli Bonaccorso indica que, na hipótese de padronização dos diversos bancos de dados de perfil genético, será possível, inclusive, o intercâmbio de informações a nível internacional, o que possibilitaria o combate aos crimes transnacionais, como o terrorismo⁵⁶.

Dessa forma, é evidente que a criação de banco de dados contendo informações acerca do perfil genético dos indivíduos assume grande importância, sendo necessária a análise pormenorizada das inovações introduzidas pela Lei nº 12.654/12.

⁵⁴ AMARAL, Nuno Peixoto do. **Impressão digital genética, base de dados de perfis de ADN e a dignidade da pessoa humana**. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 1036.

⁵⁵ PINHEIRO, M. Fátima. **Contribuição do estudo do DNA na resolução de casos criminais**. Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa, v. 19, n. 74, abr./jun. 1998, p. 146.

⁵⁶ BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 18. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/>>. Acesso em 07 de novembro de 2013.

2 - Avaliação geral da Lei nº 12.654/12:

Em 17 de março de 2011, o Senador Ciro Nogueira propôs o Projeto de Lei do Senado nº 93/11, com a finalidade de criar um banco de perfis de DNA nacional para a investigação de crimes praticados com violência. Em sua redação original, o projeto estabeleceria a “*identificação genética para os condenados por crime praticado com violência contra pessoa ou considerado hediondo*”.

Na justificação do projeto, o Senador apontou a necessidade de criação de um banco de dados de evidências, que seria abastecido pelas polícias dos Estados a partir de vestígios extraídos das cenas de crimes; bem como de um banco de identificação genética de criminosos, que conteria os dados referentes a tais indivíduos. Tais bancos de dados, em síntese, otimizariam as investigações criminais.

A criação desses bancos de dados, de acordo com o Senador, seria realizada mediante a implantação de um sistema denominado CODIS (*Combined DNA Index System*), criado nos Estados Unidos pelo FBI (*Federal Bureau of Investigation*) e utilizado por outros trinta países.

Inicialmente, o projeto foi encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, abrindo-se prazo de cinco dias úteis para eventuais oferecimentos de emendas. Decorrido tal prazo sem a apresentação de emendas, o projeto foi distribuído ao Relator Senador Demóstenes Torres para a emissão do respectivo relatório. Emitido em 05 de julho de 2011, o relatório concluiu pela inexistência de vícios de constitucionalidade no projeto. Quando ao mérito, ressaltou a relevância da determinação da identidade por meio do DNA no âmbito das investigações criminais.

O documento explica que, em 2009, o Brasil assinou Termo de Compromisso para utilização do *software* CODIS (*Combined DNA Index System*), possibilitando, a partir de 2010, a instalação de tal programa em quinze laboratórios estaduais e em um laboratório federal, bem como a criação bancos de dados voltados para fins criminais e para a identificação de desaparecidos. Tais medidas originaram a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, instituída posteriormente por meio do Decreto nº 7.950/13.

Ainda no relatório, foi proposto que a coleta de material genético fosse realizada por meio não invasivo, em respeito à integridade física e à dignidade humana. Suscitou-se também que o projeto fizesse referência apenas aos crimes dolosos praticados com violência de natureza grave contra a pessoa, pois assim seria afastada sua incidência

sobre os sujeitos ativos de crime de lesão corporal leve, em relação aos quais não haveria justificativa plausível para a identificação criminal por meio de coleta de material genético.

Outrossim, concluiu-se que a redação do projeto deveria fazer referência à expressão “identificação de perfil genético”, mais coerente em relação ao sistema que estava sendo implantado no país. Por fim, sugeriu-se que a nova forma de identificação constasse da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), e não de lei autônoma.

Em síntese, o Relator Senador Demóstenes Torres apresentou emenda substitutiva contendo as ressalvas acima mencionadas e votou pela aprovação do projeto.

Posteriormente, em 24 de agosto de 2011, o Relator apresentou nova emenda substitutiva. Salientou que, após entrar em contato com o Ministro da Justiça, ambos concluíram que o projeto também deveria propor alterações e acrescentar dispositivos à Lei nº 12.037/09. Em 14 de setembro de 2011, o substitutivo apresentado foi adotado como definitivo, sendo, posteriormente, encaminhado à Câmara dos Deputados para revisão.

Em 04 de outubro de 2011 o projeto foi recebido pela Câmara dos Deputados, onde foi renomeado para Projeto de Lei nº 2.458/11 e encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, sendo-lhe apensados os Projetos de Lei nº 188/99, nº 417/13, nº 4.335/08, nº 4.487/08, nº 2.371/11 e nº 1.820/96, sobre matérias análogas.

Na referida Comissão foi designado como Relator o Deputado Vicente Cândido, que em 10 de abril de 2012 apresentou parecer pela constitucionalidade, juridicidade e de boa técnica legislativa do projeto, votando pelo seu provimento. Em relação aos demais projetos apensados, votou pela sua rejeição, justificando que os temas por eles abordados já seriam abrangidos pelo Projeto de Lei nº 2.458/11. Tal parecer foi aprovado pela Comissão em 24 de abril de 2012.

Em seguida, o projeto foi encaminhado ao Plenário, onde, em 02 de maio de 2012, teve sua redação final aprovada em turno único de discussão. Na ocasião, foi apresentada emenda, que pretendia a supressão do dispositivo que previa a inserção do art. 9º-A na Lei de Execução Penal, referente à coleta compulsória de material genético de condenados por crime hediondo ou crime cometido com violência grave contra a pessoa. Tal proposta foi rejeitada pelas Comissões de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado e de Constituição e Justiça e Cidadania, mantendo-se, assim, a regra mencionada.

Em 08 de maio de 2012, o projeto foi encaminhado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados à sanção presidencial. Em 28 de maio de 2012, o projeto foi transformado na Lei Ordinária nº 12.654/12.

2.1. Alterações promovidas à Lei nº 12.037/09:

Inovando na matéria, a Lei nº 12.654/12 inseriu o parágrafo único no art. 5º da Lei 12.037/09, dispondo que *“na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético”*.

Primeiramente, cumpre analisar o art. 3º, IV, da Lei nº 12.037/09⁵⁷, segundo o qual a identificação criminal poderá ser realizada, ainda que haja prévia identificação civil, quando a medida se revelar essencial para as investigações policiais. Nesse caso, a identificação criminal dependerá de autorização judicial, proferida de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa.

A ideia de essencialidade da identificação criminal para as investigações policiais pode ser interpretada de forma demasiadamente ampla, contudo, a análise do dispositivo deve seguir os critérios de proporcionalidade e razoabilidade. Trata-se de medida facultativa e excepcional a ser adotada durante a fase de investigação criminal, que dependerá de decisão judicial fundamentada para sua realização. Sobre a questão, Guilherme de Souza Nucci esclarece:

“É a hipótese mais aberta de todas, envolvendo elemento de necessidade não descrito em lei. Essa situação, justamente por ser deveras ampla, provoca a atuação da autoridade judiciária competente (aquela que estiver vinculada à fiscalização da investigação policial), que deverá decidir, por sua conta (de ofício) ou por provocação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa, a linha a seguir. Imagine-se a hipótese de pessoa que apresenta os documentos civis em ordem, mas possui um irmão gêmeo idêntico. Indícios podem dar conta de um irmão fazer-se passar pelo outro, em certas situações, embora os dados sejam praticamente os mesmos, inclusive a foto. Resta o bom senso da colheita da impressão digital, que servirá para dirimir a dúvida.”⁵⁸

Assim, justamente por ser medida facultativa, caberá àquele que dispensar a identificação criminal a assunção das consequências de seu ato, dentre as quais está a possibilidade de erro acerca da autoria delitiva. Da mesma forma, embora a lei não exija

⁵⁷ “Art. 3º. Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer a identificação criminal quando: (...) IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa.”

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Volume 2. 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 413-414.

expressamente, a fundamentação da medida é necessária, mormente para afastar eventual alegação de abuso de autoridade.

Com a inserção do parágrafo único no art. 5º da Lei 12.037/09 possibilitou-se que, a pedido da autoridade policial, do Ministério Público, da defesa, ou ainda de ofício, o juiz determine a coleta de material genético do civilmente identificado como forma de identificação criminal, desde que demonstrada a imprescindibilidade da medida para as investigações. A previsão traz maior segurança para a identificação humana, pois busca afastar eventuais erros judiciários.

Analizando o dispositivo de forma sistêmica, entende-se que a identificação por perfil genético somente poderá ser adotada se restar claro que a identificação criminal do investigado não poderá ser satisfatoriamente realizada por outro meio. A adoção da medida também exige eventual dúvida acerca da identidade do indivíduo investigado.

Sobre a questão, Aury Lopes Junior afirma que “(...) *deverá a autoridade policial demonstrar a impossibilidade de obter a prova da autoria de outro modo, constituindo a coleta de material genético a ultima ratio do sistema.*”⁵⁹. O autor defende, em síntese, que a medida viola direitos individuais e princípios de nosso ordenamento, motivo pelo qual deve ser excepcional. No mais, pode-se afirmar que a excepcionalidade da medida encontra-se justificada pelo aspecto prático, já que, embora mais acurada, nem sempre será imprescindível para a identificação do indivíduo, pois outras técnicas de mais fácil execução poderão afastar sua necessidade.

Ainda é necessário frisar que em nenhum momento a lei condiciona a coleta de material genético à concordância ou autorização prévia do investigado. Dessa forma, basta a existência de autorização judicial para que a medida seja adotada. A questão gera inúmeras discussões acerca da constitucionalidade dessa nova técnica de identificação criminal ante a suposta afronta à integridade física, à dignidade humana e ao corolário *nemo tenetur se detegere*. Essa questão será melhor analisada em capítulo próprio, quando da abordagem do tema sob a ótica de princípios constitucionais, penais e processuais penais.

A Lei nº 12.654/12 também inseriu o artigo 5º-A na Lei nº 12.037/09⁶⁰. Tal dispositivo versa, em síntese, sobre o armazenamento dos dados de perfil genético. No *caput*

⁵⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?**. Boletim IBCCRIM, v. 236, p. 5-6, 2012. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4649-Lei-12.654-2012:-e-o-fim-do-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-\(nemo-tenetur-se-detegere\)?](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4649-Lei-12.654-2012:-e-o-fim-do-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-(nemo-tenetur-se-detegere)?)>. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

⁶⁰ “Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. § 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas,

do artigo o legislador estabelece que os dados deverão ser armazenados em banco de dados gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. A medida busca conferir maior segurança no manuseio e acesso às informações contidas em tais bancos de dados, que estarão submetidos ao controle do Estado. Assim, afasta-se a administração de tais bancos de dados por entidades particulares.

O §1º do mesmo dispositivo determina ainda que as informações armazenadas não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, salvo determinações genéticas de gênero, conforme estabelecido por normas internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. A questão exige a diferenciação entre o DNA codificante e o DNA não codificante. Sobre a molécula de DNA, Sônia Fidalgo explica que:

“Apenas uma pequena porcentagem do ADN (10 a 20%) contém genes, e são os genes que produzem as proteínas que definem as características da pessoa (a sua expressão fenotípica): a cor do cabelo, a cor dos olhos, a altura, o aparecimento de um cancro... Este ADN quem contém genes designa-se ADN codificante. Este é o ADN mais importante do ponto de vista médico, mas é pouco variável de pessoa para pessoa, por isso, não pode ser usado com finalidade de identificação – não tem interesse para a medicina legal.

O ADN que se analisa para efeitos de investigação é o ADN não codificante (aquele que não tem proteínas) que também é designado de ‘ADN inútil’, porque não se lhe reconhece hoje outra função para além de contribuir para regular o funcionamento dos genes. É precisamente esta parte do ADN que apresenta uma grande variabilidade entre as pessoas (daí fala-se em polimorfismo de ADN) e que determina que não haja duas pessoas com o mesmo código genético. Deste modo, é ao ADN não codificante que nos referimos quando falamos de testes genéticos com finalidade de identificação.”⁶¹

No mesmo diapasão, Guilherme Silveira Jacques e Aline Costa Minervino aduzem que o DNA é uma molécula repleta de informações, sendo o perfil genético uma pequena informação do DNA, extraída a partir de suas regiões não codificantes. Assim:

exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. § 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial. § 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.”

⁶¹ FIDALGO, Sônia. **Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v. 16, n. 1, jan./mar.. 2006, p. 117-118.

“(...) é preciso que fique clara a distinção entre o DNA (uma molécula que contém muitas informações) e o perfil genético (uma pequena informação extraída do DNA). O DNA como um todo pode, realmente, revelar muitas informações sensíveis, como a propensão a doenças, entre outras. O perfil genético, entretanto, obtido a partir das regiões não-codificantes do DNA é incapaz de revelar qualquer característica física ou de saúde. A única aplicação do perfil genético é a individualização. Infelizmente, devido ao parco entendimento público sobre a ciência e a tecnologia envolvidos nesta questão, muitas pessoas são levadas a acreditar que o perfil genético tem muito mais informações do que ele realmente tem.”⁶²

Torna-se claro, portanto, que os dados referentes ao perfil genético, armazenados no banco de dados mencionado pela Lei nº 12.654/12, não devem revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas. A medida se justifica ante os riscos envolvendo o armazenamento de dados de natureza diversa, como aqueles que revelam tendências comportamentais e propensão à certas doenças. Nas mãos de pessoas mal intencionadas, tais informações poderiam ser utilizados como forma de discriminação ou segregação, bem como ensejar a formação de estereótipos infundados de delinquência.

Ainda no §1º do art. 5º-A da Lei nº 12.037/09, o legislador fez menção à necessidade de respeito às normas internacionais referentes ao tema. De acordo com Taysa Schiocchet⁶³, existem três instrumentos responsáveis pela sedimentação dos princípios basilares da bioética no que tange à proteção dos dados genéticos. São eles: Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO, 1997); Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (UNESCO, 2003); e Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (UNESCO, 2005).

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO, 1997), da qual o Brasil é signatário, não faz qualquer ressalva ou menção de sua aplicação na esfera criminal, motivo pelo qual entende-se não haver qualquer óbice para sua adoção no âmbito do Direito Penal.

De acordo com o art. 6º da referida Declaração, *“nenhum indivíduo deve ser submetido a discriminação com base em características genéticas, que vise violar ou que*

⁶² JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. **Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos**. Revista Perícia Federal, Brasília. Junho/2007-Agosto/2008, ano IX, nº 26, p. 19. Disponível em: < <http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/26.pdf> >. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

⁶³ SCHIOCCHE, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos para fins de Persecução Criminal**. Série Pensando o Direito, v. 43, 2012, p. 54. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-43-Relatório-final.pdf>>. Acesso em 08 de dezembro de 2013.

tenha como efeito a violação de direitos humanos, de liberdades fundamentais e da dignidade humana”. Verifica-se, portanto, que o novo art. 5º-A, §1º, da Lei nº 12.037/09, ao vedar o armazenamento de dados que revelem traços somáticos ou comportamentais das pessoas, é compatível ao documento internacional em tela.

O art. 7º do mesmo documento, por sua vez, dispõe que *“dados genéticos associados a indivíduo identificável, armazenados ou processados para uso em pesquisa ou para qualquer outro uso, devem ter sua confidencialidade assegurada, nas condições estabelecidas pela legislação”*. Da mesma forma, o art. 5º-A, §2º, da Lei nº 12.037/09, ao prever a necessidade de sigilo das informações constantes nos bancos de dados de perfis genéticos, também se ajusta à mencionada Declaração.

A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (UNESCO, 2003), em seus artigos 1º, ‘c’, e 12, afasta sua incidência em âmbito criminal, determinando a aplicação das leis internas de cada país e das normas de direito internacional sobre direitos humanos nas hipóteses de investigação, detecção e julgamento de casos criminais⁶⁴. Pese tal previsão, alguns dispositivos da Declaração assumem papel importante para o tema em tela.

O art. 7º, ‘a’, desse texto internacional, trata da necessidade de não discriminação e da não estigmatização de indivíduos ou grupos a partir do uso de dados genéticos humanos⁶⁵. Assim, a proibição de armazenamento de dados que revelem traços somáticos ou comportamentais das pessoas, constante do novo art. 5º-A, §1º, da Lei nº 12.037/09, se coaduna à referida Declaração.

Não bastasse, o art. 14 da Declaração prevê, dentre outras medidas, a necessidade de confidencialidade dos dados genéticos armazenados em bancos de dados, vedando sua divulgação para terceiros. O novo art. 5º-A, §2º, da Lei nº 12.037/09, ao dispor sobre o caráter sigiloso das informações constantes dos bancos de dados de perfis genéticos, também se compatibiliza com o documento internacional em tela.

⁶⁴ “Art. 1º: Objectivos e âmbito. (...) C: As disposições da presente Declaração aplicam-se à recolha, ao tratamento, à utilização e à conservação dos dados genéticos humanos, dos dados proteómicos humanos e das amostras biológicas, excepto na investigação, detecção e julgamento de casos de delito penal, e de testes de paternidade, que se regem pelas leis internas em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos.” “Art. 12. Recolha de amostras biológicas para fins de medicina legal ou de processos civis ou penais ou outras acções legais. Quando são recolhidos dados genéticos humanos ou dados proteómicos humanos para fins de medicina legal ou de processos civis ou penais ou outras acções legais, incluindo testes de paternidade, a colheita de amostras biológicas in vivo ou post mortem só deverá ter lugar nas condições previstas pelo direito interno, em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos.”

⁶⁵ “Art. 7º. Não-discriminação e não-estigmatização. A: Deverão ser feitos todos os esforços no sentido de impedir que os dados genéticos e os dados proteómicos humanos sejam utilizados de um modo discriminatório que tenha por finalidade ou por efeito infringir os direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade humana de um indivíduo, ou para fins que conduzam à estigmatização de um indivíduo, de uma família, de um grupo ou de comunidades.”

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (UNESCO, 2005), em seu art. 27, determina que, caso haja necessidade de limitação dos princípios por ela enunciados, tal limitação poderá ser realizada, por exemplo, por leis que versem sobre segurança pública e investigação criminal, desde que respeitado o direito internacional relativo a direitos humanos. Assim, a legislação interna de cada Estado poderá limitar certos princípios relacionados à bioética, desde que não haja violação aos direitos humanos.

Tal Declaração, tal qual as demais, traz preceitos relevantes ao tema em estudo. Seu art. 11 determina que *“nenhum indivíduo ou grupo deve, em circunstancia alguma, ser submetido, em violação da dignidade humana, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, a uma discriminação ou a uma estigmatização”*. Dessa forma, o novo art. 5º-A, §1º, da Lei nº 12.037/09, se ajusta à referida Declaração.

No mais, o art. 9º desse texto internacional prevê a necessidade de respeito à vida privada das pessoas à confidencialidade das informações que lhes dizem respeito, impondo ainda que tais informações não devem ser utilizadas ou difundidas para outros fins que não aqueles para que foram coligidos. O novo art. 5º-A, §2º, da Lei nº 12.037/09, também é compatível à Declaração em tela.

O art. 5º-A, §2º, da Lei nº 12.037/09, ainda prevê a responsabilização civil, criminal e administrativa daquele que permitir ou promover a utilização dos dados de perfil genético armazenados no respectivo banco para fins diversos do previsto pela lei ou por decisão judicial. A responsabilização criminal e a administrativa, contudo, dependerá do caso concreto, pois somente diante das peculiaridade de cada circunstância fática é que se pode determinar em qual figura típica a conduta do agente se enquadra, bem como quais sanções administrativas lhe seriam aplicáveis. Acerca da responsabilização criminal, Guilherme de Souza Nucci afirma ser aplicável o art. 325 do Código Penal, que prevê o crime de violação de sigilo funcional⁶⁶. Já a responsabilidade civil, por exemplo, poderia envolver o ressarcimento por danos morais e materiais, sem prejuízo de outras indenizações cabíveis.

O §3º do art. 5º-A trata da necessidade de consignação das informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos por perito oficial devidamente habilitado, em laudo pericial próprio. A medida visa conferir segurança técnica e científica às análises comparativas realizadas a partir dos dados genéticos armazenados, adequando-se aos dispositivos referentes à produção das provas constantes do Código de Processo Penal. Ademais, a exigência de perito oficial se justifica, já que o banco de dados é Estatal, sendo

⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Volume 2. 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 416.

incoerente que as perícias sejam realizadas por particulares. Insta frisar que, aplicando-se as regras gerais atinentes à matéria, não há óbice para a participação de assistentes técnicos e o oferecimento de quesitos.

De acordo com o art. 7º-A da Lei nº 12.037/09, “*a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito*”. Considera-se a prescrição em abstrato, por exemplo, nos casos de arquivamento do inquérito policial, de extinção da punibilidade antes de eventual sentença condenatória, ou até mesmo de absolvição sumária. Contudo, nos casos em que já há sentença penal condenatória, considera-se a prescrição em concreto.

Existem diversos posicionamentos acerca do prazo de armazenamento dos dados de perfil genético. Aury Lopes Junior, por exemplo, defende que a previsão do art. 7º-A da Lei nº 12.037/09, no sentido de que os dados serão armazenados somente até a prescrição do crime, refletindo a aplicação do princípio da especialidade no uso da prova genética, pois atrela o armazenamento do material genético a um crime em específico. Isso significa que, na medida em que o juiz profere decisão determinando a coleta e armazenamento de material genético com fundamento no art. 3º, IV, da Lei nº 12.037/09, tais dados somente poderão ser utilizados como prova naqueles autos, e não para a apuração de fatos diversos. Explica:

“Sustentamos a existência de uma vinculação causal (Princípio da Especialidade), ou seja, a prova genética somente poderá ser utilizada naquele caso penal e o material poderá ser utilizado até a prescrição (daquele crime). Tanto há essa vinculação causal que o legislador define como limite de disponibilidade do material genético a prescrição do crime. Diversa é a situação do apenado submetido à extração compulsória de material genético, onde se busca a constituição do banco de dados para o futuro, de forma aberta e indeterminada.”⁶⁷

De acordo com esse posicionamento, a previsão do lapso temporal assume dupla importância. Primeiramente, admite-se que é fundamental, do ponto de vista prático e organizacional, que o banco de dados não mantenha as informações por período indefinido. Nesse sentido, os dados armazenados precisam ser removidos quando não tiverem mais utilidade, pois somente assim o banco de dados se manterá atualizado e com um número adequado de informações para fins de manuseio e controle. Em segundo lugar, assume-se que

⁶⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?**. Boletim IBCCRIM, v. 236, p. 5-6, 2012. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4649-Lei-12.654-2012:-e-o-fim-do-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-\(nemo-tenetur-se-detegere\)?](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4649-Lei-12.654-2012:-e-o-fim-do-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-(nemo-tenetur-se-detegere)?)>. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

a eliminação das informações após determinado lapso temporal evita seu uso abusivo, adequando-se aos princípios da privacidade e da dignidade humana.

Também admitindo que os dados de perfil genético devem permanecer armazenados por lapso temporal específico, Thiago Ruiz afirma que *“é relevante a preocupação com a previsão de um tempo determinado de permanência das informações genéticas no banco de dados. Até mesmo porque a ideia de prazo indeterminado cria um efeito perpétuo da pena.”*⁶⁸. No mais, o autor sugere ainda que em casos de reabilitação penal, a lei deveria prever o silêncio no registro criminal genético.

Guilherme de Souza Nucci, contudo, defende a adoção da identificação por perfil genético até mesmo na esfera civil e, consequentemente, ressalta a importância da manutenção das informações no respectivo banco de dados por prazo indeterminado. Afirma o autor que, enquanto não operada a ampliação dessa nova tecnologia, a medida continuará sendo estigmatizada como violadora de direitos individuais. Pontua ainda que a previsão de exclusão dos dados com o advento da prescrição do crime somente é realizada porque a coleta de material genético para fins de identificação é vista como um fardo. Nesse sentido:

“(...) o ideal seria a identificação civil ser aperfeiçoada, contendo não somente a impressão datiloscópica e a fotografia, mas também o material biológico. Enquanto isso não se der, a identificação criminal acaba sofrendo uma estigmatização, como um fardo pendente em relação ao indiciado ou acusado. Por tal motivo, estabelece-se que a prescrição do crime (em abstrato ou em concreto) provocará a exclusão do perfil genético do banco de dados. Segundo nos parece, uma vez realizada, deveria permanecer em definitivo, sempre coberta pelo sigilo.”⁶⁹

Ainda sobre a questão, o autor argumenta que desde sempre as pessoas são identificadas, seja pela coleta de suas fotografias e impressões digitais para a elaboração da carteira de identidade, seja nos mais diversos atos da vida civil. Esses atos, contudo, não são rechaçados pela população, já que se tornaram comuns em nossa sociedade. Assim, sustenta que a identificação criminal por perfil genético se assemelha a esses atos em razão de sua finalidade, e, portanto, deveria ser realizada como praxe, afastando-se, contudo, o caráter de humilhação pública que o senso comum lhe confere. Aduz ainda que, a fim de conferir maior segurança ao sistema de individualização das pessoas, seria interessante a implementação da

⁶⁸ RUIZ, Thiago. **Banco de dados de perfis genéticos e identificação criminal: breve análise da Lei 12.654/2012**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 21, n. 234, fev. 2013, p. 03.

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Volume 2. 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 417.

nova técnica à identificação civil, afirmando que: “(...) esse modelo deveria ser implantado no cenário da identificação civil, como regra, para todos os brasileiros. Nada seria mais seguro e garantido. (...)”⁷⁰.

Nesse diapasão, a implementação da nova técnica como regra na esfera criminal e sua extensão para a esfera cível soam desejáveis do ponto de vista organizacional do Estado, já que confeririam maior segurança na identificação das pessoas, afastando erros judiciais. Contudo, a questão é tormentosa. O acolhimento dessa proposta somente seria possível com a alteração do pensamento da população e da comunidade jurídica, que ainda vislumbram a medida como humilhante e, conseqüentemente, atentatória a direitos e princípios constitucionais. Eventuais afrontas serão afastadas, motivo pelo qual entende-se pela possibilidade de implementação da medida como regra geral de identificação até mesmo no âmbito civil, conforme sugerido pelo autor.

O art. 7º-B da Lei nº 12.037/09 prevê que “a identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo”. Denota-se que a lei faz uma exigência, consistente no respeito ao sigilo do banco de dados. Assim, a regulamentação a ser realizada pelo Poder Executivo poderá abordar a questão de forma ampla, desde que respeitada tal diretriz. O sigilo de tal banco de dados é de extrema importância, já que garante o respeito aos direitos individuais daqueles cujos dados genéticos foram armazenados.

Mais uma vez, é necessário mencionar que, visando regulamentar a matéria, o Poder Executivo editou o Decreto nº 7.950/13, que instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Dentre outras medidas, o Decreto prevê o uso dos dados armazenados para fins criminais e para a identificação de pessoas desaparecidas. Possibilita ainda o intercâmbio de informações entre os bancos de dados estatais, do Distrito Federal e da União, implementando, inclusive, o Comitê Gestor dessa rede integrada, que coordenará a atuação dos órgãos gerenciadores dos bancos de dados, bem como a integração dos dados entre os diversos bancos existentes. Poderão participar das reuniões do Comitê representantes do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Ordem dos Advogados do Brasil, dentre outros, o que evidencia a preocupação com a defesa dos mais diversos interesses relacionados ao tema.

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Volume 2. 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 416.

2.2. Alterações promovidas à Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84):

A Lei nº 12.654/12 inseriu o art. 9º-A na Lei de Execução Penal. Segue a redação do referido dispositivo:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

No presente caso, diferentemente do realizado em relação aos dispositivos constantes da Lei nº 12.037/09, o legislador instituiu expressamente uma hipótese obrigatória de identificação criminal por perfil genético. Em razão da compulsoriedade da medida, discute-se sua constitucionalidade. A questão será melhor abordada quando da análise do tema sob a ótica dos princípios vigentes em nosso ordenamento.

Aqui, a medida se estende aos condenados por determinados crimes. Assim, a coleta obrigatória do material genético somente será realizada em caso de condenação criminal, e desde que tal condenação se refira a crimes específicos, quais sejam, os dolosos praticados com violência de natureza grave contra a pessoa, e os crimes hediondos.

Guilherme de Souza Nucci critica a expressão “*violência de natureza grave*”, afirmando que se trata de termo equivocado e imperfeito. O autor defende, inclusive, uma interpretação mais ampla da lei, a fim de que a identificação criminal mediante coleta de material genético seja realizada em relação aos condenados por qualquer crime que envolva violência contra a pessoa. Explica seu posicionamento da seguinte forma:

“(…) Pode haver lesão de natureza grave, resultante da violência; entretanto, falar em violência grave é ilógico. Todo ato violento contra a pessoa é grave. Seria absurdo pretender distinguir quem cometeu, por exemplo, um roubo com violência leve, de quem o cometeu com violência moderada ou mesmo com violência grave. Nem o julgador faz isso na sentença; não caberia ao agente estatal, encarregado de

colher o material genético, fazê-lo. Portanto, os condenados por roubo devem ser identificados mediante extração de DNA, assim como outros autores de delitos violentos contra a pessoa. (...)”⁷¹

Aury Lopes Junior também critica a técnica legislativa, entretanto, interpreta que os crimes cometidos com violência de natureza grave são aqueles que acarretam lesões corporais graves, gravíssimas, ou a morte da vítima. Nesse sentido, assevera que “(...) *Optou o legislador por (re)estigmatizar os crimes hediondos e o chamado agora ‘crime doloso cometido com violência de natureza grave contra a pessoa’ (lesões graves, gravíssimas ou morte da vítima)*”⁷². Assim, diferentemente de Guilherme de Souza Nucci, afasta a aplicação da medida a todo e qualquer crime de roubo, por exemplo.

Cumprе salientar que durante o processo legislativo de elaboração da Lei nº 12.654/12, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal emitiu parecer no sentido de que o termo “violência de natureza grave” deveria ser inserido na redação do art. 9º-A da Lei de Execução Penal como forma de excluir a compulsoriedade da identificação criminal daqueles que haviam sido condenados por mero crime de lesão corporal leve⁷³. Por esse motivo, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Mohamad Ale Hasan Mahmoud defendem que “(...) *não estaria abarcada pela providência, igualmente, os sujeitos ativos do crime de roubo realizado com lesão corporal leve ou com grave ameaça.*”⁷⁴.

Ainda sobre a questão, é interessante anotar que a medida se estende, por exemplo, ao crime de falsificação de cosméticos, que, embora não seja dotado de elevada gravidade material, está inserido no rol de crimes hediondos. Por outro lado, crimes graves como o tráfico de entorpecentes, a tortura e o terrorismo, legalmente equiparados aos hediondos, não foram previstos no rol dos crimes que ensejariam a identificação criminal compulsória após a condenação.

Pese a ausência de previsão legal específica, o novo artigo 9º-A da Lei nº 7.210/84 possibilita a identificação criminal compulsória decorrente da condenação pelos

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Volume 2. 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 193-194.

⁷² LOPES JUNIOR, Aury. **Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?**. Boletim IBCCRIM, v. 236, p. 5-6, 2012. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4649-Lei-12.654-2012:-e-o-fim-do-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-\(nemo-tenetur-se-detegere\)?](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4649-Lei-12.654-2012:-e-o-fim-do-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-(nemo-tenetur-se-detegere)?)>. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

⁷³ “Cumprе ressaltar que o conceito de crime praticado com violência contra a pessoa abrange a lesão corporal leve, parecendo exagerado submeter o agressor, nesse caso, à identificação genética. Por isso, proponho a alteração da redação do projeto para crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa.”

⁷⁴ MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos**. Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo, v. 20, nº 98, set./out. 2012, p. 353.

crimes de tortura e terrorismo, desde que praticados mediante violência contra a pessoa. Entretanto, o tráfico de entorpecentes não envolve, de forma direta, violência, de modo que a realização compulsória da identificação criminal por perfil genético ainda resta prejudicada nesse caso.

Diante das celeumas apontadas, evidente que a técnica legislativa voltada à previsão de crimes específicos que ensejariam, por si só, a coleta compulsória de material genético quando da condenação criminal, não foi a mais adequada.

Embora não haja previsão legal expressa nesse sentido, entende-se que é necessário o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que a identificação por perfil genético seja realizada. Nesse sentido manifestou-se Aury Lopes Junior: “(...) *Ainda que a lei fale em ‘condenados’, é imprescindível a existência de sentença condenatória transitada em julgado.*”⁷⁵. Tal interpretação se revela prudente, na medida em que se adéqua ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”.

Em respeito à integridade física e ao corolário da dignidade humana, a lei prevê que a coleta do material genético será realizada mediante técnica adequada e indolor. Apenas a título de exemplo, pode-se proceder à coleta de material genético a partir da obtenção de fios de cabelo, saliva, ou qualquer outro fluido ou tecido biológico, desde que não cause dor ao indivíduo.

O artigo também traz, em seu §1º, a necessidade de sigilo do banco de dados, bem como a necessidade de sua regulamentação pelo Poder Executivo. O tema foi regulamentado pelo Decreto nº 7.950/13.

A partir da redação do novo art. 9º-A da Lei de Execução Penal, verifica-se que a coleta e o armazenamento do material genético de indivíduos condenados tem por objetivo a utilização dos dados obtidos como prova em feitos futuros. Tal uso, contudo, fica condicionado à existência de inquérito policial para apuração dos fatos, e somente poderá ser realizado mediante autorização judicial, a ser requerida pela Autoridade Policial, conforme determina o §2º do referido dispositivo.

Por força das questões apontadas, a previsão do art. 9º-A da Lei de Execução Penal deve ser estudada com cautela. O uso das informações genéticas de condenados como prova em feitos futuros é alvo de discussões, merecendo análise mais detalhada.

⁷⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?**. Boletim IBCCRIM, v. 236, p. 5-6, 2012. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4649-Lei-12.654-2012:-e-o-fim-do-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-\(nemo-tenetur-se-detegere\)?](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4649-Lei-12.654-2012:-e-o-fim-do-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-(nemo-tenetur-se-detegere)?)>. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

Carlos Henrique Borlido Haddad, por exemplo, ao analisar a possibilidade de realização compulsória do exame de DNA na esfera criminal, salientou, antes mesmo da edição da Lei nº 12.654/12, que os dados obtidos mediante a coleta de material genético deveriam ser utilizados para fins específicos, ou seja, somente serviriam de prova para o fato em relação ao qual foi autorizada a extração do material genético. Por outro lado, o autor admitiu a eventual criação de bancos de dados específicos para armazenamento dessas informações, que seriam utilizadas exclusivamente para fins criminais. Nesse sentido, explicou que:

“(...) caso se queira constituir um banco de dados similar aos já existentes em relação às impressões digitais, os resultados dos exames de DNA poderiam ser registrados, com aplicação exclusiva para fins penais, como ocorre hoje na investigação dos antecedentes criminais. Em complemento, devem ser previstas medidas específicas mais restritivas em relação à divulgação de dados genéticos.”⁷⁶

Essas ideias se revelam adequadas e devem ser transpostas ao tema em estudo, o que será feito de forma mais aprofundada quando da análise dos princípios vigentes em nosso ordenamento.

Diferentemente do que ocorre com as hipóteses de coleta de material genético previstas pela Lei nº 12.037/09, a alteração promovida à Lei de Execução Penal não indica por qual prazo as informações de perfil genético deverão permanecer no respectivo banco de dados. Aury Lopes Junior defende a aplicação analógica do instituto da reabilitação (art. 93 e seguintes do Código Penal), ou seja, sustenta que a retirada dos registros deve ocorrer após dois anos de extinta a pena ou terminada sua execução⁷⁷. Antônio Alberto Machado, por sua vez, defende a aplicação analógica do art. 7º-A da Lei nº 12.037/09, atrelando a remoção dos dados ao prazo prescricional do delito⁷⁸.

⁷⁶ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais: regulamentação**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.10, nº 39, 2007, p. 245.

⁷⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?**. Boletim IBCCRIM, v. 236, p. 5-6, 2012. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4649-Lei-12.654-2012:-e-o-fim-do-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-\(nemo-tenetur-se-detegere\)?](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4649-Lei-12.654-2012:-e-o-fim-do-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-(nemo-tenetur-se-detegere)?)>. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

⁷⁸ MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação criminal pelo DNA**. Disponível em <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf> Acesso em 18 de Dezembro de 2013.

2.3. Síntese dos objetivos da Lei nº 12.654/12 e a necessidade da análise do tema sob a ótica constitucional:

A partir da exposição das alterações promovidas pela Lei nº 12.654/12 à Lei nº 12.037/09 e à Lei de Execução Penal, denota-se que o legislador pretendeu inserir a identificação criminal por perfil genético em fases distintas da persecução penal, conferindo-lhe duas funções diversas.

A partir das disposições inseridas na Lei nº 12.037/09, verifica-se que a coleta e o armazenamento de material genético em banco de dados é empregada como mera técnica de identificação, a ser realizada nas investigações policiais em curso. Nesse caso, o método também pode constituir elemento de prova no próprio feito em que foi autorizado judicialmente.

A alteração promovida na Lei de Execução Penal, por sua vez, torna obrigatória a coleta e armazenamento de dados de perfil genético de indivíduos já condenados por determinados crimes. Nesse caso, a técnica é voltada para a constituição de um banco de dados específico, que terá finalidade probatória em casos futuros, desde que haja autorização judicial para tanto. Aqui também se vislumbra a mera finalidade de identificação dos indivíduos condenados, mas sob este aspecto a medida soa inócua, já que, uma vez indiciado, processado e condenado, o indivíduo já se encontra devidamente identificado, não havendo necessidade de proceder-se novamente à sua individualização.

Assim, denota-se que em prol do interesse público na elucidação de crimes, a identificação criminal prevista nos moldes da Lei nº 12.654/12 é voltada para dois fins distintos, pois assume papel de técnica de identificação e também de meio de prova, seja no feito específico para o qual foi autorizada, seja em feitos futuros, sendo verdadeira ferramenta para a investigação criminal. Em razão dessa dupla finalidade, a identificação criminal por perfil genético é tema polêmico, ensejando inúmeras dúvidas acerca de sua constitucionalidade. Diversos elementos da Lei nº 12.654/12 estão sendo alvo de críticas, pois muitos aplicadores do Direito entenderam haver afronta a alguns preceitos constitucionais.

Diante das polêmicas existentes, é interessante abordar a identificação criminal por perfil genético e a instituição de bancos de dados dessa natureza em outros ordenamentos jurídicos, pois assim será possível compreender as implicações práticas envolvendo essas medidas, estabelecer uma análise comparativa com as previsões legais constantes de ordenamento, bem como verificar em quais aspectos nossa legislação merece reformas.

3 - Banco de dados de perfil genético e direito comparado:

3.1. Argentina:

Entre 1976 e 1983 a Argentina foi submetida a regime ditatorial, época na qual o desaparecimento de militantes políticos era muito frequente. No período, os filhos de tais indivíduos eram sequestrados encaminhados ilegalmente à adoção. Muitas vezes, eram os próprios sequestradores que adotavam tais crianças, inserindo-as em seu seio familiar. Com o decurso do tempo, diversas ações judiciais foram propostas a fim de esclarecer a paternidade e o paradeiro desses menores⁷⁹.

Diante desse contexto histórico, por meio da *Ley* nº 23.511, de 01 de junho de 1987⁸⁰, foi criado o *Banco Nacional de Datos Genéticos*, voltado ao esclarecimento da filiação de crianças desaparecidas ou nascidas em cativeiro no período militar.

Contudo, muitos dos sequestradores adotantes se recusavam a realizar exame de DNA, prejudicando a identificação dos desaparecidos. A fim de reverter essa situação, foi editada a *Ley* 26.548, de 18 de novembro de 2009⁸¹, que autoriza a coleta compulsória das amostras biológicas para fins de esclarecimento da filiação dos desaparecidos, bem como para a elucidação dos crimes contra a humanidade iniciados no mesmo período⁸². Como forma de ampliar o acesso da população ao banco de dados e às perícias correspondentes, a lei fixa de forma expressa a gratuidade de todos os serviços à ela relacionados⁸³.

A lei possibilita que, nos processos criminais, as partes controlem as perícias realizadas mediante a nomeação de *peritos de parte*, que se assemelham aos assistentes

⁷⁹ BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 66. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/>>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

⁸⁰ ARGENTINA. **Ley nº 23.511/1987, de 01 de junio. Banco Nacional de Datos Genéticos**. Boletín Oficial del Estado de 10 de julio de 1987. Disponível em: <<http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21782/norma.htm>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2014.

⁸¹ ARGENTINA. **Ley 26.548/2009, de 18 de noviembre. Banco Nacional de Datos Genéticos - Ambito funcional. Objeto. Funciones. Archivo Nacional de Datos Genéticos. Reserva de la Información**. Boletín Oficial del Estado de 27 de noviembre de 2009. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160772/norma.htm>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2014.

⁸² “Artículo 2º — Objeto. Constituye el objeto del Banco Nacional de Datos Genéticos garantizar la obtención, almacenamiento y análisis de la información genética que sea necesaria como prueba para el esclarecimiento de delitos de lesa humanidad cuya ejecución se haya iniciado en el ámbito del Estado nacional hasta el 10 de diciembre de 1983, y que permita: a) La búsqueda e identificación de hijos y/o hijas de personas desaparecidas, que hubiesen sido secuestrados junto a sus padres o hubiesen nacido durante el cautiverio de sus madres; b) Auxiliar a la justicia y/o a organizaciones gubernamentales y no gubernamentales especializadas en la materia objeto de esta ley en la identificación genética de los restos de personas víctimas de desaparición forzada.”

⁸³ “Artículo 4º — Gratuidad. Todos los servicios prestados, relacionados con las funciones establecidas en el artículo anterior, serán gratuitos.”

técnicos existentes no Brasil⁸⁴. A medida não é expressamente prevista na legislação brasileira, mas nada impede sua adoção mediante a aplicação das regras processuais gerais.

Sobre o sigilo das informações, a lei prevê que os dados não serão livremente revelados para particulares ou entidades públicas. Contudo, a divulgação poderá ser realizada aos interessados, desde que no bojo de processos determinados, mediante autorização judicial, como forma de possibilitar o controle das análises pelos *peritos de parte*. As pessoas que suspeitarem ter sido sequestradas durante o regime militar, por sua vez, poderão ter acesso exclusivo aos dados a elas concernentes⁸⁵. Assim, no que tange à exigência autorização judicial para acesso aos dados armazenados, o sigilo previsto pela legislação argentina se assemelha ao fixado no sistema brasileiro.

A lei argentina prevê a responsabilidade disciplinar daqueles que realizarem ou autorizarem a alteração dos dados constantes do banco⁸⁶, ou ainda infringirem o sigilo determinado em lei⁸⁷. A responsabilidade do superior hierárquico será solidária e não afasta a responsabilização civil ou penal cabíveis. De forma análoga, a legislação brasileira prevê a responsabilidade administrativa, civil e criminal daquele que permitir ou promover a utilização dos dados para fins diversos do previsto pela lei ou por decisão judicial.

Assim como no Brasil, a lei argentina determina que a definição do perfil genético será feita a partir do DNA não codificante, ou seja, será voltada apenas para a identificação dos indivíduos. Entretanto, divergindo da previsão nacional, a lei argentina fixa que deverão ser observados os novos marcadores genéticos a serem utilizados pela genética forense, bem como as novas técnicas a serem descobertas no futuro. No mesmo sentido,

⁸⁴ “Artículo 8º — Control del peritaje por las partes en causas penales. Las partes, en los procesos penales a los que se refiere el artículo 2º, tendrán derecho a controlar los peritajes realizados en el Banco Nacional de Datos Genéticos a través de la designación de peritos de parte, cuyos dictámenes serán enviados al órgano judicial solicitante junto al informe pericial. Las disposiciones del Capítulo V del Título III del Libro II del Código Procesal Penal de la Nación serán complementarias de la presente ley.”

⁸⁵ “Artículo 9º — Reserva de la información. El Banco Nacional de Datos Genéticos no proporcionará información a particulares sobre los datos registrados, ni tampoco a entidades públicas o privadas cualquiera sea la índole de las razones alegadas. La información genética almacenada sólo podrá ser suministrada por requerimiento judicial, en causa determinada, a los fines exclusivos de respaldar las conclusiones de los dictámenes periciales elaborados por el mismo y posibilitar su control por los peritos de parte. Las personas que presuman ser hijos o hijas de personas desaparecidas como consecuencia del accionar represivo ilegal del Estado y/o personas presuntamente nacidas durante el cautiverio de sus madres; tendrán acceso exclusivo a los informes, dictámenes y resultados de pruebas genéticas que los involucrasen directamente, lo que deberán acreditar ante el organismo.”

⁸⁶ “Artículo 10. — Responsabilidad disciplinaria. Toda alteración en los registros o informes generará responsabilidad disciplinaria por parte del autor y/o de quien lo refrende o autorice. Asimismo, generará la responsabilidad solidaria de su superior jerárquico. Ello, sin perjuicio de las responsabilidades penales y/o civiles que se deriven.”

⁸⁷ “Artículo 11. — Violación al deber de reserva de la información. Todo aquel que violare el deber de reserva de la información al que se refiere el artículo 9º de la presente ley es pasible de responsabilidad disciplinaria. Ello, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria solidaria de su superior jerárquico así como de las responsabilidades penales y/o civiles que se deriven.”

impõe-se que os trabalhos serão fiscalizados por organismos internacionais com reconhecida experiência na matéria, que submeterão o banco argentino à controle de qualidade⁸⁸. Previsões nesse sentido seriam interessantes em nosso ordenamento, ainda mais sob o ponto de vista fiscalizatório.

Na Argentina há um *Consejo Consultivo*⁸⁹ integrado por membros das mais diversas áreas, que, dentre outras funções, auxilia o *Director General Técnico*, fazendo propostas de criação de centros de estudos e capacitação e aprovando os gastos anuais e o balanço geral de cada exercício⁹⁰. No Brasil, quem exerce função semelhante é o Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

Dessa forma, verifica-se que, diversamente do que ocorre nos demais países analisados, o banco de dados existente na Argentina não é voltado para a identificação geral da população, tampouco para a identificação criminal geral de investigados, acusados ou condenados, sendo medida restrita à apuração dos fatos ocorridos durante a ditadura militar.

⁸⁸ “Artículo 13. — Definición de patrón genético. Se entenderá por patrón genético al registro personal elaborado por el análisis de ADN, exclusivamente sobre la base de genotipos que segreguen independientemente, posean alto grado de polimorfismo poblacional, carezcan de asociación directa en la expresión de genes, se encuentren ubicados en regiones no codificantes del ADN y aporten información sólo con fines identificatorios y que resulten aptos para ser sistematizados y codificados en una base de datos informatizada. Los marcadores utilizados deben ser avalados internacionalmente y utilizados en los controles de calidad por las distintas sociedades de genética forense reconocidas oficialmente. Para aquellos casos en que se necesite comparar datos con los estudiados en otros servicios, el Banco Nacional de Datos Genéticos deberá definir las condiciones en que se realicen estos estudios y exigir que los laboratorios que participen se sometan a estas normativas. El Banco Nacional de Datos Genéticos deberá actualizar la información del Archivo Nacional de Datos Genéticos de acuerdo a los nuevos marcadores genéticos que se utilicen en un futuro en genética forense y adecuarse a las futuras tecnologías que se utilicen para estos fines. Asimismo, el Banco Nacional de Datos Genéticos deberá someterse a controles de calidad de organismos internacionales con reconocida experiencia en la materia, con la periodicidad y características que se establezcan en el decreto reglamentario.”

⁸⁹ “Artículo 23. — Del consejo consultivo. Estará integrado por los siguientes miembros, quienes desempeñarán sus funciones "ad honorem": a) Un (1) representante del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva; b) Un (1) representante del Ministerio de Salud; c) Un (1) representante del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos; d) Un (1) representante de la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (CONADI), creada por Ley 25.457; e) Un (1) representante del Ministerio de Desarrollo Social. Asimismo, se invitará a integrar el consejo consultivo a un (1) representante de la Academia Nacional de Medicina, un (1) representante del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), un (1) representante de una universidad nacional y un (1) representante de la Auditoría General de la Nación.”

⁹⁰ “Artículo 24. — Funciones del consejo consultivo. El consejo consultivo tendrá a su cargo: a) Asesorar al director general técnico en relación con los planes y programas de actividades del Banco Nacional de Datos Genéticos; b) Proponer la creación de centros de estudios y capacitación; otorgar becas y promover la realización de estudios e investigaciones relacionadas con los fines del organismo; c) Dictaminar en relación con el dictado de un reglamento interno y de las normas relativas a la gestión administrativa y específica del Banco Nacional de Datos Genéticos; d) Aprobar el presupuesto anual de gastos, cálculo de recursos y cuentas de inversión y elevarlo a las autoridades competentes; e) Aprobar la memoria y balance general al finalizar cada ejercicio; f) Autorizar, de acuerdo con la normativa vigente en la materia, la contratación de servicios para la realización de tareas especiales que no puedan ser realizadas por el personal del organismo; g) Toda otra actividad emergente de las precedentemente señaladas.”

3.2. Estados Unidos:

Em 1988, diversos estados norte-americanos passaram a editar leis que tornavam obrigatória a coleta de material genético de condenados, em especial daqueles que haviam praticado crimes sexuais⁹¹.

Visando explicar o emprego da técnica, em 1989 foi criado o Comitê do Conselho Nacional de Pesquisa sobre Tecnologia do DNA na Ciência Forense (*National Research Council Committee on DNA Technology in Forensic Science*), o que motivou a criação de um banco de dados específico para fins criminais⁹².

No mesmo ano, foi desenvolvido o Projeto Inocência (*The Innocence Project*), voltado ao emprego da análise de DNA aos casos já julgados como forma de afastar erros judiciais. O projeto possibilitou a reabertura de diversos casos, colocando em liberdade inúmeros indivíduos que haviam sido condenados erroneamente⁹³.

Assim, denota-se que a busca pela redução de erros judiciais foi um dos elementos norteadores para o emprego das análises de DNA na esfera criminal norte-americana. Esse mesmo objetivo influenciou o legislador brasileiro na criação do banco de dados de perfil genético pátrio.

Em 1990 o *software* CODIS (*Combined DNA Index System*), criado pelo FBI, passou a ser utilizado para fins de identificação na seara judicial, mediante a colaboração de quatorze laboratórios especializados em questões forenses. Em 1991, quinze estados norte-americanos já possuíam suas respectivas leis para o emprego da análise do DNA na seara criminal, contudo, o primeiro banco de dados com esta finalidade somente foi instituído em 1993, no Estado da Virgínia. Da data de criação desse banco até o ano de 2007 registra-se que aproximadamente 736 casos relativos a estupro seguidos de morte e outros crimes sexuais foram esclarecidos mediante o emprego da técnica⁹⁴.

⁹¹ BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 180. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/>>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

⁹² SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos para fins de Persecução Criminal**. Série Pensando o Direito, v. 43, 2012, p. 30. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-43-Relatório-final.pdf>>. Acesso em 08 de dezembro de 2013.

⁹³ BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 65. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/>>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

⁹⁴ SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos para fins de Persecução Criminal**. Série Pensando o Direito, v. 43, 2012, p. 30, 50 e 240. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-43-Relatório-final.pdf>>. Acesso em 08 de dezembro de 2013.

Em 1994, o *DNA Identification Act* permitiu que o FBI operasse oficialmente o *software* CODIS (*Combined DNA Index System*), bem como mantivesse um sistema a nível nacional para armazenamento de dados genéticos, denominado NDIS (*National DNA Index System*)⁹⁵. O *DNA Identification Act* de 1994 também possibilitou a coleta e o armazenamento de dados obtidos a partir de amostras de DNA diversas. Assim, além de permitir a coleta de material genético de pessoas condenadas criminalmente, sendo o rol de crimes autorizador da medida variável de acordo com cada estado norte-americano, também possibilitou o armazenamento dos dados referentes a amostras encontradas em cenas de crime, corpos ou restos mortais não identificados, bem como de amostras fornecidas voluntariamente por parentes de pessoas desaparecidas⁹⁶.

Cumprе salientar que, nos Estados Unidos, o *software* CODIS (*Combined DNA Index System*) possui dois arquivos voltados às investigações criminais. Um deles contém os dados relativos a condenados por determinados crimes, de acordo com a legislação de cada estado norte-americano. O outro contém os dados obtidos a partir de vestígios, como sêmen, saliva, ou sangue encontrados em cenas de crimes. Caso haja a coincidência de informações, levando-se à descoberta da autoria de algum delito, é realizada a coleta de nova amostra de DNA e novo exame, de modo que somente se confirmada a coincidência é que serão adotadas as medidas cabíveis contra o indivíduo suspeito⁹⁷. A previsão se justifica por razões de segurança jurídica, sendo interessante a inserção de regra semelhante para a coleta e análise de dados de perfis genéticos no Brasil.

Pese o advento do *DNA Identification Act* em 1994, foi somente em outubro de 1998 que o *software* CODIS (*Combined DNA Index System*) foi operacionalizado nos Estados Unidos em nível nacional. Ademais, os bancos de dados para fins criminais eram inicialmente voltados apenas para a coleta e análise do material genético de condenados por crimes sexuais, sendo que em 2004, o *Justice for All Act* ampliou o uso de tais bancos, permitindo a coleta de informações genéticas relativas a acusados por qualquer crime, sendo a inserção dos dados no sistema condicionada à formalização da acusação. Cumprе salientar que em 2004,

⁹⁵ FBI - FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. **Legislation Affecting the Federal DNA Database Unit**. Disponível em <<http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/federal-dna-database/legislation-affecting-the-federal-dna-database-unit>>. Acesso em 23 de fevereiro de 2014.

⁹⁶ SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos para fins de Persecução Criminal**. Série Pensando o Direito, v. 43, 2012, p. 110-111. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-43-Relatório-final.pdf>>. Acesso em 08 de dezembro de 2013.

⁹⁷ BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 157. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/>>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

além do FBI, as Forças Armadas e todos os estados norte-americanos já utilizavam esse sistema. Atualmente, a legislação norte-americana permite que a coleta de DNA seja feita de forma ampla, tal qual é realizada a coleta de impressões digitais⁹⁸.

Dessa forma, verifica-se que nos Estados Unidos a criação dos bancos de dados se deu inicialmente em âmbito estadual, sendo aplicado em âmbito nacional somente posteriormente, mediante a integração dos diversos bancos estaduais existentes.

Conforme já mencionado, em 2009 o Brasil assinou Termo de Compromisso para utilização do *software* CODIS (*Combined DNA Index System*). A medida possibilitou que, a partir de 2010, tal programa fosse instalado em quinze laboratórios estaduais e em um laboratório federal. Assim, tal qual ocorre nos Estados Unidos, o Brasil possui uma rede integrada de bancos de dados de perfil genético. Contudo, o Brasil possui uma legislação que regulamenta o funcionamento desses bancos de dados, enquanto nos Estados Unidos cada estado federado pode criar regras específicas para seu banco, definindo, por exemplo, quais crimes ensejam a inserção dos dados genéticos dos condenados no banco de dados.

No mais, enquanto os Estados Unidos amplia o uso de seus bancos de dados de perfis genéticos para as mais diversas formas de criminalidade, equiparando seu uso até mesmo à coleta de impressões digitais, a atual legislação brasileira somente prevê o uso da nova técnica em relação a condenados por alguns crimes, ou para os casos nos quais a medida se revela estritamente necessária no bojo das investigações criminais.

Insta frisar que o sucesso da identificação por perfil genético nos Estados Unidos pode ser atribuído ao tempo de sua existência. A instituição de bancos de dados abrangentes e de grande porte somente se concretiza satisfatoriamente após anos de experiência, sendo seus resultados vislumbrados a médio e longo prazo.

Assim, o exemplo norte-americano, no sentido de ampliação da identificação por meio de dados de perfil genético, se revela interessante, sendo possível a implementação de medida semelhante no Brasil, desde que a técnica seja inserida de forma gradativa e respeitadas as peculiaridades de nossa legislação.

⁹⁸ SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos para fins de Persecução Criminal**. Série Pensando o Direito, v. 43, 2012, p. 240 e 250. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-43-Relatório-final.pdf>>. Acesso em 08 de dezembro de 2013

3.3. Europa:

Em âmbito europeu discute-se o emprego de análises de DNA para fins criminais desde a década de 1990. Nesse diapasão, em 10 de fevereiro de 1992 foi editada a Recomendação nº 1 do Conselho da Europa, que fixou orientações gerais acerca da coleta e armazenamento das amostras de DNA, desde que observadas as leis internas de cada Estado membro da União Europeia. Sobre o documento, Sônia Fidalgo explica que:

“Nesta recomendação estabelece-se que a colheita de amostras (bem como a sua obtenção sem consentimento) apenas pode ser realizada nas circunstâncias previstas na lei interna. A Recomendação denota uma preocupação em relação à possibilidade de obtenção de informação genética e afirma claramente que as amostras obtidas para fins médicos não podem ser usadas para fins criminais. Estabelece que a análise de ADN pode ser feita independentemente da gravidade do crime (regra estabelecida a pensar na defesa). Estabelece ainda a exigência de adequação da análise no caso concreto e apela à standardização dos métodos usados, estabelecendo também regras quanto à conservação das amostras e dos dados.”⁹⁹

Após essa recomendação, alguns países europeus optaram por regulamentar a matéria em âmbito interno. Como exemplo, é possível citar a Inglaterra, a Alemanha e a França, que atualmente contam com bancos de dados de perfis genéticos próprios.

Assim, denota-se que os países europeus se preocupam com a criação de tais bancos de dados desde a década de 1990, e essa preocupação não se restringe ao aspecto interno, vez que a fixação de orientações gerais acerca da matéria evidencia a intenção de intercâmbio de informações entre os Estados membros como ferramenta para cooperação internacional no combate à criminalidade.

No Brasil, a legislação prevê apenas o intercâmbio entre os bancos de dados existentes no próprio país, não havendo previsão expressa acerca da possibilidade de troca de informações em âmbito internacional. Entretanto, nada impede que a evolução do banco de dados nacional possibilite, no futuro, o intercâmbio de suas informações a nível internacional, mormente por meio da adesão a futuros tratados internacionais nesse sentido.

Em 1997 foi editada a Recomendação nº 5 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, que autorizou a efetiva criação de bancos de dados de perfis genéticos

⁹⁹ FIDALGO, Sônia. **Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal.** Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v. 16, n. 1, jan./mar.. 2006, p. 143.

em cada país membro da União Europeia, desde que observadas as regras gerais acerca da proteção de dados pessoais. Assim, a Recomendação determinou que o intercâmbio entre os bancos de dados deveria ser restrita às informações constantes do DNA não codificante¹⁰⁰. Essa preocupação está presente na maioria dos bancos de dados existentes no mundo, sendo reproduzida na legislação brasileira.

Em 27 de maio de 2005, Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, França, Holanda e Luxemburgo firmaram o Tratado de Prüm. O documento objetiva que cada Estado membro crie seu banco de dados de perfis genéticos com a finalidade específica de combaterem conjuntamente a criminalidade. O tratado permite ainda o intercâmbio automático de informações entre esses bancos de dados. Sobre tal documento internacional, Carlos María Romeo Casabona aduz que:

“ (...) Su objetivo es profundizar en la cooperación transfronteriza entre los Estados parte, en particular en materias de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal. En lo que a nosotros concierne, incluye medidas para el intercambio automático de perfiles de ADN (...)”¹⁰¹

De acordo com a Decisão-Quadro 615/JAI de 27 de março de 2008, a transferência das informações constantes dos bancos de dados de cada um dos Estados membros do Tratado de Prüm deve ser feita somente em relação ao DNA não codificante, sem a possibilidade de identificação direta da pessoa a quem pertencem, devendo sempre ser respeitadas as regras relativas à proteção de dados pessoais fixadas por cada Estado¹⁰². Mais uma vez os documentos internacionais evidenciaram a preocupação com o sigilo das informações, evitando-se assim discriminações indesejadas.

Expostos o principais pontos envolvendo a criação de bancos de dados de perfis genéticos na Europa, é interessante analisar como alguns países integrantes da União Europeia instituíram bancos dessa natureza em âmbito interno.

¹⁰⁰ SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos para fins de Persecução Criminal**. Série Pensando o Direito, v. 43, 2012, p. 109. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-43-Relatório-final.pdf>>. Acesso em 08 de dezembro de 2013

¹⁰¹ ROMEO CASABONA, Carlos María. **Bases de datos de identificadores a partir Del ADN com fines de investigación criminal**. Revista do Ministério Público de La Defensa, Buenos Aires, v. 5, n. 6, abr. 2011, p. 16.

¹⁰² MONIZ, Helena. **A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a cooperação transfronteiras em matéria de transferência de perfis de ADN**. Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa, v. 30, n. 120, out./dez. 2009, p. 154.

3.4. Reino Unido:

O banco de dados de perfis genéticos existente no Reino Unido é considerado o maior do mundo. Registra-se que em março de 2013 ele mantinha mais de seis milhões e setecentos mil perfis genéticos referentes a indivíduos, e mais de quatrocentos mil perfis obtidos a partir de materiais genéticos localizados em cenas de crimes¹⁰³.

A Base Nacional de Dados de DNA do Reino Unido (*United Kingdom National DNA Database – NDNAD*) foi criada em 1995, a partir da Circular nº 16/1995 do Ministério do Interior (*Home Office Circular nº 16/1995*). Inicialmente, a legislação permitia a coleta e o armazenamento de dados genéticos obtidos em cenas de crimes (arquivo *Forensic Index*), bem como de autores de crimes sexuais e outros delitos violentos (arquivo *Offender Index*).

A circular também trouxe previsões específicas acerca da coleta e armazenamento do material genético, determinando que as amostras deveriam ser lacradas e identificadas na frente do indivíduo, e recusadas pelo laboratório de análise caso estivessem em condições insatisfatórias¹⁰⁴. A previsão assume relevância, pois tem como objetivo conferir segurança à coleta e análise do material genético, sendo interessante a inserção de normas semelhantes em nosso ordenamento.

Quando da instituição do banco de dados, sua alimentação ficava a cargo de laboratórios públicos e privados, bem como do *Forensic Science Service*, que também cuidava de sua administração¹⁰⁵. Contudo, desde 01 de outubro de 2012 o banco de dados vem sendo mantido pelo departamento denominado *Home Office*. A fiscalização e supervisão do banco de dados, por sua vez, está atualmente a cargo do *National DNA Database Strategy Board*¹⁰⁶.

Em 1997, o *Criminal Evidence Act* fixou a possibilidade de coleta de amostras não invasivas, como saliva e cabelo, sem o consentimento dos indivíduos condenados por

¹⁰³ UNITED KINGDOM GOVERNMENT. **NDNAD annual report 2012 to 2013**. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/252885/NDNAD_Annual_Report_2012-13.pdf>. Acesso em 28 de fevereiro de 2014.

¹⁰⁴ SCHIOCCHE, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos para fins de Persecução Criminal**. Série Pensando o Direito, v. 43, 2012, p. 31, 92 e 122. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-43-Relatório-final.pdf>>. Acesso em 08 de dezembro de 2013.

¹⁰⁵ BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 83. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/>>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

¹⁰⁶ UNITED KINGDOM GOVERNMENT. **Helping the police fight crime more effectively – National DNA Database**. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/policies/helping-the-police-fight-crime-more-effectively/supporting-pages/national-dna-database>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2014.

crimes sexuais e outros crimes praticados mediante violência. Posteriormente, com a edição do *Criminal Justice and Police Act* em 2001, a legislação passou a permitir a coleta e o armazenamento dos dados genéticos relativos a qualquer pessoa detida¹⁰⁷. Sobre o tema, Maria de Fátima Pinheiro explica que:

“No Reino Unido existe legislação bastante permissiva quanto à constituição de bases de dados genéticos e à recolha de vestígios a indivíduos implicados em crimes, mesmo não violentos. Este procedimento surgiu na sequência da análise de amplas estatísticas demonstrativas de que a grande maioria dos indivíduos que cometeram crimes graves tinham praticado, anteriormente, ofensas menores. Por isso, um dos objectivos da criação de bases de dados assentou no seu poder dissuasivo, uma vez que um potencial violador reincidente sabendo que seu perfil genético ficava registrado, aquando da primeira violação, desistiria da prática de mais crimes.

Em relação à colheita de amostras a indivíduos suspeitos, a legislação inglesa apenas considera ‘amostras íntimas’ as amostras cuja colheita é susceptível de violar a integridade física de um indivíduo, como o sangue; os exsudatos bucais (zaragatoas) e as raízes de cabelos são consideradas ‘não íntimas’ e, por isso, podem ser colhidas sem permissão e, se for necessário, utilizando a força.”¹⁰⁸

Assim, diversamente do que ocorre no Brasil, o banco de dados de perfis genéticos do Reino Unido é extremamente amplo, abarcando informações relativas a suspeitos e acusados pelos mais diversos delitos, bem como de materiais encontrados em cenas de crime.

O *Criminal Justice Act* de 2003 permitiu que as informações genéticas fossem armazenadas pela polícia por prazo indefinido, mesmo nos casos em que a pessoa fosse absolvida ou cumprisse sua pena¹⁰⁹.

Após essa previsão, em 2008 o Reino Unido foi condenado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos¹¹⁰ por violação ao disposto no art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A Convenção prevê o direito à vida privada e estabelece que as

¹⁰⁷ SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos para fins de Persecução Criminal**. Série Pensando o Direito, v. 43, 2012, p. 31 e 122. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-43-Relatório-final.pdf>>. Acesso em 08 de dezembro de 2013.

¹⁰⁸ PINHEIRO, M. Fátima. **Contribuição do estudo do DNA na resolução de casos criminais**. Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa, v. 19, n. 74, abr./jun. 1998, p. 148-149.

¹⁰⁹ SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos para fins de Persecução Criminal**. Série Pensando o Direito, v. 43, 2012, p. 123. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-43-Relatório-final.pdf>>. Acesso em 08 de dezembro de 2013.

¹¹⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of S. and Marper v. the United Kingdom**. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90051>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2014.

autoridades públicas não podem praticar ingerências em relação a este direito, salvo se houver previsão legal expressa nesse sentido e se a medida, dentro de uma sociedade democrática, seja necessária, dentre outras finalidades, para a segurança nacional e pública, bem como à prevenção de infrações penais. Entendeu-se que o armazenamento por prazo indefinido dos dados genéticos era desproporcional e desnecessária à luz de uma sociedade democrática. Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Mohamad Ale Hasan Mahmoud sintetizam a questão:

“(...) o Tribunal Europeu de Direitos Humanos condenou o Reino Unido pela maneira desproporcional como se empreendeu a colheita e manutenção de impressões digitais e material genético de suspeitos. A Corte considerou que a amplitude dos poderes de retenção das impressões digitais, amostras celulares e perfis de DNA de pessoas suspeitas, mas não condenadas por crimes, na espécie, indicou desequilíbrio entre os interesses público e privado, e que o Estado demandado ultrapassou qualquer limite aceitável de apreciação a este respeito. Assim, a retenção em questão constituiu uma interferência desproporcional ao direito dos recorrentes quanto à necessidade de respeito a certas garantias específicas, como também no tocante ao amplo acesso aos dados pessoais em causa e à proteção insuficiente contra o mau uso ou abuso de tais dados. Por fim, reconheceu-se a violação ao art. 8º da Convenção, no tal caso.”¹¹¹

Após a condenação, o Reino Unido editou o *Crime and Security Act*, de 08 de abril de 2010, fixando que, quando o indivíduo não fosse condenado, seus dados permaneceriam no banco apenas pelo prazo de seis anos¹¹².

Dessa forma, verifica-se que o prazo de armazenamento dos dados de perfil genético assume grande importância, sendo extremamente necessário que o Brasil faça previsões expressas e proporcionais sobre a questão a fim de evitar discussões acerca de eventuais afrontas a direitos humanos.

¹¹¹ MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, MARIA Thereza Rocha De Assis. **A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 20, nº 98, set./out. 2012, p. 351.

¹¹² REINO UNIDO. **Crime and Security Act 2010**. Disponível em: <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/pdf/ukpga_20100017_en.pdf>. Acesso em 28 de fevereiro de 2014.

3.5. Alemanha:

O Banco de Dados Genéticos da Alemanha é considerado o terceiro maior do mundo, logo após o banco britânico e o norte-americano. Foi criado em abril de 1998, a partir de alterações promovidas no Código de Processo Penal Alemão (*Strafprozessordnung*¹¹³), que regula de forma específica as análises de DNA em âmbito criminal. Na ocasião, surgiram polêmicas, pois afirmava-se que a coleta, armazenamento e análise das informações genéticas instituiriam uma justiça penal preventiva inadequada¹¹⁴.

De acordo com a Seção 81-a¹¹⁵ desse diploma legal, é possível coletar amostras de material genético de acusados, sem seu consentimento, desde que a medida se revele necessária para as investigações, e desde que não represente danos à sua saúde. Em regra, exige-se que a medida seja ordenada pelo juiz, mas admite-se que o promotor de justiça a requisite em casos de urgência. As amostras coletadas somente poderão ser utilizadas no caso criminal em relação ao qual foram coletadas, ou em outros procedimentos criminais em andamento. A destruição dessas amostras ocorrerá tão logo não sejam mais necessárias.

Conforme previsto pela Seção 81-e¹¹⁶ do Código de Processo Penal Alemão, o material genético acima mencionado poderá ser submetido a exames genéticos como forma de se descobrir relações de parentesco ou de determinar a quem se referem eventuais traços

¹¹³ ALEMANHA. *Strafprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7 april 1987*. Tradução para o inglês disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/>. Acesso em 28 de fevereiro de 2014.

¹¹⁴ SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos para fins de Persecução Criminal**. Série Pensando o Direito, v. 43, 2012, p. 31 e 112. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoDireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-43-Relatório-final.pdf>>. Acesso em 08 de dezembro de 2013.

¹¹⁵ “Section 81a [Physical Examination; Blood Test]. (1) A physical examination of the accused may be ordered for the purposes of establishing facts which are of importance for the proceedings. For this purpose, the taking of blood samples and other bodily intrusions which are effected by a physician in accordance with the rules of medical science for the purpose of examination shall be admissible without the consent of the accused, provided no detriment to his health is to be expected. (2) The authority to give such order shall be vested in the judge and, if a delay would endanger the success of the examination, also in the public prosecution office including the officials assisting it (section 152 of the Courts Constitution Act). (3) Blood samples or other body cells taken from the accused may be used only for the purposes of the criminal proceedings for which they were taken or in other criminal proceedings pending; they shall be destroyed without delay as soon as they are no longer required for such purposes.”

¹¹⁶ “Section 81e [Molecular and Genetic Examinations] (1) Material obtained by measures pursuant to Section 81a subsection (1) may also be subjected to molecular and genetic examinations, insofar as such measures are necessary to establish descent or to ascertain whether traces found originate from the accused or the aggrieved person; in so doing the gender of the person may also be determined by examination. Examinations pursuant to the first sentence shall also be admissible to obtain similar findings on material obtained by measures pursuant to Section 81c. Findings on facts other than those referred to in the first sentence shall not be made; examinations designed to establish such facts shall be inadmissible. (2) Examinations admissible pursuant to subsection (1) may also be carried out on trace materials which have been found, secured or seized. Subsection (1), third sentence, and Section 81a subsection (3), first part of the sentence, shall apply mutatis mutandis.”

genéticos encontrados. A Seção 81-f¹¹⁷ estabelece que esses exames somente podem ser realizados mediante consentimento do indivíduo e, caso não haja tal consentimento, por decisão judicial ou, em circunstâncias específicas, por determinação do promotor de justiça.

Assim, diferentemente do que ocorre no Brasil, a legislação alemã confere poderes para que promotores públicos imponham a coleta do material genético. Ademais, admite-se a realização de análises genéticas a partir do material coletado, como forma de obter informações para a instituição de uma política criminal preventiva e aparentemente segregacionista. As medidas, em razão das peculiaridades do ordenamento jurídico brasileiro, são inaplicáveis ao direito pátrio.

A Seção 81-g¹¹⁸ trata da realização de exames genéticos relacionados aos acusados por crimes sexuais ou crimes de alta periculosidade. Os exames tem a finalidade de identificar tais indivíduos em futuros processos criminais, bem como de coletar informações que permitam a análise da probabilidade de tal indivíduo vir a cometer novos crimes no futuro. O material genético, nesse caso, deve ser imediatamente destruído assim que obtidas

¹¹⁷ “Section 81f [Ordering and Carrying Out Molecular and Genetic Examinations] (1) Without the written consent of the person concerned, examinations pursuant to Section 81e subsection (1) may be ordered only by the court and, in exigent circumstances, by the public prosecution office including the officials assisting it (section 152 of the Courts Constitution Act). A person who consents is to be instructed as to the purpose for which the data to be obtained will be used. (2) In the written order only experts who are publicly appointed, who are obliged under the Obligations Act or who hold public office and who are not members of the authority conducting the investigation, or belong to an organizational unit of such authority which, both in terms of its organization and its area of work, is separate from the official agency conducting the investigation, shall be appointed to carry out the examinations pursuant to Section 81e. The experts shall take technical and organizational steps to ensure that no inadmissible molecular and genetic examinations can be carried out and that no unauthorized third parties have access to information concerning the examinations. The material to be examined shall be given to the expert with no indication of the name, address or date or month of birth of the individual concerned. Where the expert is not a public agency, section 38 of the Federal Data Protection Act shall apply subject to the proviso that the supervisory authority shall also monitor compliance with data protection rules even if it has no sufficient indication that such rules are being violated and the expert is not processing personal data in data files.”

¹¹⁸ “Section 81g [DNA Analysis] (1) If the accused person is suspected of a criminal offence of substantial significance or of a crime against sexual self-determination then, for the purposes of establishing identity in future criminal proceedings, cell tissue may be collected from him and subjected to molecular and genetic examination for the purposes of establishing the DNA profile or the gender if the nature of the offence or the way it was committed, the personality of the accused or other information provide grounds for assuming that criminal proceedings will be conducted against him in future in respect of a criminal offence of substantial significance. If the person concerned habitually commits other criminal offences, this may be deemed to be equivalent to a criminal offence of substantial significance by reference to the level of the injustice done. (2) The cell tissue collected may be used only for the molecular and genetic examination referred to in subsection (1); it shall be destroyed without delay once it is no longer required for that purpose. Information other than that required in order to establish the DNA profile or the gender may not be ascertained during the examination; tests to establish such information shall be inadmissible. (3) Without the written consent of the person concerned, the collection of cell tissue may be ordered only by the court and, in exigent circumstances, by the public prosecution office including the officials assisting it (section 152 of the Courts Constitution Act). Without the written consent of the person concerned, the molecular and genetic examination of cell tissue may be ordered only by the court. Persons who have consented are to be instructed as to the purpose for which the data to be obtained will be used. Section 81f subsection (2) shall apply mutatis mutandis. In its written reasons the court shall specify in relation to the particular case concerned (...).”

as informações necessárias. A coleta das amostras sem a autorização escrita do indivíduo somente pode ser realizada mediante decisão judicial ou, em casos específicos, por determinação do promotor de justiça. A análise do material também depende do consentimento por escrito do indivíduo, mas inexistindo tal autorização, pode ser realizada mediante decisão judicial.

A Seção 81-c¹¹⁹ permite a coleta de material genético de testemunhas, desde que a medida seja indispensável para a busca da verdade. Nesses casos a lei prevê que o indivíduo pode se recusar a fornecer as amostras, entretanto, nada impede que decisão judicial imponha sua realização.

A legislação alemã também prevê a coleta e o armazenamento de informações genéticas obtidas a partir de vestígios localizados em cenas de crime¹²⁰.

A Lei Federal de Proteção de Dados (*Bundesdatenschutzgesetz*¹²¹), de 20 de dezembro de 1990, também se aplica ao tema. Tal lei passou por inúmeras alterações, sendo interessante mencionar a vinculação da coleta do material genético ao consentimento do indivíduo. Cumpre salientar, contudo, que o direito de autodeterminação sobre o material biológico pode ser limitado por interesses de investigação médica¹²².

¹¹⁹ “Section 81c [Examination of Other Persons] (1) Persons other than the accused, who might be considered called as witnesses, may be examined without their consent only insofar as establishing the truth involves ascertaining whether their body shows a particular trace or consequence of a criminal offence. (2) Examinations to ascertain descent and the taking of blood samples from persons other than the accused shall be admissible without such persons’ consent provided no detriment to their health is to be expected and the measure is indispensable for establishing the truth. The examinations and the taking of blood samples may only ever be carried out by a physician. (3) Examinations or the taking of blood samples may be refused for the same reasons as testimony may be refused. Where minors lack intellectual maturity or where minors or persons placed in care due to mental illness or mental or emotional deficiency have no sufficient understanding of the importance of their right of refusal, their statutory representative shall decide; Section 52 subsection (2), second sentence, and subsection (3) shall apply mutatis mutandis. If the statutory representative is precluded from taking a decision (Section 52 subsection (2), second sentence) or is prevented from taking a decision in time for other reasons, and the immediate examination or taking of blood samples appears necessary to secure evidence, such measures shall be admissible only upon special order by the court and, where the court cannot be reached in time, by the public prosecution office. The decision ordering the measures shall not be contestable. The evidence furnished pursuant to the third sentence may be used in further proceedings only with the consent of the statutory representative authorized to give such consent. (...)”

¹²⁰ SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos para fins de Persecução Criminal**. Série Pensando o Direito, v. 43, 2012, p. 139. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-43-Relatório-final.pdf>>. Acesso em 08 de dezembro de 2013.

¹²¹ ALEMANHA. **Bundesdatenschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 14 Januar 2003**. Tradução para o inglês disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bdsf/federal_data_protection_act.pdf>. Acesso em 28 de fevereiro de 2014.

¹²² BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 169. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/>>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

3.6. França:

A França, por meio da Lei nº 468, de 17 de junho de 1998¹²³, conhecida como *Loi Guigou*, criou o FNAEG (*Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques*), que nada mais é do que um arquivo automatizado de digitais genéticas. O objetivo inicial da legislação francesa era realizar a coleta e a análise de materiais genéticos de condenados como forma de prevenir e reprimir a prática de infrações sexuais, em especial aquelas cometidas contra vítimas menores.

Contudo, com o decurso do tempo outras leis ampliaram a incidência da medida, que passou a ser aplicável, por exemplo, aos sujeitos ativos de crimes contra a humanidade, terrorismo, roubo, lavagem de dinheiro e tráfico de drogas. As alterações legislativas ainda possibilitaram a extensão da técnica em relação aos meros suspeitos, bem como à análise de vestígios encontrados em locais de crime. No mais, inovando na questão, a lei francesa criminalizou a conduta daqueles que se negam a fornecer seu material genético¹²⁴. No Brasil não há a criminalização específica dessa recusa, entretanto, prevalece o entendimento de que a negativa configura crime de desobediência.

Tratando-se de material coletado de condenados, a lei determina que a exclusão dos dados se dará somente após quarenta anos contados da sentença, ou quando o indivíduo completar oitenta anos de idade. Os dados de suspeitos, por outro lado, serão removidos a pedido do interessado, ou quando a medida não for mais considerada necessária. Os materiais coletados em locais de crime serão removidos apenas após passados quarenta anos sem sua identificação¹²⁵. Assim, diferentemente do que ocorre no Brasil, a legislação francesa optou pela manutenção dos dados no banco por períodos temporais específicos e extensos.

¹²³FRANÇA. **Loi n° 98-468 du 17 juin 1988. Relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.** JORF n° 0139 du 18 juin 1998 page 9255. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000556901>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2014.

¹²⁴SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos para fins de Persecução Criminal.** Série Pensando o Direito, v. 43, 2012, p. 30, 219 e 250. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-43-Relatório-final.pdf>>. Acesso em 08 de dezembro de 2013.

¹²⁵BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil.** 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 166. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/>>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

3.7. Espanha:

Na Espanha o uso dos dados de perfil genético para fins criminais foi regulado a partir da *Ley Orgánica* nº 10, de 08 de outubro de 2007¹²⁶, que determinou a criação da “*base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN*”. A referida lei determina que o banco de dados espanhol poderá ser utilizado para fins de identificação criminal ou ainda para a identificação de pessoas desaparecidas¹²⁷. Nesse aspecto, o banco de dados espanhol se assemelha ao instituído no Brasil pela Lei nº 12.654/12.

Para a criação do mencionado banco de dados, a lei ordenou a unificação de quatro ficheiros preexistentes, instituídos a partir de 1998. Dois desses ficheiros, mantidos pela *Policía Nacional*, continham perfis de DNA doados por familiares de desaparecidos (denominado *Humanitas*), bem como informações genéticas obtidas de amostras coletadas durante investigações criminais (denominado *Veritas*). Os outros dois ficheiros, mantidos pela *Guardia Civil*, mantinham a mesma organização, contendo dados de familiares de desaparecidos (denominado *Fénix*) e informações genéticas relativas a casos criminais (denominado *ADNIC*)¹²⁸.

Assim, inicialmente, foram transferidos à base de dados policial as informações já coletadas, referentes a investigados, presos ou acusados por crimes graves e por crimes contrários à vida, à liberdade sexual e à integridade das pessoas, por exemplo, bem como os dados obtidos para a identificação de restos cadavéricos ou de pessoas desaparecidas. No mais, a lei ainda prevê a possibilidade de armazenamento dos dados daqueles que voluntariamente concordarem em fornecer seu material genético¹²⁹.

¹²⁶ ESPANHA. **Ley Orgánica nº 10/2007, de 08 de octubre. Reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN**. Boletín Oficial del Estado, nº 242, de 09/10/2007. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-17634&p=20071009&tn=0>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2014.

¹²⁷ “Artículo 1. Creación. Se crea la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN, que integrará los ficheros de esta naturaleza de titularidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tanto para la investigación y averiguación de delitos, como para los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.”

¹²⁸ HAMMERSCHMIDT, Denise; GIACIOIA, Gilberto. **Banco de perfis genéticos dos criminosos: tratamento normativo na lei espanhola e na lei brasileira**, p. 03. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8cea559c47e4fbdb>>. Acesso em 10 de janeiro de 2014.

¹²⁹ “Artículo 3. Tipos de identificadores obtenidos a partir del ADN incluidos en la base de datos policial. 1. Se inscribirán en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN los siguientes datos: a) Los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el

Cumprе salientar que a transposição dos dados anteriormente obtidos para o banco de dados criado pela *Ley Orgánica* nº 10/2007 fica a cargo da *Policía Judicial*¹³⁰, havendo críticas à essa medida, conforme explicam Denise Hammerschmidt e Gilberto Giacoia:

“Essa destinação primeira dos dados a uma base policial é criticada pela doutrina, porquanto, mesmo que concorram os pressupostos e requisitos que permitam a inscrição (art. 6º LO 10/2007), esse procedimento pode apresentar vias de escape tendentes a decisões unilaterais não submetidas a prévio controle judicial. De fato, deveria ser sempre o juiz quem autoriza a inscrição. (...)”¹³¹

A concordância dos investigados, presos e acusados é dispensada, sendo eles apenas informados acerca dos direitos decorrentes da medida. Nesses casos, portanto, a coleta da amostra é compulsória, mas caso o indivíduo se recuse a fornecê-la, a lei traz na *disposición adicional tercera* a necessidade de autorização judicial para a coleta (“*la toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado ...*”).

Nesse aspecto a legislação espanhola se assemelha em parte às regras atinentes ao banco de dados brasileiro, já que as alterações promovidas pela Lei nº 12.654/12 à Lei nº 12.037/09 exigem decisão judicial para coleta do material, tal qual ocorre na legislação espanhola. Por outro lado, diferentemente do que ocorre na Espanha, a coleta do material genético baseada nas alterações promovidas à Lei de Execução Penal brasileira não exige a concordância do indivíduo, tampouco decisão judicial específica autorizando a coleta, sendo prevista como consequência direta da condenação por determinados crimes.

artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados. b) los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas. La inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN a que se refiere este apartado, no precisará el consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento. 2. Igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento.”

¹³⁰ “Artículo 6. Remisión de los datos. La remisión de los datos identificativos obtenidos a partir del ADN, para su inscripción en la base de datos policial en los supuestos establecidos en el artículo 3 de esta Ley, se efectuará por la Policía Judicial, adoptándose para ello todas las garantías legales que aseguren su traslado, conservación y custodia.”

¹³¹ HAMMERSCHMIDT, Denise; GIACOA, Gilberto. **Banco de perfis genéticos dos criminosos: tratamento normativo na lei espanhola e na lei brasileira**, p. 07. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8cea559c47e4fbdb>>. Acesso em 10 de janeiro de 2014.

A lei espanhola frisa que os dados a serem armazenados deverão ser obtidos no curso de investigação criminal, e devem indicar apenas as informações necessárias para a identificação do indivíduo e de seu sexo¹³². Assim, as informações armazenadas deverão dizer respeito apenas ao DNA não codificante. Além disso, a lei confere elevado grau de sigilo às informações armazenadas, determinando que *“todos los ficheros que integran la base de datos objeto de esta Ley están sometidos al nivel de seguridad alto, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre”*. Sob a questão, a legislação brasileira faz previsão semelhante, pois veda o armazenamento de informações genéticas que revelem traços somáticos ou comportamentais das pessoas.

A análise do DNA para fins de identificação somente poderá ser realizada por laboratórios credenciados pela *Comisión Nacional para el uso forense de ADN*, os quais deverão ser submetidos a controles periódicos de qualidade¹³³. Essa Comissão é formada por um grupo interdisciplinar, composto por profissionais técnicos, relacionados à área científica, bem como por juristas, sociólogos, antropólogos, dentre outros. O grupo discute os impactos e avanços do tema e realiza um importante trabalho, pois fixa as normas de padronização e controle técnico, bem como os critérios de autorização para aqueles que farão as análises do DNA¹³⁴. No Brasil, embora haja a previsão legal acerca da necessidade de realização das análises por laboratórios estatais, não há uma comissão ou órgão responsável pela fiscalização, padronização e controle da atuação dos peritos, o que seria desejável.

Os dados constantes do banco somente poderão ser utilizados pelas *Unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado*, bem como pelas autoridades judiciais e fiscais. Tratando-se de dados coletados para a identificação de cadáveres ou pessoas desaparecidas, os dados somente poderão ser utilizados na investigação para a qual foram obtidos. A lei prevê ainda que os dados poderão ser fornecidos para autoridades policiais, fiscais ou judiciais de outros países signatários de tratados

¹³² Artículo 4. Tipos de datos. Sólo podrán inscribirse en la base de datos policial regulada en esta Ley los identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo.

¹³³ “Artículo 5. Laboratorios acreditados. 1. Las muestras o vestigios tomados respecto de los que deban realizarse análisis biológicos, se remitirán a los laboratorios debidamente acreditados. Corresponderá a la autoridad judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios. 2. Sólo podrán realizar análisis del ADN para identificación genética en los casos contemplados en esta Ley los laboratorios acreditados a tal fin por la Comisión Nacional para el uso forense del ADN que superen los controles periódicos de calidad a que deban someterse.”

¹³⁴ SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos para fins de Persecução Criminal**. Série Pensando o Direito, v. 43, 2012, p. 33. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-43-Relatório-final.pdf>>. Acesso em 08 de dezembro de 2013.

internacionais pertinentes à matéria, como o Tratado de Prüm, por exemplo¹³⁵. O Brasil, por sua vez, não faz previsão acerca do intercâmbio a nível internacional das informações armazenadas.

Acerca do prazo de armazenamento dos dados obtidos, a lei traz diversas hipóteses. Determina, como regra geral, que a conservação dos dados se dará pelo prazo previsto em lei para a prescrição do crime. Havendo sentença penal condenatória transitada em julgado, ou sentença absolutória por força de inimizabilidade ou ausência de culpabilidade, os dados serão conservados até o prazo fixado em lei para o cancelamento dos registros de antecedentes criminais. De qualquer forma, havendo sentença absolutória por causas diversas das mencionadas, os registros serão cancelados de imediato. A morte do indivíduo também enseja o cancelamento dos registros¹³⁶. No Brasil não há previsão legal muito clara acerca do prazo de armazenamento dos dados, sendo necessária a fixação de critérios mais específicos sobre a questão.

¹³⁵ “Artículo 7. Uso y cesión de los datos contenidos en la base de datos. 1. Los datos contenidos en la base de datos objeto de esta Ley sólo podrán utilizarse por las Unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, entendiéndose por tales las Unidades respectivas de la Policía y de la Guardia Civil en el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 547 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, así como por las Autoridades Judiciales y Fiscales, en la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado primero del artículo 3 de esta Ley. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el tratamiento se realizase para la identificación de cadáveres o la averiguación de personas desaparecidas, los datos incluidos en la base de datos objeto de esta Ley sólo podrán ser utilizados en la investigación para la que fueron obtenidos. 3. Podrán cederse los datos contenidos en la base de datos: a) A las Autoridades Judiciales, Fiscales o Policiales de terceros países de acuerdo con lo previsto en los convenios internacionales ratificados por España y que estén vigentes. b) A las Policías Autonómicas con competencia estatutaria para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad pública, que únicamente podrán utilizar los datos para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3 de esta Ley o, en su caso, para la identificación de cadáveres o averiguación de personas desaparecidas. c) Al Centro Nacional de Inteligencia, que podrá utilizar los datos para el cumplimiento de sus funciones relativas a la prevención de tales delitos, en la forma prevista en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.”

¹³⁶ “Artículo 9. Cancelación, rectificación y acceso a los datos. 1. La conservación de los identificadores obtenidos a partir del ADN en la base de datos objeto de esta Ley no superará: El tiempo señalado en la ley para la prescripción del delito. El tiempo señalado en la ley para la cancelación de antecedentes penales, si se hubiese dictado sentencia condenatoria firme, o absolutoria por la concurrencia de causas eximentes por falta de imputabilidad o culpabilidad, salvo resolución judicial en contrario. En todo caso se procederá a su cancelación cuando se hubiese dictado auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria por causas distintas de las mencionadas en el epígrafe anterior, una vez que sean firmes dichas resoluciones. En el caso de sospechosos no imputados, la cancelación de los identificadores inscritos se producirá transcurrido el tiempo señalado en la Ley para la prescripción del delito. En los supuestos en que en la base de datos existiesen diversas inscripciones de una misma persona, correspondientes a diversos delitos, los datos y patrones identificativos inscritos se mantendrán hasta que finalice el plazo de cancelación más amplio. 2. Los datos pertenecientes a personas fallecidas se cancelarán una vez el encargado de la base de datos tenga conocimiento del fallecimiento. En los supuestos contemplados en el artículo 3.1 b), los datos inscritos no se cancelarán mientras sean necesarios para la finalización de los correspondientes procedimientos. 3. El ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación en relación con la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN se podrá efectuar en los términos establecidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en su normativa de desarrollo. 4. Los identificadores obtenidos a partir del ADN respecto de los que se desconozca la identidad de la persona a la que corresponden, permanecerán inscritos en tanto se mantenga dicho anonimato. Una vez identificados, se aplicará lo dispuesto en este artículo a efectos de su cancelación.”

3.8. Portugal:

Diferentemente do previsto pela legislação brasileira, em Portugal a coleta de dados de perfil genético não se restringe à identificação criminal, também sendo admitida para fins de identificação civil.

A criação do banco de dados português foi aprovada em 2008, a partir da edição da Lei nº 5, de 12 de fevereiro de 2008¹³⁷. Por força do disposto no art. 1º, item 2, da referida lei, os dados coletados também poderão ser empregados como de meio de prova (*“a base de dados de perfis de ADN serve ainda finalidades de investigação criminal”*). Nesse aspecto a legislação brasileira se assemelha à lei portuguesa.

O art. 3º da Lei nº 5/2008 determina que o tratamento dos dados armazenados deverá estar em harmonia com os princípios vigentes no ordenamento jurídico português, respeitando, portanto, a vida privada, a autodeterminação informativa, a legalidade, e demais direitos, liberdades e garantias fundamentais. Seguindo essa diretriz, os artigos 6º, 7º e 8º da Lei nº 5/2008 estabelecem as hipóteses de alimentação do banco de dados, fixando como deve ser feita a recolha das amostras.

Em um primeiro momento, determina-se que o banco será alimentado por dados de voluntários, que deverão prestar seu consentimento por escrito. O réu de processo criminal em curso somente poderá ser considerado voluntário na coleta de amostras que não implique seu uso para fins de investigação criminal¹³⁸.

Em seguida, para fins de identificação civil, os dados poderão ser coletados a partir de cadáveres, coisas ou locais. Para fins de localização de desaparecidos, a recolha do material genético de seus parentes dependerá de consentimento por escrito e, tratando-se de parente menor ou incapaz, a recolha dependerá de decisão judicial¹³⁹.

¹³⁷ PORTUGAL. **Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro. Aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal.** Diário da República, 1ª Série, nº 30, p. 962-968. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1sdip/2008/02/03000/0096200968.pdf>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2014.

¹³⁸ “Artigo 6º. Recolha de amostras em voluntários. 1 — A base de dados de perfis de ADN prevista no nº1 do artigo 3º é construída, de modo faseado e gradual, a partir da recolha de amostras em voluntários, para o que devem prestar o seu consentimento livre, informado e escrito. 2 — O interessado deve endereçar, por escrito, o seu pedido de recolha de amostras às entidades competentes para a análise laboratorial, as quais, após a obtenção do perfil de ADN, o devem remeter ao INML para que seja inserido no ficheiro previsto na alínea a) do nº 1 do artigo 15º. 3 — O arguido na pendência do processo criminal apenas pode ser entendido como voluntário na recolha de amostras que não impliquem a respectiva utilização para fins de investigação criminal.”

¹³⁹ “Artigo 7º. Recolha de amostras com finalidades de identificação civil. 1 — É admitida a recolha de amostras em cadáver, em parte de cadáver, em coisa ou em local onde se proceda a recolhas, com finalidades de identificação civil, pelas autoridades competentes nos termos da legislação aplicável. 2 — A recolha de amostras em pessoas para fins de identificação civil, designadamente em parentes de pessoas desaparecidas, carece de consentimento livre, informado e escrito. 3 — Quando se trate de menores ou incapazes, a recolha de amostras

Para fins de identificação criminal, a coleta dos dados poderá ser realizada no bojo de processo já em curso, a pedido do acusado. Admite-se ainda a coleta mediante decisão judicial, proferida de ofício ou a partir de requerimento das partes. Cumpre salientar, contudo, que nesses casos os dados coletados somente serão inseridos no banco após o trânsito em julgado da sentença criminal, mediante decisão judicial. Se a coleta não for realizada durante o curso do processo, também poderá sê-lo a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, mediante decisão judicial, desde que relacionada aos condenados à pena privativa de liberdade igual ou maior que três anos pela prática de crime doloso, ainda que a referida pena tenha sido substituída. Nos casos de inimputáveis submetidos à medida de segurança a coleta também será realizada mediante decisão judicial¹⁴⁰.

Assim, nos termos do art. 15 da Lei nº 5/2008¹⁴¹, a base de dados de perfis genéticos portuguesa é composta por diversos ficheiros, organizados de acordo com a natureza da coleta realizada. Essa subdivisão revela-se adequada e pode ser implementada no Brasil.

referida no número anterior depende de autorização judicial, obtida nos termos do disposto no artigo 1889º do Código Civil.”

¹⁴⁰ “Artigo 8º. Recolha de amostras com finalidades de investigação criminal. 1 — A recolha de amostras em processo crime é realizada a pedido do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido, ao abrigo do disposto no artigo 172.o do Código de Processo Penal. 2 — Quando não se tenha procedido à recolha da amostra nos termos do número anterior, é ordenada, mediante despacho do juiz de julgamento, e após trânsito em julgado, a recolha de amostras em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída. 3 — Caso haja declaração de inimputabilidade e ao arguido seja aplicada uma medida de segurança, nos termos do nº 2 do artigo 91º do Código Penal, a recolha de amostra é realizada mediante despacho do juiz de julgamento quando não se tenha procedido à recolha da amostra nos termos do nº 1. 4 — A recolha de amostras em cadáver, em parte de cadáver, em coisa ou em local onde se proceda a buscas com finalidades de investigação criminal realiza-se de acordo com o disposto no artigo 171.o do Código de Processo Penal. 5 — A recolha de amostras de ADN efectuada nos termos deste artigo implica a entrega, sempre que possível, no próprio acto, de documento de que constem a identificação do processo e os direitos e deveres decorrentes da aplicação da presente lei e, com as necessárias adaptações, da Lei nº 67/98, de 26 de Outubro (Lei da Protecção de Dados Pessoais). 6 — Quando se trate de arguido em vários processos, simultâneos ou sucessivos, pode ser dispensada a recolha da amostra, mediante despacho judicial, sempre que não tenham decorrido cinco anos desde a primeira recolha e, em qualquer caso, quando a recolha se mostre desnecessária ou inviável.”

¹⁴¹ “Artigo 15º. Conteúdo 1 — Para efeitos da presente lei, é criada uma base de dados de perfis de ADN, para fins de identificação, constituída por: a) Um ficheiro contendo a informação relativa a amostras de voluntários, obtidas nos termos do nº 1 do artigo 6º; b) Um ficheiro contendo a informação relativa a «amostras problema», obtidas nos termos do nº 1 do artigo 7º; c) Um ficheiro contendo a informação relativa a «amostras referência» de pessoas desaparecidas, obtidas nos termos do nº 1 do artigo 7º, ou amostras dos seus parentes, obtidas nos termos do nº 2 do artigo 7º; d) Um ficheiro contendo a informação relativa a «amostras problema», recolhidas em local de crime, obtidas nos termos do nº 4 do artigo 8º; e) Um ficheiro contendo a informação relativa a amostras, obtidas nos 2 e 3 do artigo 8º, de pessoas condenadas em processo crime, por decisão judicial transitada em julgado; f) Um ficheiro contendo a informação relativa a amostras dos profissionais que procedem à recolha e análise das amostras. 2 — O sistema deve garantir que os perfis de ADN e os dados pessoais correspondentes sejam armazenados em ficheiros separados lógica e fisicamente, manipulados por utilizadores distintos, mediante acessos restritos, codificados e identificativos dos utilizadores. 3 — É vedada a inclusão de qualquer elemento identificativo do titular dos dados no ficheiro de perfis de ADN, bem como qualquer tipo de pesquisa nominal.”

Em Portugal há, no âmbito cível, um ficheiro destinado ao armazenamento dos dados fornecidos por voluntários; outro referente aos dados obtidos a partir de cadáveres, coisas e lugares (“amostras problema”); e outro contendo os dados de desaparecidos (“amostras de referência”).

No âmbito criminal, por sua vez, há um ficheiro contendo amostras coletadas em locais de crime (“amostras problema”) e outro contendo as informações de condenados e de pessoas submetidas à medida de segurança. Há a previsão, inclusive, de um ficheiro contendo dados dos profissionais que realizam a coleta e a análise das amostras, sendo o consentimento de coleta, nesse caso, condição para o exercício de suas funções (art. 18, 1, b, da Lei nº 5/2008¹⁴²).

O art. 9º da Lei nº 5/2008¹⁴³ aborda o direito de informação. Prevê que, quando da coleta do material genético, o indivíduo será informado acerca da possibilidade de identificação criminal mediante o cruzamento dos dados obtidos com os dados já existentes no respectivo banco.

De acordo com o art. 10 da Lei nº 5/2008, a coleta do material genético deve ser realizada por método não invasivo, que respeite a dignidade humana e a integridade física e moral do indivíduo (“*a recolha de amostras em pessoas é realizada através de método não invasivo, que respeite a dignidade humana e a integridade física e moral individual, designadamente pela colheita de células da mucosa bucal ou outro equivalente ...*”). Assim, a lei portuguesa confere preferência à coleta de células da mucosa bucal, mas não afasta outras formas equivalentes. Embora a legislação brasileira também exija o respeito à integridade física do indivíduo, não há preferência pela adoção de técnica específica, sendo interessante previsão nesse sentido.

Em garantia ao princípio do contraditório, o art. 11 da Lei nº 5/2008 prevê que “*salvo em casos de manifesta impossibilidade, é preservada uma parte bastante e suficiente*

¹⁴² “Artigo 18. Inserção dos dados. 1 — Os perfis de ADN resultantes da análise das amostras, bem como os correspondentes dados pessoais, apenas são integrados na base de dados de perfis de ADN mediante consentimento livre, informado e escrito do titular dos dados: (...) b) No caso de amostras recolhidas para efeitos de constituição de ficheiro previsto na alínea f) do nº 1 do artigo 15º, sendo o prévio consentimento condição para o exercício de funções enquanto técnico de recolha e análise de amostras de ADN”

¹⁴³ “Artigo 9º. Direito de informação. Antes da recolha da amostra, o sujeito passivo da colheita goza do direito de informação, previsto no nº 1 do artigo 10º da Lei da Protecção de Dados Pessoais, com as necessárias adaptações, devendo ser informado, por escrito, nomeadamente: a) De que os seus dados pessoais vão ser inseridos num ficheiro de dados pessoais, com excepção dos dados relativos às pessoas referidas no nº 1 do artigo 8º; b) Sobre a natureza dos dados que são extraídos da amostra, isto é, o perfil de ADN; c) De que o perfil de ADN é, nos casos admitidos na presente lei, integrado num ficheiro de perfis de ADN, com excepção dos dados relativos às pessoas referidas no nº 1 do artigo 8º; d) Da possibilidade de cruzamento do perfil recolhido com os existentes na base de dados de perfis de ADN, com menção expressa da possibilidade de utilização dos dados para fins de investigação criminal, quando aplicável; e) De que a amostra recolhida pode ser conservada num biobanco, nos casos admitidos na presente lei.”

da amostra para a realização de contra-análise”. A medida é salutar, contudo, não consta da legislação brasileira, também sendo adequada a inserção de regra análoga no Brasil.

O art. 12 da Lei nº 5/2008 também ressalva que as análises dos dados coletados será restrita aos marcadores de DNA estritamente necessários para a identificação de indivíduos, sendo vedada, portando, outras formas de análise dos materiais coletados (*“a análise da amostra restringe-se apenas àqueles marcadores de ADN que sejam absolutamente necessários à identificação do seu titular para os fins da presente lei”*). Nesse sentido, foi editada a Portaria nº 270, de 17 de março de 2009¹⁴⁴, que indica quais os marcadores de DNA que serão inseridos obrigatória ou facultativamente no banco de dados de perfil genético. Medida similar foi prevista pelo legislador brasileiro quando da edição da Lei nº 12.654/12, entretanto, no Brasil não foi feita referência específica aos marcadores de DNA a serem utilizados.

Nos termos do art. 19 da Lei nº 5/2008¹⁴⁵, os dados obtidos a partir da coleta do material genético serão informados ao juiz responsável pelo processo criminal ao qual eles se relacionam, mediante requerimento. Em seguida, o magistrado, analisando a necessidade de divulgação das informações, ou mediante requerimento do Ministério Público e dos órgãos de polícia criminal, poderá comunicar os dados à tais órgãos, fundamentando a medida. A divulgação dos dados para outras entidades depende de parecer favorável de conselho de fiscalização próprio.

O art. 20 da Lei nº 5/2008¹⁴⁶ permite diversas formas de cruzamento dos dados constantes nos ficheiros do banco de perfis genéticos. Dentre elas, é interessante mencionar a possibilidade de cruzamento dos dados de voluntários com os ficheiros criminais.

¹⁴⁴ PORTUGAL. **Portaria nº 270/2009, de 17 de março**. Diário da República, 1ª Série, nº 53, p. 1704. Disponível em: <<http://www.dre.pt/pdf1s/2009/03/05300/0170401704.pdf>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2014.

¹⁴⁵ “Artigo 19º. Comunicação dos dados. 1 — Os perfis de ADN, bem como os dados pessoais correspondentes, registados na base de dados de perfis de ADN, são comunicados ao processo, de acordo com as disposições legais aplicáveis para efeitos de investigação criminal ou de identificação civil, nos seguintes termos: a) Os dados são comunicados pelo INML ao juiz com- petente consoante o tipo ou fase do processo, mediante requerimento fundamentado; b) O juiz referido na alínea anterior comunica os dados em questão, quando necessário ou mediante requerimento fundamentado, ao Ministério Público ou aos órgãos de polícia criminal, proferindo para o efeito despacho fundamentado. 2 — A comunicação dos dados constantes da base de dados de perfis de ADN a outras entidades, para os fins previstos no artigo 23.o, está sujeita a parecer favorável do conselho de fiscalização e da CNPD, de harmonia com a Lei da Protecção de Dados Pessoais. 3 — A comunicação é recusada quando o pedido não for fundamentado.”

¹⁴⁶ “Artigo 20º. Interconexão de dados no âmbito da base de dados de perfis de ADN. 1 — Os perfis de ADN obtidos a partir das amostras colhidas em arguido, ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 8º, podem ser cruzados com os dados contidos nos ficheiros previstos nas alíneas b), d) e f) do nº 1 do artigo 15º. 2 — Os perfis de ADN obtidos a partir das amostras colhidas em parentes, nos termos do nº 2 do artigo 7º, bem como os perfis relativos a «amostras referência» de pessoas desaparecidas obtidos ao abrigo do nº 1 do artigo 7º, apenas podem ser cruzados com o ficheiro previsto na alínea b) do nº 1 do artigo 15º. 3 — Os perfis de ADN obtidos a partir das amostras colhidas em voluntários, ao abrigo do artigo 6º, podem ser cruzados com qualquer dos perfis

O art. 26 da Lei nº 5/2008¹⁴⁷ aborda o prazo de conservação dos perfis genéticos e dos dados pessoais coletados.

Tratando-se de dados voltados para a identificação civil, a lei prevê que os dados de voluntários serão conservados por tempo ilimitado, salvo se houver revogação de seu consentimento. Também serão conservados por tempo ilimitado os dados obtidos de cadáveres, coisas e lugares para fins de identificação civil, que serão eliminados somente quando obtida sua identificação. Dados constantes dos ficheiros referentes aos desaparecidos e seus parentes, por sua vez, serão conservados até a identificação do desaparecido, ou até a solicitação expressa dos parentes para sua eliminação.

No que tange os dados voltados para a identificação criminal, a lei determina que os dados referentes a amostras coletadas em locais de crime serão eliminados quando as mesmas forem identificadas com determinado indivíduo, ou quando findo o lapso prescricional máximo previsto em lei. Quando a amostra não for identificada com o investigado, será eliminada após vinte anos de sua coleta. Os dados dos funcionários responsáveis pela coleta e análise dos materiais, por sua vez, serão excluídos após vinte anos da cessação de suas funções.

No Brasil não há previsão legal muito clara acerca do prazo de armazenamento dos dados. Tratando-se de material genético colhido de investigados, a lei determina a exclusão dos dados quando do advento do prazo prescricional previsto em lei para o crime em

inseridos nos ficheiros previstos no nº 1 do artigo 15º. 4 — Os perfis de ADN obtidos a partir das «amostras problema» recolhidas em local de crime, nos termos do nº 4 do artigo 8º, e os perfis de ADN obtidos de pessoas condenadas em processos crime, vistos nas alíneas *a)*, *b)*, *d)*, *e)* e *f)* do nº 1 do artigo 15º. 5 — Excepcionalmente, e através de requerimento fundamentado, pode haver outros cruzamentos de dados não previstos neste artigo, mediante prévio parecer favorável do conselho de fiscalização e da CNPD.”

¹⁴⁷ “Artigo 26º. Conservação de perfis de ADN e dados pessoais. 1 — Os perfis de ADN e os correspondentes dados pessoais são: *a)* Conservados por tempo ilimitado, quando integrados no ficheiro que contém a informação relativa a amostras de voluntários, previsto na alínea *a)* do nº 1 do artigo 15º, salvo no caso de o titular revogar, de modo expresse, o consentimento anteriormente realizado; *b)* Conservados por tempo ilimitado, quando integrados no ficheiro previsto na alínea *b)* do nº 1 do artigo 15º, sendo eliminados quando for obtida a identificação; *c)* Conservados até que haja identificação, quando integrados no ficheiro previsto na alínea *c)* do nº 1 do artigo 15º, relativo aos perfis de ADN, referentes a «amostras referência» de pessoas desaparecidas, bem como os relativos a amostras de parentes, salvo se os parentes pedirem expressamente para eliminar o seu perfil do ficheiro; *d)* Eliminados, quando a amostra for identificada com o arguido, no termo do processo crime ou no fim do prazo máximo de prescrição do procedimento criminal, previsto no Código Penal, quando integrados no ficheiro criado ao abrigo do disposto na alínea *d)* do nº 1 do artigo 15º; *e)* Eliminados, quando a amostra não for identificada com o arguido, passados 20 anos após a recolha, quando integrados no ficheiro criado ao abrigo do disposto na alínea *d)* do nº 1 do artigo 15º; *f)* Eliminados na mesma data em que se proceda ao cancelamento definitivo das respectivas decisões no registo criminal, quando integrados no ficheiro criado ao abrigo do disposto na alínea *e)* do nº 1 do artigo 15º; *g)* Eliminados 20 anos após a cessação das funções, quando integrados no ficheiro criado ao abrigo da alínea *f)* do nº 1 do artigo 15º que contém a informação relativa a amostras dos profissionais. 2 — Nos casos previstos na alínea *d)* do número anterior, quando o termo do processo crime conduza a uma condenação por crime doloso, com trânsito em julgado, em pena igual ou superior a 3 anos de prisão, o perfil de ADN e os respectivos dados pessoais, atualizados, transitam para o ficheiro previsto na alínea *e)* do nº 1 do artigo 15º, de acordo com o disposto no artigo 8º.”

análise. Contudo, Tratando-se de material genético colhido de pessoas condenadas criminalmente, o legislador se omitiu em relação ao prazo de armazenamento.

O art. 38 da Lei nº 5/2008 prevê que *“em caso algum é permitida uma decisão que produza efeitos na esfera jurídica de uma pessoa ou que a afecte de modo significativo, tomada exclusivamente com base no tratamento de dados pessoais ou de perfis de ADN.”*. Assim, a prova obtida por meio da análise do perfil genético não tem valor absoluto, devendo ser confrontada com outros elementos de prova.

Embora a criação do banco de dados de perfil genético em Portugal seja baseada em legislação muito mais detalhada que a brasileira, as expectativas existentes em torno da alimentação do banco português não foram correspondidas. Sobre a questão, Helena Machado, Marta Martins e Sara Matos, em pesquisa realizada no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, salientaram que:

“A gestão da base de dados de perfis genéticos em Portugal tem sido feita num enquadramento jurídico-legal e operacional que tem suscitado dificuldades à expansão deste instrumento de apoio à investigação criminal. As restrições legislativas, assim como o elevado preço dos serviços forenses – 204 euros para uma colheita de amostra biológica e respetiva extração de DNA de um sujeito identificado; e até 714 euros para uma ‘análise complexa’ (por exemplo, de amostra colhida de cena de crime, que esteja em estado degradado ou que seja de quantidade muito reduzida) (Portaria nº 175/2011) – talvez expliquem os motivos pelos quais a base de dados de perfis de DNA em Portugal esteja a ser construída muito lentamente. Tem desenvolvido muito lentamente o volume de informação contido na mesma – em fevereiro de 2013, a base de dados genéticos forense apenas continha, no total, 1012 perfis de DNA, quando a expectativa, no momento da criação da mesma (fevereiro de 2008), era de serem inseridos cerca de 6000 perfis anualmente.”¹⁴⁸

Assim, evidente que o banco de dados português ainda encontra-se em fase de implementação. Medidas dessa natureza, frise-se, somente produzem os efeitos desejados a longo prazo, ainda mais quando envolvem a identificação civil geral da população. Ademais, a legislação portuguesa pertinente à matéria é repleta de especificidades, o que corresponde, em certa medida, à ideia de segurança jurídica.

¹⁴⁸ MACHADO, Helena; MARTINS, Marta; MATOS, Sara. **Base de dados genéticos forense em Portugal e identidade tecnocientíficas. Análise a partir de grupos focais com estudantes universitários**. Oficina do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Agosto de 2013. Disponível em: < http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/8515_Oficina_do_CES_403.pdf >. Acesso em 11 de fevereiro de 2014.

4 – A Lei nº 12.654/12 sob a ótica de princípios constitucionais, penais e processuais penais:

Após o estudo dos bancos de dados de perfis genéticos existentes em outros países, é necessário inserir a temática no campo dos princípios constitucionais, penais e processuais penais vigentes em nosso ordenamento. O estudo assume relevância, pois busca esclarecer eventuais afrontas a direitos individuais e algumas polêmicas envolvendo a instituição da identificação criminal por perfil genético e de um banco de dados dessa natureza no Brasil.

4.1. Dignidade da pessoa humana:

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, revelando-se como meio de proteção dos indivíduos contra a atuação estatal. Seu conceito não se restringe à defesa dos direitos individuais do homem, abrangendo também inúmeras liberdades, garantias e interesses relacionados à vida humana em geral. Tudo aquilo que é indispensável ao ser humano, tanto para a satisfação de suas necessidades, como para a sua diferenciação dos demais seres (já que dotado de individualidade e racionalidade) está inserido em seu conceito.

Em razão da abrangência do conceito de dignidade humana, violações a outros direitos e princípios podem afetá-la. Por esse motivo a análise desse princípio precederá a dos demais. Sobre a dignidade da pessoa humana, Flávia Piovesan afirma que:

“Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá unidade e sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.

(...)

Assim, seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro super-princípio constitucional, a norma

maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido.”¹⁴⁹

Assim, a dignidade humana assume caráter de princípio norteador em nosso sistema jurídico, dela decorrendo os demais princípios penais e processuais penais do ordenamento pátrio. Além disso, a ideia de dignidade humana atua como norte interpretativo quando da análise das mais diversas questões jurídicas. Nesse diapasão, Pietro de Jesús Lora Alarcón aduz que: “(...) a dignidade da pessoa humana não é só mero enunciado vernacular principiológico, dada sua localização na topografia constitucional, mas, na verdade, um valor de pré-compreensão de todo o arcabouço jurídico do Estado brasileiro.”¹⁵⁰

Vicente Greco Filho, ao discorrer sobre a dignidade da pessoa humana, também evidencia que esse corolário constitui valor supremo, sendo a própria razão de ser do Direito. Contudo, o autor esclarece que, mesmo existindo a ideia superior de proteção da dignidade humana, alguns direitos individuais podem sofrer restrições. Nesse sentido:

“(...) Mesmo os chamados direitos sociais existem para a proteção do homem como indivíduo, e, ainda que aparentemente, em dado momento histórico, abdicuem-se de prerrogativas individuais imediatas, o direito somente será justo se nessa abdicção se encontrar o propósito de preservação de bem jurídico-social mais amplo que venha a repercutir no homem como indivíduo. (...)”

A restrição de direitos individuais, portanto, tem sentido e conteúdo quando a prevalência da vontade de um indivíduo pode representar a destruição ou perigo de destruição de outras vontades individuais legítimas.”¹⁵¹

Dessa forma, embora a dignidade humana seja orientadora de todo nosso ordenamento e dela decorram os demais direitos e princípios fixados na Constituição Federal, nada impede que, havendo conflito entre direitos, se opere a redução de alguns deles em favor de outros, desde que os direitos ou interesses prevalentes sejam legítimos e satisfaçam os anseios da coletividade. Não se trata, na verdade, de uma redução da dignidade da pessoa humana, mas sim uma menor incidência da mesma no âmbito individual em prol de sua expansão ao aspecto coletivo.

¹⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 28 e 31.

¹⁵⁰ LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 246.

¹⁵¹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. rev. atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 12.

Nesse contexto inserem-se as polêmicas relacionadas ao eventual conflito entre a identificação criminal por perfil genético e a dignidade da pessoa humana. Para muitos, a violação do princípio em questão constitui o principal fundamento constitucional contrário à Lei nº 12.654/12, já que, conforme mencionado, afrontas a outros direitos e princípios consequentemente afetam a dignidade humana. Aury Lopes Junior afirma que:

“(...) Não se pode tolerar uma banalização da intervenção corporal, eis que representa uma grave violação da privacidade, integridade física e dignidade da pessoa humana, além de ferir de morte o direito ao silêncio negativo (direito de não produzir prova contra si mesmo). (...)”¹⁵².

Da mesma maneira posicionam-se Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Mohamad Ale Hasan Mahmoud:

“(...) entendemos que a existência de norma que venha ingressar no ordenamento jurídico tendente a forçar alguém a comparecer em laboratório, a fim de fornecer parte de seu corpo, macula o Texto maior e compromissos internacionais assumidos. Note-se que, além da questão da dignidade, cifrada na *intimidade genética*, milita, no plano processual penal, ainda, a questão da presunção de inocência, blindada pelo *nemo tenetur se detegere*.”¹⁵³

De forma semelhante, Pietro de Jesús Lora Alarcón¹⁵⁴, ao analisar a proteção do patrimônio genético humano sob a luz da Constituição Federal de 1988 e as manipulações genéticas voltadas à experimentação, defende a inconstitucionalidade da disposição pelo Estado do mapa genético das pessoas, vez que a medida representaria afronta à dignidade humana por reduzir os seres humanos à qualidade de meros objetos.

A ideia de que a manutenção de dados genéticos em poder do Estado viola a dignidade da pessoa humana pode ser transposta à criação do banco de dados de perfis genéticos para fins criminais. Contudo, em relação a esse banco de dados as discussões acerca de eventuais afrontas à dignidade humana são reduzidas, ao menos em termos comparativos,

¹⁵² LOPES JUNIOR, Aury Lopes. **Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?**. Boletim IBCCRIM, v. 236, p. 5-6, 2012. Disponível em: < [http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4649-Lei-12.654-2012:-e-o-fim-do-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-\(nemo-tenetur-se-detegere\)?](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4649-Lei-12.654-2012:-e-o-fim-do-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-(nemo-tenetur-se-detegere)?) >. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

¹⁵³ MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 20, nº 98, set./out. 2012, p. 350.

¹⁵⁴ LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 299.

já que não há que se falar em manipulação de informações genéticas, mas sim em mera identificação da pessoa humana por meio de seu perfil genético, ou ainda no emprego desses dados como prova em processos criminais.

Ademais, a análise da violação de princípios e direitos de nosso ordenamento depende da forma pela qual esse banco de dados é instituído, envolvendo diversas hipóteses. Deve ser analisada a possibilidade de uso dos dados como forma de identificação, bem como de emprego desses dados como meio de prova. Nesse aspecto, surgem os questionamento acerca da amplitude do emprego das informações como meio de prova, pois é possível utilizar tais dados somente no feito ao qual sua obtenção foi legal e judicialmente autorizada, ou ainda em feitos futuros. No mais, a possibilidade de sua realização mesmo sem o consentimento do indivíduo e as consequências dessa recusa também assumem importância, pois é neste aspecto que reside o maior número de críticas em razão de supostas afrontas a direitos individuais.

Afastando a existência de afrontas à dignidade da pessoa humana pela identificação criminal por perfil genético, Carlos Henrique Borlido Haddad explica que o princípio, embora de extrema relevância, não é supremo, sendo plenamente possível sua relativização em prol da incidência do poder coercitivo estatal. O autor sustenta que:

“A dignidade, conquanto comporte significados variados e de larga extensão, pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas. No entanto, a autodeterminação contida na dignidade da pessoa humana não constitui valor supremo; caso contrário, toda expressão do poder coercitivo estatal redundaria em sua lesão e importaria em deixar inerte o Estado no exercício do poder-dever punitivo. Assim como se reconhece a preservação dos direitos fundamentais dos condenados sujeitos a pena ou a medida de segurança privativas da liberdade, ressalvadas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução, também se acata a manutenção dos direitos do acusado no processo, à exceção das restrições típicas dos métodos de colheita de prova constitucionalmente admissíveis.”¹⁵⁵

Esse posicionamento se coaduna à ideia de que a dignidade humana, embora fundamental em nosso ordenamento jurídico, não constitui o único elemento norteador do Estado Democrático de Direito, que também tem como objetivos a construção de uma

¹⁵⁵ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais: regulamentação**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.10, nº 39, 2007, p. 234-235.

sociedade livre, justa e igualitária; a erradicação da marginalização e a promoção do bem de todos (art. 3º da Constituição Federal).

Esse conjunto de objetivos somente será alcançado na medida em que o Estado exercer seu poder punitivo, que, dentre outras medidas, abrange o exercício da atividade investigativa. Nessa atividade, qualquer técnica que traga maior probabilidade de acerto e reduza o índice de erros assume grande importância. É o caso da identificação criminal por perfil genético e a criação de banco de dados específico contendo informações dessa natureza.

Outrossim, desde que observadas algumas premissas e garantias primordiais à proteção da pessoa, a instituição de tal banco de dados não representa afronta à dignidade humana. Ao revés, contribui com os objetivos do Estado Democrático de Direito, pois é voltada à efetiva realização da atividade jurídica na seara criminal, reduzindo os temidos erros judiciais e aproximando os resultados da verdade real.

Nesse aspecto, é novamente interessante mencionar o entendimento de Carlos Henrique Borlido Haddad, que afirma que a investigação de infrações penais seria inviabilizada caso vedada a realização de diligências na pessoa do acusado. O autor afirma, inclusive, que diligências dessa natureza já existem em nossa legislação, mencionando como exemplo a submissão ao reconhecimento, a identificação datiloscópica e a realização de fotos para fins de registro criminal. Assim, na visão do autor, não haveria motivos para alegar que a identificação criminal por perfil genético seria violadora da dignidade humana, já que medidas semelhantes existem em nosso ordenamento e nem por isso são tão questionadas no âmbito de sua constitucionalidade¹⁵⁶.

Ante o exposto, é óbvio que a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada. Contudo, a autodeterminação das pessoas investigadas, acusadas e condenadas criminalmente não pode se sobrepor à atuação estatal na investigação de crimes. A solução dos conflitos pertinentes ao tema deve visar a prevalência do interesse coletivo de construção de uma sociedade pacífica e livre da criminalidade, sem, contudo, representar violações ou reduções infundadas a direitos humanos e outros princípios de nosso ordenamento. Como forma de concretizar esses objetivos faz-se necessária a análise dos demais princípios atrelados ao tema.

¹⁵⁶ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais: regulamentação**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.10, nº 39, 2007, p. 240.

4.2. Intimidade e vida privada:

Da dignidade da pessoa humana decorrem diversos outros princípios e direitos de nosso ordenamento. Como exemplo, é possível mencionar a tutela à intimidade e à vida privada, constante do art. 5º, X, da Constituição Federal (*“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”*).

Antônio Alberto Machado¹⁵⁷ levanta o risco que a coleta de material genético e seu armazenamento ensejariam para a obtenção de informações extras, desnecessárias para a identificação criminal. Essas informações, apenas a título de exemplo, poderiam referir-se à traços genéticos comportamentais, bem como à doenças hereditárias. Tais dados suplementares são irrelevantes para a apuração de um crime ou para a mera identificação do indivíduo, sendo acobertados pelo direito à intimidade e vida privada ante seu caráter privado.

Entretanto, à luz das previsões constantes da Lei nº 12.654/12, tal receio é infundado. Conforme já explicitado, a nova lei afasta expressamente o armazenamento de informações genéticas que revelem traços somáticos ou comportamentais das pessoas. Ademais, os dados a serem armazenados em banco de dados próprio referem-se somente à parte não codificante do DNA, afastando, portanto, eventuais afrontas à vida privada e a intimidade do indivíduo.

Taysa Schiocchet aduz que, pese a diferenciação entre a parte codificante e a não codificante do DNA, o avanço científico poderá permitir a descoberta de informações suplementares no DNA não codificante. Por esse motivo, sustenta que toda e qualquer forma de coleta e armazenamento de dados genéticos afeta diretamente a intimidade do indivíduo. Nesse sentido:

“Em que pese a afirmação de que haveria uma clara distinção entre a parte codificante e não codificante do DNA, é preciso levar em consideração que essa taxionomia e distinção é resultado do estado atual do conhecimento científico, o qual tende a apresentar novas descobertas. Nesse sentido, muitos biólogos tem demonstrado que essa distinção categórica é falaciosa, pois mesmo a parte não codificante do DNA pode apresentar informações específicas (e, portanto, sensíveis) atinentes ao sujeito analisado. (...). Além disso, não se descarta a possibilidade de que no futuro (próximo) os estudos do DNA dito não codificante aportem outros

¹⁵⁷ MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação criminal pelo DNA**. Disponível em <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf>. Acesso em 18 de Dezembro de 2013.

tipos de informação (como a cor dos olhos), afinal as pesquisas genéticas são recentes na história da humanidade e avançam vertiginosamente. (...)

Contudo, é preciso enfatizar que, de qualquer modo, existe sempre a coleta da amostra de DNA que contém toda a informação genética humana – seja ela codificante ou não codificante, pequena ou não, de mera individualização genotípica ou acerca das características de saúde e comportamento – que pode ser utilizada inadequadamente, inclusive como meio de estigmatização ou discriminação. (...)

Portanto, qualquer dado pessoal de caráter genético deve ser considerado um dado que afeta a intimidade genética e portanto protegido pelo direito fundamental a intimidade.”¹⁵⁸

Pese tal posicionamento, estabelecer uma relação tão forte entre o armazenamento de dados de perfil genético e o direito à intimidade representaria rechaçar, em toda e qualquer hipótese, o uso de tais informações na seara criminal. A questão merece uma análise sistêmica e deve ser vislumbrada sob a ótica da proporcionalidade.

À essa questão pode ser aplicado o posicionamento de Carlos Henrique Borlido Haddad, que afirma que a melhor forma de defesa contra eventual discriminação genética ou uso indevido dos dados armazenados é mediante a garantia de sua privacidade. Aponta que:

“A melhor defesa contra a discriminação genética é a privacidade genética. Basta que não se dê publicidade às informações genéticas do indivíduo e se restrinja o acesso a elas ao foro criminal. A divulgação de dados seria o mais relevante revés do conhecimento das informações genéticas pelas autoridades perseguidoras, pois representaria, além da possível devassa da intimidade do acusado, uma reprovável maneira de conduzir-se no cargo público. Cuida-se de conduta ilícita, passível de sanções penais, cíveis e administrativas.”¹⁵⁹

Ainda sobre o tema, o autor defende a importância da previsão de sanções para a preservação da intimidade. Aduz que:

“A previsão de sanções de variada natureza é importante elemento para preservar a intimidade do acusado. Na realidade, a propagação de informações obtidas através da prova pericial não pode funcionar como óbice à efetivação das intervenções corporais. Seria como proibir a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei

¹⁵⁸ SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos para fins de Persecução Criminal**. Série Pensando o Direito, v. 43, 2012, p. 13-14. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-43-Relatório-final.pdf>>. Acesso em 08 de dezembro de 2013.

¹⁵⁹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais: regulamentação**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.10, nº 39, 2007, p. 231-232.

penal sob a alegação de que, preso, o acusado sujeitar-se-ia a tortura ou a tratamento cruel ou degradante. A análise da questão não deve ater-se aos possíveis efeitos reflexos da medida, que precisam ser evitados por outras formas. A informação resultante de um mapeamento genético, caso revelada pelo profissional encarregado da extração das amostras ou pelo responsável pela obtenção do resultado, acarretará a responsabilização pela prática do ato ilícito. Pune-se administrativa, civil e penalmente, mas se preserve a consecução do exame.”¹⁶⁰

Assim, de forma sucinta, somente haverá afronta ao direito à intimidade se dados suplementares, sem relevância para a identificação criminal ou para a apuração dos fatos submetidos à investigação, sejam utilizados ou consultados em desfavor do indivíduo. Na hipótese de mero armazenamento de informações suplementares ocasionado pelos avanços científicos que possibilitem a extração de dados extras do DNA não codificante, deverão ser adotadas medidas para coibir e punir aqueles que as utilizarem ou divulgarem.

A Lei nº 12.654/12 já traz previsões nesse sentido (art. 5º-A, §§ 1º e 2º, da Lei nº 12.037/09), não sendo possível, portanto, vislumbrar afronta ao direito à intimidade e à vida privada nesse aspecto. Todavia, interessante seria que a legislação fosse mais específica, estabelecendo diretrizes acerca da organização das informações genéticas no respectivo banco de dados, tal qual ocorre em Portugal, onde há determinação legal acerca dos marcadores de DNA a serem armazenados.

É interessante apontar que a questão da intimidade também se relaciona ao denominado “direito de autodeterminação informacional”, de origem alemã. Sobre o tema, Sônia Fidalgo explica:

“A jurisprudência alemã, partindo da ideia de que a tutela da esfera privada poderá não ser suficiente para proteger o indivíduo face ao poder do Estado, criou o direito à autodeterminação informacional, com o sentido de que cada cidadão tem o direito de decidir, ele próprio, quando e dentro de que limites os seus dados pessoais podem ser revelados. (...)”¹⁶¹

Partindo desse conceito, a coleta e armazenamento de dados suplementares constantes das amostras de DNA representaria eventual afronta ao direito de autodeterminação informacional. Carlos Henrique Borlido Haddad afasta suposta violação.

¹⁶⁰ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais: regulamentação**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.10, nº 39, 2007, p. 232-233.

¹⁶¹ FIDALGO, Sônia. **Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v. 16, n. 1, jan./mar.. 2006, p. 127.

Afirma que a jurisprudência alemã vislumbrou o direito à autodeterminação informativa sob a ótica cível, de modo que, mesmo se tal direito fosse transferido para a esfera criminal, acabaria sendo reduzido pelo interesse coletivo de esclarecimento dos fatos. Nesse sentido:

“Conquanto a autodeterminação informativa não seja objeto de maior apreciação pela doutrina e jurisprudência brasileiras, a reduzida atenção dispensada à sua análise é suficiente para excluir uma suposta incompatibilidade com o exame de DNA compulsório em processo penal.

Não há lesão ao direito de autodeterminação das informações pessoais. Na ponderação do interesse geral no esclarecimento dos fatos e da intensidade da intervenção corporal, prevalece o primeiro, como corolário da interpretação sistemática do ordenamento processual penal. O acusado possui maior controle sobre seus dados pessoais na seara cível, e é sintomático que a decisão prolatada pelo tribunal alemão diga respeito a uma causa não-penal. Discutia-se acerca da divulgação de dados censitários.”¹⁶²

Cumprе salientar que o texto acima transcrito foi redigido antes da reforma processual penal de 2008. Assim, ainda que se entenda que a coleta e o armazenamento de dados de perfis genéticos não representa afronta à intimidade e à vida privada, garantias diversas devem ser asseguradas como forma de preservar a constitucionalidade da medida, já que a mencionada reforma processual buscou ampliar as garantias individuais de investigados e acusados. Nesse sentido, caso eventual avanço científico ou tecnológico propicie a extração de informações suplementares do DNA não codificante, a questão deverá ser resolvida mediante a adoção de medidas que restrinjam a atuação arbitrária dos agentes estatais e limitem o acesso ao banco de dados e a divulgação das informações nele mantidas.

No mais, a celeuma envolvendo a intimidade e a vida privada também abrange a questão relativa à concordância do indivíduo em fornecer seu material genético para armazenamento em banco de dados específico. Caso o indivíduo concorde, não haverá discussão nesse aspecto. Contudo, caso discorde, questiona-se se o Estado pode realizar a coleta contra sua vontade; se pode impor alguma sanção como forma de coibi-lo a fornecer o material; ou ainda se nada pode ser feito, devendo a vontade do indivíduo ser respeitada.

Tratando-se da coleta de material genético para mera identificação criminal, não há que se falar em violação à intimidade, pois o direito constitucional à intimidade e vida privada deve ceder lugar ao direito e dever do Estado de identificar os indivíduos. A mera

¹⁶² HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais: regulamentação**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.10, nº 39, 2007, p. 236.

individualização, embora dê publicidade a certos dados pessoais, é primordial para o âmbito processual, não sendo admissível sua vedação ante suposta afronta a direitos individuais.

Não se defende uma identificação criminal a qualquer custo, mas sim uma identificação criminal a partir de critérios legalmente fixados e judicialmente analisados, pois somente dessa forma que eventuais reduções a direitos individuais serão aceitáveis. Nesses casos, os dados permanecerão restritos ao processo e, embora o Estado passe a ter acesso às informações genéticas, as mesmas não serão empregadas contra o indivíduo, mas apenas como forma de sua individualização. Ademais, nessa hipótese de coleta de dados para fins de identificação, a negativa do indivíduo em fornecer o material genético possibilita sua responsabilização pelo crime de desobediência, por força do disposto no art. 260 do Código de Processo Penal, tal qual ocorre em relação à identificação datiloscópica.

Ainda que essas as informações sejam empregadas na qualidade de meio de prova, a intimidade não restará violada, desde que a coleta e o armazenamento dos dados genéticos tenham sido autorizadas legal e judicialmente. Tal qual ocorre com a identificação criminal datiloscópica, na qual as digitais do indivíduo podem ser empregadas como meio de prova para a confirmação da autoria delitiva, ou consultadas junto ao IIRGD para outros fins, nada impede que medidas semelhantes sejam adotadas em relação aos dados de perfil genético colhidos nas mesmas circunstâncias.

Contudo, tratando-se de colheita de material genético especificamente para fins probatórios, ou ainda na hipótese do art. 9º-A da Lei de Execução Penal, casos nos quais não há a necessidade de individualização do investigado, acusado ou condenado, sua recusa deve ser respeitada, não havendo a possibilidade de obrigá-lo a fornecer o material genético, tampouco de responsabilizá-lo criminalmente pela sua negativa. Essa solução diversa se impõe por força da violação de sua intimidade bem como de outras questões constitucionais que ainda serão abordadas.

Verifica-se que diversas circunstâncias interferem na análise de constitucionalidade da criação de um banco de dados de perfis genéticos. Interessante seria a instituição de banco de dados dessa natureza para fins de identificação geral da população desde o nascimento, pois somente dessa forma os dados obtidos poderiam ser acessados pelo Judiciário e pelos órgãos policiais para os mais diversos fins, tal qual ocorre com as impressões digitais e demais informações coletadas pelo Estado. A medida, contudo, exige a adoção de mecanismos paralelos de controle e tutela. Diante das questões levantadas, faz-se necessária o aprofundamento da análise mediante a abordagem de outros princípios e direitos relacionados à matéria.

4.3. Presunção de não culpabilidade e o corolário *nemo tenetur se detegere*:

O princípio da presunção de não culpabilidade também é denominado de princípio da presunção de inocência ou de princípio do estado de inocência. Está previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, segundo o qual “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. De acordo com Guilherme de Souza Nucci:

“O princípio tem por objetivo garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu. Por outro lado, confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando isso realmente for útil à instrução e à ordem pública. Reforça, ainda, o princípio da intervenção mínima do Estado na vida do cidadão, uma vez que a reprovação penal somente alcançará aquele que for efetivamente culpado.”¹⁶³

Sobre esse mesmo princípio, Rogério Lauria Tucci afirma:

“Resta, destarte, consagrado constitucionalmente esse expressivo, e *favor libertatis*, regramento, determinante, como visto, de que, sem a necessária certeza de ser o imputado autor da infração penal cuja prática lhe é atribuída, que só se concretiza com o trânsito em julgado da sentença condenatória, não há como considerá-lo culpado.”¹⁶⁴

Da presunção de não culpabilidade decorre o direito de não produzir prova contra si mesmo, também denominado de direito de não se acusar, *nemo tenetur se detegere*, ou ainda *nemo tenetur seipsum accusare*. A ideia de que ninguém é obrigado a se auto incriminar não é expressa em nossa Constituição Federal, mas dela decorre o direito ao silêncio, constante do art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, que determina: “*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe*

¹⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 12 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 46.

¹⁶⁴ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 322.

assegurada a assistência da família e de advogado”. Sobre o corolário *nemo tenetur se detegere*, Antonio Scarance Fernandes ensina que:

“Já era sensível a evolução da doutrina brasileira no sentido de extrair da cláusula da ampla defesa e de outros preceitos constitucionais, como o da presunção de inocência, o princípio de que ninguém é obrigado a se autoincriminar, não podendo o suspeito ou o acusado ser forçado a produzir prova contra si mesmo. Com a Convenção de Costa Rica, ratificada pelo Brasil e incorporada ao direito brasileiro (Decreto 678, de 06.11.1992), o princípio foi inserido no ordenamento jurídico nacional, ao se consagrar, no art. 8º, n. 2, g, da referida Convenção que ‘toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada’. Significou a afirmação de que a pessoa não está obrigada a produzir prova contra si mesma. (...)”¹⁶⁵

Ainda sobre o direito de não produzir prova contra si mesmo, Vicente Greco Filho explica:

“(...) Entende-se o princípio como decorrência ou complemento da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII), e tem diversos desdobramentos processuais, entre os quais o de que o ônus da prova dos elementos do crime é da acusação, o de que o silêncio não pode ser entendido como confissão ficta, o de que ninguém pode ser compelido a participar de reconstituição de fato delituoso ou de que lhe seja exigido qualquer comportamento que possa, por exemplo, levar à produção de prova negativa, como submeter-se ao exame de alcoolemia ou colheita de sangue ou outro tecido para qualquer perícia com a qual não concorde, inclusive o DNA. (...)”¹⁶⁶

Uma das maiores polêmicas envolvendo a coleta e o armazenamento de dados de perfil genético consiste na ausência de previsão na Lei nº 12.654/12 acerca da necessidade de autorização do indivíduo para a adoção da medida, seja em relação àquele que está sendo apenas investigado, seja em relação aos condenados pela prática de determinados crimes. Aury Lopes Junior¹⁶⁷, Rogério Sanches Cunha e Luiz Flávio Gomes¹⁶⁸, por exemplo,

¹⁶⁵ SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 262-263.

¹⁶⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. rev. atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58.

¹⁶⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?**. Boletim IBCCRIM, v. 236, p. 5-6, 2012. Disponível em: < [http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4649-Lei-12.654-2012:-e-o-fim-do-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-\(nemo-tenetur-se-detegere\)?](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4649-Lei-12.654-2012:-e-o-fim-do-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-(nemo-tenetur-se-detegere)?) >. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

sustentam que o desrespeito à vontade da pessoa a ser identificada configuraria afronta ao direito de não produzir prova contra si mesmo e ao princípio de presunção de não culpabilidade.

Acerca da alteração promovida pela Lei nº 12.654/12 à Lei de Execução Penal, Antônio Alberto Machado aduz:

“(…) Note-se que, por ocasião da execução da pena, em que já existe uma decisão condenatória definitiva, não há mais nada que esclarecer nem que provar no processo findo. Assim, o armazenamento de dados genéticos do condenado só pode ser mesmo uma providência destinada a esclarecer a autoria de crimes futuros, isto é, medida destinada à produção de prova em processos que vierem a ser instaurados futuramente, o que configura uma espécie de ‘prova pré constituída’, em clara ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Além disso, diz a lei, o condenado será obrigatoriamente submetido ao exame de DNA, subentendendo-se que deverá fornecer, compulsoriamente, o material biológico destinado a esse exame. Trata-se, pois, de norma que estabelece um aberto confronto com o princípio segundo o qual ninguém está obrigado a produzir prova contra si próprio – *nemo tenetur se detegere*.”¹⁶⁹

Aury Lopes Junior ainda afirma: “(…) *o imputado não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para a realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita, etc.) etc.*”¹⁷⁰. No mesmo diapasão, Nuno Peixoto do Amaral, ao analisar o tema sob a luz da Constituição de Portugal, conclui:

“(…) a sujeição de arguido a tal meio de prova, quando não verificado o seu consentimento, colide de forma inofidável com o direito à não auto-incriminação, pois atenta invariavelmente com a essência de ‘voluntariedade’ que lhe subjaz, e neste sentido, contrária à Constituição.”¹⁷¹

¹⁶⁸ CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio. **Lei 12.654/12 (identificação genética): Nova inconstitucionalidade (?)**. Disponível em: < <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/06/04/lei-12-65412-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade/> >. Acesso em 15 de dezembro de 2013.

¹⁶⁹ MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação criminal pelo DNA**. Disponível em <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf> Acesso em 18 de Dezembro de 2013.

¹⁷⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Vol. 1, p. 201.

¹⁷¹ AMARAL, Nuno Peixoto do. **Impressão digital genética, base de dados de perfis de ADN e a dignidade da pessoa humana**. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 1035.

Seguindo esse mesmo posicionamento, Giancarlo Silkunas Vay e Pedro José Rocha e Silva pontuam que:

“(...) o princípio do *nemo tenetur se detegere*, muito além de se limitar ao direito ao silêncio (como, inclusive, positivado na CADH), trata-se do direito que possui o acusado de que o Estado não possa obrigá-lo a colaborar para a sua própria condenação, direito esse diretamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, toda e qualquer espécie normativa que se apresente ao nosso ordenamento jurídico contrariando tal direito individual (portanto cláusula pétrea), assim como se pretende mediante a possibilidade da coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético por meios de intervenção corporal contra a vontade do acusado (mormente nas espécies invasivas), há de ser considerada inconstitucional por com ele não se compatibilizar.”¹⁷²

Pese tais argumentos, em alguns casos não há que se falar em afronta aos princípios constitucionais em análise.

O princípio da presunção de inocência e o corolário *nemo tenetur se detegere* não devem ser entendidos de forma demasiadamente ampla, sob pena da atuação estatal na elucidação de crimes perca sua finalidade e seja sempre fadada ao insucesso. Ao discorrer sobre o direito de não produzir prova contra si mesmo, Eugênio Pacelli de Oliveira sustenta que a vedação à autoincriminação deve ser restrita aos direitos de não depor contra si, de não se declarar culpado, e de não se submeter a intervenções corporais ilegítimas. Segue o posicionamento do autor:

“(...) Nenhum texto de tratado internacional abriga as pretensões de extensão da não autoincriminação para além de suas forças, isto é, como o direito (esse sim!) de não depor contra si e nem se declarar culpado e como garantia individual de proteção contra intervenções corporais ilegítimas. Nos EUA, na Alemanha, na Espanha, na Itália, na Inglaterra, na França, em Portugal etc. etc., colhem-se impressões datiloscópicas, material para exame de DNA, fotografias (frente e verso), desde que autorizado na forma constitucional (em geral, pelo Judiciário). (...)

(...)

A exigência legal de submissão a determinadas ingerências corporais nada tem de inconstitucional, a priori. Poderão sê-lo, todavia, quando a) desnecessárias, b) gravosas, c) interfiram na capacidade de autodeterminação da pessoa.

¹⁷² VAY, Giancarlo Silkunas; SILVA, Pedro José Rocha e. **A identificação criminal mediante coleta de material biológico que implique intervenção corporal e o princípio do *Nemo tenetur se detegere***. Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 239, p. 13-14, out., 2012.

Mas, ainda assim, quando forem inconstitucionais, o que não é o caso de nenhuma intervenção prevista no Brasil atualmente (incluindo o bafômetro), não se terá violado o direito de permanecer em silêncio, mas sim outros princípios de mesma índole (constitucional), a depender de cada caso concreto.

Nada obstante, a recusa ao exame legalmente previsto não poderá servir de suporte à formação do convencimento judicial: o processo penal brasileiro exige prova provada e não convicção por presunção. A recusa, porém, não constituirá exercício de qualquer direito, mas violação a uma regra de dever, cujas consequências deverão ser previstas em lei. (...)”¹⁷³

Partindo desse entendimento, é possível afirmar que o direito de não produzir prova contra si mesmo não afasta por completo a realização da identificação criminal por perfil genético. As finalidades e os objetivos pretendidos com a nova técnica, sintetizados na elevada probabilidade de acerto na elucidação da autoria delitiva, bem como no sucesso para a identificação das pessoas e afastamento de erros judiciais, relevam a necessidade de sua implementação. Isso, contudo, deve ser concretizado mediante a garantia dos direitos do indivíduo submetido à essa técnica, afastando-se consequências gravosas ao seu aspecto físico e à sua capacidade de autodeterminação.

Guilherme de Souza Nucci, ao analisar o art. 3º da Lei nº 12.037/09 sob a luz dos direitos de defesa e de silêncio, bem como da proteção contra a autoincriminação, afirma: “(...) *tratando-se de identificação criminal, não possui o acusado o direito de se omitir ou de se recusar a colaborar com o Estado para individualizá-lo.*”¹⁷⁴. O autor justifica seu posicionamento dizendo que a identificação não representa aceitação de culpa, mas sim um procedimento para tornar exclusiva certa pessoa. A medida, portanto, é direito do Estado, voltada a afastar erros do Judiciário. Diante dessas características, o indivíduo que se recusa à identificação criminal pode incorrer em crime de desobediência.

Assim, a identificação criminal voltada à mera identificação do indivíduo não representa afronta ao *nemo tenetur se detegere*, já que em nenhum momento o indivíduo está produzindo prova contra si próprio, mas apenas sendo individualizado. Caso a pessoa se recuse a realizar a coleta de material genético, ela não estará exercendo um direito, mas sim agindo contra a legítima atuação do Estado, sendo possível, portanto, imputar-lhe sanções previstas em lei.

¹⁷³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Breves notas sobre a não autoincriminação**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 41, abr. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/eugenio_oliveira.html>. Acesso em 20 de janeiro de 2014.

¹⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Volume 2. 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 412.

Seguindo sua análise sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci, ao abordar o novo art. 9º-A da Lei de Execução Penal, também afasta eventual afronta ao *nemo tenetur se detegere*. Sustenta que a coleta de material genético de condenados por determinados crimes e seu respectivo armazenamento em banco de dados faz nascer uma nova fonte de pesquisa para o Estado, o que representa apenas um avanço do sistema investigatório. Segundo o autor, o indivíduo não fornece, necessariamente, material genético para fazer prova contra si mesmo, mas sim para a alimentação de um banco de dados. Segue seu posicionamento:

“(...) não se vai exigir do indiciado ou acusado que faça prova contra si mesmo doando material genético para confrontar com o perfil contido no banco de dados. Na verdade, a polícia poderá extrair da cena do crime todos os elementos necessários para estabelecer um padrão de confronto (ex: fio de cabelo, sêmen, sangue etc.). Diante disso, havendo dúvida quanto à identidade do autor, pode-se acessar o banco de dados para checar o perfil genético ali constante, a ser estabelecido por laudo pericial. O material encontrado na cena do crime não foi compulsoriamente extraído do autor da infração penal, mas apenas colhido pelo agente estatal. (...). Em suma, colher material genético para a identificação criminal de qualquer condenado não é procedimento suficiente para prejudicá-lo; ao contrário, busca-se assegurar sua perfeita individualização. Se, no futuro, ele tornar a cometer um crime e o Estado, de posse de material colhido no local do delito ou da vítima, puder confrontar com os dados constantes do banco genético, encontrando-se o autor, cuida-se do aperfeiçoamento do sistema investigatório. O acusado não forneceu, obrigatoriamente, material algum para fazer a prova contra si mesmo. O ponto de vista é outro: o Estado colheu dados noutras fontes e confrontou com perfil genético já existente.”¹⁷⁵

De forma semelhante, Mário Sérgio Sobrinho, antes mesmo do advento da Lei nº 12.654/12, sustentou que os dados obtidos por meio da identificação criminal poderiam ser empregados para a comprovação de fatos controvertidos, desde que houvesse autorização judicial para tanto e, em seguida, fosse realizada perícia específica. Essa medida, contudo, não poderia ser afastada pelo acusado mediante a alegação de possível afronta ao princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, já que “*o material colhido tem a*

¹⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Volume 2. 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 193.

finalidade básica de registrar os dados da identidade física do provável autor, propiciando o conhecimento ou a confirmação da identidade desta pessoa”¹⁷⁶.

Assim, a coleta de material genético de investigados ou acusados como medida inicial para a construção de um banco de dados de perfis genéticos não afronta a presunção de inocência e o corolário *nemo tenetur se detegere*, já que a coleta das informações não é realizada diretamente com a finalidade de produzir prova, mas sim para a constituição de um banco de dados que representa o avanço das técnicas de investigação adotadas pelo Estado. Em nenhum momento a coleta desses dados enseja a imputação da prática de crimes, mas apenas representa mais uma forma de identificação das pessoas, adotada pelo Estado como mecanismo para afastar erros do Judiciário e propiciar uma atuação mais correta da máquina estatal.

Nessa linha, o armazenamento desses dados e seu uso posterior como meio de prova em feitos futuros também não viola os princípios em estudo, pois nesse caso o Estado estará se valendo de informações por ele legalmente obtidas para o aperfeiçoamento de sua atividade investigativa.

Outrossim, a previsão legal de coleta de dados de perfil genético de condenados por determinados crimes também não afronta os princípios em estudo. A medida já se revela adequada à outras formas de criminalidade menos gravosas, desde que sua adoção seja imprescindível para as investigações e mediante autorização judicial, conforme previsto pelo art. 3º, IV, da Lei nº 12.037/09. Não há, portanto, motivos para se afastar essa obrigatoriedade nos casos em que o crime é revestido de maior gravidade, vez que é justamente nessas hipóteses em que a atuação Estatal deve ser mais incisiva.

Entretanto, acerca dessa possibilidade é necessário realizar algumas ponderações. Diversamente do que ocorre em relação à coleta material genético ordenada judicialmente com fundamento na imprescindibilidade da identificação para as investigações, a previsão constante do art. 9º-A da Lei de Execução Penal não permite que a recusa em fornecer o material genético acarrete a responsabilização do condenado por crime de desobediência. A solução diversa para a questão se impõe em razão da impossibilidade de aplicação do art. 260 do Código de Processo Penal à situação em tela. Conforme salienta Guilherme de Souza Nucci:

¹⁷⁶ SOBRINHO, Mário Sérgio. **A Identificação Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 85.

“(...) a postura do Código de Processo Penal é voltada a obrigar o réu a produzir, de algum modo, prova contra si mesmo. Em razão da consagração do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF), não se pode mais seguir tal prisma. Por outro lado, obrigar o réu a participar de sessões de reconhecimento, bem como de outros atos que podem levá-lo a produzir prova contra si, seria produto da mesma tendência. Enfim, é preciso alterar a interpretação deste artigo. Continua vigendo, certamente, a possibilidade do juiz determinar a condução coercitiva do réu para comparecer ao interrogatório, mas somente assim fará, caso necessite, por alguma razão, identificá-lo e qualificá-lo. Quanto ao interrogatório de qualificação, não tem o réu o direito ao silêncio. Mas, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua identidade, torna-se um constrangimento ilegal e abusivo determinar a sua condução compulsória. (...)”¹⁷⁷

Assim, conclui-se que a negativa de fornecimento do material genético na hipótese prevista pelo art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 12.037/09, somente permite a responsabilização do indivíduo por crime de desobediência porque a condução coercitiva é fundada no caráter fundamental do ato, pois se o indivíduo não é identificado corretamente na fase policial e no processo, toda a atividade investigativa e jurisdicional se torna inócua.

Por outro lado, a coleta de material genético prevista pelo art. 9º-A da Lei de Execução Penal não tem o mesmo caráter fundamental. O indivíduo já está devidamente identificado pelo Estado, havendo inclusive condenação criminal. Nesse caso, a coleta e o armazenamento dos dados genéticos servem apenas como medida inicial para a constituição de um banco de dados de perfis genéticos, não havendo motivos suficientes para responsabilizá-lo pelo crime de desobediência por sua negativa. A questão se torna ainda mais clara quando se admite que o banco de dados originado a partir dessas informações terá a finalidade prática de meio de prova para fatos futuros.

Dessa forma, o Estado pode determinar como consequência obrigatória da condenação por certos crimes a coleta de material genético para criação de um banco de dados, contudo, se a pessoa se recusar a fornecer o material necessário, nenhuma medida coercitiva ou punitiva poderá ser adotada, sob pena de afronta aos princípios em estudo.

No mais, cumpre salientar que a presunção de inocência e o direito de não produzir provas contra si mesmo, assim como todos os demais princípios de nosso ordenamento, não são absolutos. Sobre a questão, Fernando da Costa Tourinho Filho pondera que: “(...) a expressão ‘presunção de inocência’ não pode ser interpretada ao pé da letra, literalmente, do contrário os inquéritos e os processos não seriam toleráveis, visto não ser

¹⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 12 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 597.

*possível inquérito ou processo em relação a uma pessoa inocente. (...)''*¹⁷⁸. Transpondo essa ideia para o tema em análise, Carlos Henrique Borlido Haddad explica que:

“É incorreto afirmar que nenhuma prova pode ser admitida no processo se produzida inibindo a liberdade de autodeterminação do réu. Necessário evitar que da previsão normativa do direito de permanecer calado se depreenda uma verdadeira cultura de não-colaboração e de absoluta intangibilidade. Melhor, é preciso que a ausência do dever de cooperação do acusado seja compreendida nos seus devidos termos.

O Estado tem o poder de agir com o emprego de força para colher provas e assegurar a aplicação da lei penal. A estruturação de um direito genérico de não suportar nenhuma diligência de prevenção, de inquirição e de prova poderia deixar desguarnecidas as autoridades encarregadas da persecução penal no desempenho de legítimas atividades de proteção da convivência e da segurança social. Em decorrência, o exercício da vis absoluta está autorizado, ao mesmo tempo em que é excluída a incidência do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Se não se impuser ao acusado a obrigação de suportar negativamente diligências em sua pessoa, a investigação das infrações penais seria inviabilizada, pois se vedaria exigir identificação dactiloscópica, tirar fotografias para registro criminal, submeter-se ao reconhecimento pessoal, sujeitar-se à prisão provisória de finalidade instrutória indireta etc. Essas imposições já existem no direito brasileiro e a previsão de intervenções corporais em nada inovaria, no sentido de restringir direitos do réu.”¹⁷⁹

Assim, ainda que se aponte a existência de afronta aos princípios da presunção de inocência e ao corolário *nemo tenetur se detegere*, tal fato não implicaria de imediato na inconstitucionalidade da criação de um banco de dados de perfis genéticos para fins criminais, pois há a possibilidade de redução da incidência desses princípios nos casos em que houver lesão ou perigo de lesão de outras vontades legítimas e superiores. No tema em estudo, essas outras vontades podem ser traduzidas no desejo coletivo por segurança, diretamente atrelado à necessidade de prevenção e repressão da criminalidade.

Nesse ponto é interessante aprofundar a análise na ideia de busca pela verdade real, já que este princípio configura argumento permissivo para a realização da coleta e do armazenamento de dados de perfil genético com a finalidade de constituição de um banco de dados específico para fins criminais.

¹⁷⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.72.

¹⁷⁹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais: regulamentação**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.10, nº 39, 2007, p. 240.

4.4. Verdade real:

Em razão da função punitiva do Estado, o Processo Penal deve se voltar à busca da verdade, que, provada nos autos, servirá de fundamento para a sentença. Assim, a busca pela verdade real nada mais é do que a conjugação de esforços das partes e do magistrado na elucidação dos fatos em âmbito processual, de modo a garantir que a sentença final corresponda ao máximo com a realidade fática. Ao analisar esse princípio, Fernando da Costa Tourinho Filho explica que:

“(...) quando se fala em verdade real, não se tem a presunção de chegar à verdade verdadeira, como se costuma dizer, ou, se, se quiserem, à verdade na sua essência – esta é acessível apenas à Suma Potestade –, mas tão somente salientar que o ordenamento confere ao Juiz penal, mais que ao Juiz não penal, poderes para coletar dados que lhe possibilitem, numa análise histórico-crítica, na medida do possível, restaurar aquele acontecimento pretérito que é o crime investigado.”¹⁸⁰

O autor acrescenta ainda que, em razão das limitações e falibilidades humanas, o termo “verdade real” não seria o mais adequado, sendo pertinente, na realidade, falar-se em “verdade processual” ou “verdade forense”, já que nem sempre aquilo que é comprovado nos autos de fato ocorreu no plano da realidade.

Sobre a questão, Guilherme de Souza Nucci¹⁸¹ esclarece que a finalidade do princípio da verdade real no processo penal é fomentar sentimento de busca da verdade no magistrado. O juiz não pode assumir uma postura passiva, pois é comum que na seara criminal os direitos fundamentais da pessoa estejam em conflito com a segurança da sociedade. Explica ainda que a adoção do princípio não implica plena correspondência entre os fatos apurados no processo e a realidade, pois o sistema probatório tem valor relativo.

Dessa forma, a busca pela verdade real no âmbito criminal significa a adoção de medidas diversas para que as partes possam levar ao processo as provas que, de acordo com seu posicionamento, correspondem com a verdade dos fatos. O magistrado, por sua vez, não pode permanecer inerte, sendo altamente recomendado que, em determinadas circunstâncias, determine a produção de provas de ofício. A verdade real, portanto, é o fim

¹⁸⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58.

¹⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 12 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 368.

buscado por todos os agentes do processo, mas nem sempre será absoluta em razão da falibilidade dos métodos investigativos, que nem sempre traduzirão fielmente a realidade.

Contudo, conforme explicitado por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, a atuação do magistrado na busca pela verdade real é vista com ressalvas por parte da doutrina, já que tal postura seria contrária à adoção de um sistema penal acusatório. Sobre a questão, os autores aduzem:

“O processo penal não se conforma com ilações fictícias ou afastadas da realidade. O magistrado pauta o seu trabalho na reconstrução da verdade dos fatos, superando eventual desídia das partes na colheita probatória, como forma de exarar um provimento jurisdicional mais próximo possível do ideal de justiça. Todavia, a proatividade judicial na produção probatória encontra forte resistência doutrinária em razão do filtro constitucional desempenhado pela adoção do sistema acusatório, limitando a atuação do julgador (...)”¹⁸²

De forma semelhante, Eugênio Pacelli de Oliveira salienta que:

“O chamado princípio da *verdade real* rendeu (e ainda rende) inúmeros frutos aos aplicadores do Código de Processo Penal, geralmente sob o argumento da relevância dos interesses tratados no processo penal. A gravidade das questões penais seria suficiente para permitir uma busca mais ampla e mais intensa da verdade, ao contrário do que ocorreria, por exemplo, em relação ao processo civil.

Não iremos muito longe. A busca da verdade real, em tempos ainda recentes comandou a instalação de práticas probatórias as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade.

Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi responsável pela implantação da idéia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal.

O aludido princípio, batizado como o da verdade real, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de efeitos mágicos, autorizava uma atuação judicial supletiva e

¹⁸² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 60.

substantiva da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos autorizava, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, a *par conditio* (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de convicção e atuação, do juiz, impedem-no.”¹⁸³

Verifica-se, portanto, que o princípio da verdade real, embora adotado pelo direito processual penal pátrio, também tem limitações, sendo vedada a admissão de arbitrariedades estatais. Acerca das restrições impostas ao princípio, Renato Brasileiro de Lima ensina:

“(...) essa busca da verdade no processo penal está sujeita a algumas restrições. Com efeito, é a própria Constituição Federal que diz que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5, inc. LVI). O Código de Processo Penal também estabelece outras situações que funcionam como óbice à busca da verdade: impossibilidade de leitura de documentos ou exibição de objetos em plenário do júri, se não tiverem sido juntados aos autos com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte (CPP, art. 479), as limitações ao depoimento de testemunhas que têm ciência do fato em razão do exercício de profissão, ofício, função ou ministério (CPP, art. 207), o descabimento de revisão criminal contra sentença absolutória com trânsito em julgado (CPP, art. 621), ainda que surjam novas provas contra o acusado.”¹⁸⁴

Ante o exposto, o processo penal exige que o magistrado e as partes atuem na busca pela verdade. Embora essa verdade nem sempre seja alcançada, e pese as críticas ao princípio em estudo, os esforços despendidos em sua direção garantem que o devido processo legal seja assegurado, pois permitir e incentivar essa atuação dos agentes processuais colabora para a igualdade das partes e para o exercício do contraditório. Assim, pode-se dizer que, em âmbito constitucional, a busca pela verdade real decorre do princípio do devido processo legal, constante do art. 5º, inciso LIV, da Carta Magna, já que na esfera criminal o devido processo legal se concretiza mediante a máxima aproximação da verdade.

No mais, nossa legislação traz diversos dispositivos que evidenciam a busca pela verdade real. O art. 197 do Código de Processo Penal, por exemplo, relativiza a validade da confissão do acusado, impondo a necessidade de busca da verdade em outros elementos de

¹⁸³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 285-286.

¹⁸⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 50.

prova. Da mesma forma, o art. 209 do mesmo diploma legal possibilita que o juiz ouça outras testemunhas, além das indicadas pelas partes, como forma de melhor elucidar os fatos.

No mesmo diapasão, a criação de um banco de dados de perfis genéticos para fins criminais também enaltece a busca pela verdade real. A medida é dotada de elevado grau de probabilidade de acerto, permitindo que os indivíduos sejam individualizados de forma mais precisa. Não bastasse, os dados obtidos podem servir como meio de prova para a acusação e a defesa, favorecendo todos os sujeitos processuais de forma igualitária. Ademais, é de suma importância que outras ciências sejam empregadas na área jurídica como forma de aprimorar os meios de prova e a busca pela verdade real. Julio Fabbrini Mirabete explica que:

“Como no processo penal brasileiro vige o princípio da verdade real, não há limitação dos meios de prova. A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade. Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei. A investigação deve ser a mais ampla possível, já que tem como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias do crime. Nada impede, portanto, que se utilizem provas com a utilização de meios técnicos ou científicos, como gravações em fita magnética, fotos, filmes, videofonograma etc., desde que obtidas lícitamente.”¹⁸⁵

Assim, é certo que a busca por essa verdade não deve representar afronta a direitos individuais. Nesse sentido, a identificação criminal por dados de perfil genético e a instituição de um banco de dados dessa natureza permite que o processo penal se aproxime da verdade mediante o emprego de técnica atrelada à biotecnologia e, a depender da forma de sua instituição, não representa afronta a direitos individuais, mas, quanto muito, mera redução de sua incidência nos casos em que direitos de igual ou superior valor se revelem afetados.

É interessante frisar que a busca pela verdade real, tão desejada no processo penal pátrio, pode ensejar o afastamento de algumas formalidades como meio de garantir que o resultado final do processo se aproxime ao máximo da realidade fática. Aqui, assume relevância o princípio da liberdade probatória, decorrente da ideia de busca pela verdade real, que será melhor analisado posteriormente, quando do estudo da produção probatória à luz da Lei nº 12.654/12.

¹⁸⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 260.

4.5. Legalidade:

O princípio da legalidade geral é previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal, segundo o qual “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. Esse princípio também incide especificamente na esfera penal, traduzindo a ideia de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, e art. 1º do Código Penal).

A depender de seu campo de incidência, a legalidade gera consequências diversas. Tratando-se de particulares, somente serão vedadas as condutas expressamente proibidas em lei, sendo plenamente possível realizar tudo aquilo que a lei não proíbe. Tratando-se da atuação do Poder Público, será possível agir apenas nos termos das permissões previstas expressamente em lei, ou seja, o Estado somente pode praticar os atos autorizados pela legislação, e nada mais. Dessa forma, sob a ótica do princípio da legalidade, a atuação estatal é mais restrita que a atuação particular.

Conclui-se, portanto, que o Estado pode impor restrições aos indivíduos mediante sua intervenção na esfera particular apenas se houver expressa e prévia previsão legal autorizando a medida. Da mesma forma, os particulares podem se opor à prática de atos que não forem expressamente ordenados por lei. É justamente por força desse princípio que a identificação criminal é prevista como exceção em nosso sistema, sendo realizada somente nos casos permitidos em lei.

Todas as peculiaridades concernentes ao tema devem ser previstas em lei, pois somente dessa forma que boa parte das discussões existentes perderão espaço. Dessa forma, o emprego dos dados de perfil genético na qualidade de meio de prova, as especificidades acerca do prazo de armazenamento e controle de acesso ao dados, dentre outras questões, deverão ser expressamente abordadas pela legislação, pois somente assim será conferida a segurança jurídica necessária à instituição de bancos de dados dessa natureza.

Transpondo essa ideia para o âmbito da coleta e armazenamento de dados de perfis genéticos para fins de identificação criminal, Norma Sueli Bonaccorso afirma:

“(...) Todas as restrições a um direito, principalmente quando são direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, devem estar previstas em uma lei (*nulla coactio sine lege*). Para o estabelecimento desta limitação, são necessárias quatro exigências em relação à sua previsão: *lex previa, scripta, certa e stricta*. Isso irá contribuir para maior garantia e segurança jurídica, uma vez que se o indivíduo irá sofrer limitação em alguns de seus direitos, ela há de contar com uma referência

para comprovar se efetivamente é legal e legítima a restrição a que ele será submetido. (...) Toda intervenção corporal no curso do processo penal, por afetar o direito à integridade física e à intimidade, nos casos de coleta biológica para exames de DNA, não pode ser autorizada através de regulamentos, mas sim deverá estar prevista por uma lei.”¹⁸⁶

Em sentido semelhante, Carlos María Romeo Casabona explica:

“(...) ha de reconocerse que esta materia está sometida al principio de reserva de ley, por hallarse involucrados derechos fundamentales de las personas, los cuales pueden experimentar alguna restricción (en concreto, las derivadas de la incorporación de los datos de los perfiles de ADN del sujeto sin tener en cuenta su voluntad al respecto).

El principio de legalidad comporta asimismo que todos aquellos aspectos que pueden afectar más directamente a los derechos fundamentales sean regulados con la mayor concreción y claridad posibles (p. ej., sujetos que pueden ser incluidos, por qué tipo de delitos, plazo de permanencia en la base, etc.).”¹⁸⁷

Assim, denota-se que o princípio em tela assume relevância em vários aspectos da identificação criminal e na criação de um banco de dados de perfis genéticos. Somente poderá ser realizada a identificação criminal por meio dessa nova técnica se houver previsão legal indicativa de todas as hipóteses e circunstâncias permissivas para sua adoção. Além disso, o emprego das informações obtidas na qualidade de meio de prova também deverá ser expressamente previsto em lei, sob pena de inconstitucionalidade da medida.

Nesse aspecto, a partir de uma primeira análise, é possível afirmar que a Lei nº 12.654/12 atende ao princípio da legalidade, já que indica as hipóteses nas quais a medida é permitida, bem como casos nos quais as informações poderão ser empregadas na qualidade de meio de prova. No mais, a lei traz previsões voltadas à preservação dos interesses do indivíduo submetido a essa nova técnica de identificação, conferindo obrigações ao Estado nos moldes da aplicação do princípio da legalidade ao poder público.

A técnica legislativa adotada pela Lei nº 12.654/12, contudo, não foi a mais apurada, já que existem diversas polêmicas sobre a matéria que ainda merecem ser

¹⁸⁶ BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 132-133. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/>>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

¹⁸⁷ ROMEO CASABONA, Carlos María. **Bases de datos de identificadores a partir Del ADN com fines de investigación criminal**. Revista do Ministério Público de La Defensa, Buenos Aires, v.5, n.6, abr.2011, p.10-11.

esclarecidas, bem como diversos pontos nos quais a lei se omite ou onde a temática exige previsões mais precisas. Exemplificando a questão, a Lei nº 12.654/12 deixa a desejar quando o assunto é a previsão do emprego dos dados de perfil genético como meio de prova.

Nas modificações operadas em relação à Lei nº 12.037/09, não consta especificamente que os dados poderão ser empregados nessa qualidade, contudo, a medida se revela possível a partir do estudo sistemático da questão. Comprovada a necessidade da nova técnica de identificação, o indivíduo não estará produzindo prova contra si, mas apenas sendo individualizado no bojo de determinado feito, tendo suas informações de perfil genético armazenadas em banco de dados criminal voltado à essa finalidade. O Estado, em momento futuro, poderá consultar esses banco para a realização de sua atividade investigativa, já que as informações foram obtidas de forma legítima. Atualmente, é isso que ocorre em relação às impressões digitais. Aqui, como a medida é inicial e primordialmente voltada à finalidade de individualização da pessoa submetida à investigação criminal, sua recusa implicará na responsabilização pelo crime de desobediência.

Se as informações de perfil genético forem previamente coletadas com a finalidade precípua de identificação geral da população e inseridas em banco de dados próprio, a discussão teria fim. Neste caso a coleta dos dados também não se dá especificamente com a finalidade de produção probatória, mas sim de individualização da pessoa e alimentação de um banco de dados estatal voltado aos mais diversos fins, sendo seu uso como meio de prova permitido, tal qual ocorre com os demais dados pessoais constantes em outros bancos de dados. A medida, contudo, exige prévia previsão legal por força do princípio da legalidade, ainda não sendo possível em nosso ordenamento ante a ausência de lei específica determinando a criação de banco de dados dessa natureza.

As alterações promovidas à Lei de Execução Penal, de forma diversa, possibilitam expressamente o uso dos dados de perfis genéticos como meio de prova em feitos futuros, admitindo-se que as Autoridades Policiais tenham acesso aos dados referentes a pessoas previamente condenadas por determinados crimes. A coleta dos dados, nesse caso, ocorre como consequência da condenação, não havendo submissão da medida à análise do Judiciário. Conforme já abordado, nessa hipótese a negativa do condenado ao fornecimento do material genético não pode ensejar a adoção de medidas sancionatórias ou coercitivas, pois representaria afronta à sua intimidade e ao direito de não produzir prova contra si mesmo.

A coleta e o armazenamento dos dados de condenados soa como um primeiro passo para a constituição de um banco de dados que ainda se pretende ampliar, o que é positivo. Entretanto, por força da especificidade da medida, que abrange número reduzido de

indivíduos, a realização de futuras diligências pelas Autoridades Policiais seria restrita, ao menos em um primeiro plano. Tal banco de dados conteria informações relativas a indivíduos que já seriam conhecidos ou estariam previamente identificados por tais autoridades, de modo que o armazenamento de seus dados com a finalidade de investigações futuras poderia trazer poucos resultados significativos na prática.

Outrossim, caso o indivíduo se recuse a fornecer o material genético, sua vontade deverá ser respeitada, justamente porque os dados obtidos seriam primordialmente utilizados com finalidade probatória, o que significaria afronta ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Interessante seria, portanto, que a lei trouxesse outra forma de alimentação do banco de dados dessa natureza, ou então fixasse regras mais claras quanto à necessidade de coleta e armazenamento dos dados de perfil genético referentes a condenados. Apenas a título de exemplo, a lei poderia fixar a coleta de dados de perfil genético de toda a população como método de identificação civil, permitindo o acesso a estes dados para fins de persecução penal.

Ao analisar o emprego dos dados de perfis genéticos como de meio de prova no processo penal português, Sônia Fidalgo defende que:

“Para que se possa recorrer à determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal, prescindindo do consentimento do arguido, terá de haver uma lei que, expressamente, regule estas e outras questões. Só deste modo será admissível uma tal restrição dos direitos fundamentais do arguido (...). De qualquer modo, uma decisão que ordene a análise de ADN, para além de ter de se basear numa lei (que, entre nós, não existe), deve fundamentar sempre a proporcionalidade da medida (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito). (...)”¹⁸⁸

Por fim, a instituição de bancos de dados de perfis genéticos para fins de identificação criminal e seu emprego na qualidade de meio de prova exige a análise de alguns princípios constitucionais e processuais, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, os quais assegurarão a defesa dos direitos dos indivíduos submetidos à medida.

¹⁸⁸ FIDALGO, Sônia. **Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v. 16, n. 1, jan./mar.. 2006, p. 146.

4.6. Devido processo legal, contraditório e ampla defesa:

A Lei nº 12.654/12 instituiu a possibilidade de identificação criminal por perfil genético em nosso ordenamento, contudo, o emprego dessa nova forma de identificação exige a observância de um devido processo legal. A exigência constitui princípio informativo do direito processual penal, previsto pelo art. 5º, LIV, da Constituição Federal (*“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*), do qual decorrem inúmeras garantias.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ensinam que o devido processo legal deve ser entendido como:

“(...) o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.”¹⁸⁹

Por força do princípio do devido processo legal é que a identificação criminal por perfil genético foi inserida com caráter excepcional em nosso ordenamento, somente sendo permitida caso a identificação civil e, posteriormente, a identificação criminal pelos meios tradicionalmente utilizados não se revelarem suficientes. No mais, é também em razão desse princípio que todas as peculiaridades concernentes à coleta e armazenamento dos dados de perfis genéticos deverão ser detalhadas em lei, como forma de afastar eventuais nulidades ou abusos quando de sua adoção.

A ideia de um devido processo legal desdobra-se em outros princípios e direitos constantes de nosso ordenamento. Como consequências do devido processo legal é possível mencionar o contraditório e a ampla defesa, que assumem importância no tema em estudo em razão da possibilidade de emprego dos dados de perfil genético como meio de prova. Nesses casos, somente mediante o correto exercício do contraditório e da ampla defesa é que são asseguradas a isonomia das partes e a paridade de armas, por exemplo.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão previstos no art. 5º, LV, da Constituição Federal, segundo o qual: *“aos litigantes, em processo judicial ou*

¹⁸⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 88.

administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O contraditório é princípio típico do sistema acusatório, adotado pelo Direito Penal pátrio. Nesse sistema a acusação e a defesa são exercidos por órgãos diversos, sendo necessário, portanto, que ambos atuem em igualdade de condições para que a atividade jurisdicional proporcione resultados próximos da realidade fática. Assim, o princípio em tela é aplicável a todas as partes processuais. Sobre o contraditório, Fernando da Costa Tourinho Filho explica:

“Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Traduz a idéia de que a Defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido em juízo pela parte contrária. Já se disse: a todo ato produzido por uma das partes caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte *ex adversa*. Assim, se o Acusador requer a juntada de um documento, a parte contrária tem o direito de se manifestar a respeito. E vice-versa. Se o Defensor tem o direito de produzir provas, a Acusação também o tem. (...)”¹⁹⁰

No mesmo sentido, Vicente Greco Filho ensina que:

“O contraditório pode ser definido como o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, e consiste praticamente em: poder contrariar a acusação; poder requerer a produção de provas que devem, se pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas; acompanhar a produção das provas, fazendo, no caso de testemunhas, as perguntas pertinentes que entender cabíveis; falar sempre depois da acusação; manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais deve estar presente; e recorrer quando inconformado.

Essas providências de defesa estão previstas como faculdades na legislação processual e não precisam efetivar-se em todos os casos, podendo o réu deixar voluntariamente de exercer as que entender desnecessárias”¹⁹¹

A ampla defesa, por seu turno, embora prevista no mesmo dispositivo constitucional que o contraditório, dele difere, pois refere-se apenas ao acusado. Assim, de

¹⁹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63.

¹⁹¹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. rev. atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57.

acordo com Guilherme de Souza Nucci, a ampla defesa é um princípio constitucional processual concernente ao indivíduo, enquanto o contraditório é princípio constitucional processual concernente à relação processual. O autor explica a ampla defesa da seguinte maneira:

“Significa que ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. (...). Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal.”¹⁹²

Feitas essas ponderações, cumpre salientar que há entendimento no sentido de que o exercício do contraditório se restringe à fase processual, pois somente nesse momento haverá uma acusação formalizada. Assim, não seria possível exercê-lo durante o inquérito policial, já que ali não há acusação, mas sim mera atividade investigatória incompatível com o contraditório. Sobre essa impossibilidade, Fernando da Costa Tourinho Filho argumenta que:

“(...) O que não se concebe é a permissão do contraditório naquela fase informativa que antecede à instauração do processo criminal, pois não há ali nenhuma acusação. Não havendo, não se pode invocar o princípio da *par conditio* – igualdade de armas. Todos sabemos que não se admite um decreto condenatório respaldado, exclusivamente, nas provas apuradas na etapa pré-processual. A Autoridade Policial não acusa; investiga. E investigação contraditória é um não senso. Se assim é, parece-nos não ter sentido estender o instituto do contraditório ao inquérito, em que não há acusação. (...)”¹⁹³

Entretanto, nada impede que as provas produzidas durante o inquérito policial sejam submetidas ao contraditório, o que ocorrerá somente quando transportadas para a fase processual. Dessa forma, o contraditório não é totalmente afastado, mas apenas diferido. Nesse sentido, Antonio Scarance Fernandes esclarece:

¹⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 12 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 47-48.

¹⁹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65.

“Só se exige a observância do contraditório, no processo penal, na fase processual, não na fase investigatória. É o que se extrai do art. 5º, LV, da Constituição Federal. Ao mencionar o contraditório, impõe seja observado em processo judicial ou administrativo, não estando aí abrangido o inquérito policial, o qual constitui um conjunto de atos praticados por autoridade administrativa, não configuradores de um processo administrativo. Sequer o inquérito é procedimento, pois falta-lhe característica essencial do procedimento, ou seja, a formação por atos que devam obedecer a uma sequência predeterminada pela lei, em que, após a prática de um ato, passa-se à do seguinte até o último da série, numa ordem a ser necessariamente observada.

(...)

Ainda durante a investigação, é comum haver necessidade de medidas restritivas de ordem patrimonial ou pessoal, como o exame de corpo de delito, a perícia complementar, o exame do local do crime. (...)

(...)

Entre nós, essas medidas e as perícias são, em regra, determinadas durante a investigação, sem a audiência do suspeito ou indiciado e sem participação de advogado. A observância do contraditório é feita depois, dando-se oportunidade ao acusado de, no processo, contestar a providência restritiva ou de combater a prova pericial realizada no inquérito. Fala-se em contraditório diferido ou postergado.¹⁹⁴

Assim, denota-se que, quando a identificação criminal por perfil genérico for utilizada como meio de prova, será necessário conferir à parte contrária oportunidade para manifestar-se a respeito.

Se a técnica for empregada na qualidade de prova na fase processual, essa manifestação poderá abranger, por exemplo, os requerimentos de nomeação de assistente técnico, de realização de nova perícia, de análise de eventual contraprova, ou até mesmo a formulação de quesitos.

Da mesma forma, quando a identificação criminal por perfil genético for realizada durante o inquérito policial e utilizada como prova ainda nessa fase, também será necessário conferir à defesa o direito de manifestar-se sobre a prova obtida. Essa participação da defesa poderá, se possível, ser realizada ainda na fase policial, mediante o acompanhamento da perícia, por exemplo. Contudo, caso a oportunidade de manifestação não seja conferida na fase policial, o contraditório poderá ser exercido de forma diferida. Sobre a questão, Antônio Alberto Machado afirma:

¹⁹⁴ SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 62-63.

“(...) se a identificação pelo DNA é um meio de prova, determinado por ordem judicial, então é providência que deve ser realizada em contraditório, isto é, com a efetiva participação do indiciado e seu defensor, aos quais deve ser facultado o direito de acompanhar a perícia, de indicar perito assistente, de formular quesitos e, se for o caso, de requerer nova perícia, aplicando-se por analogia o art. 156, I e art. 225 do CPP que disciplinam a produção antecipada de prova.”¹⁹⁵

Transpondo as ideias apresentadas para o tema em estudo, verifica-se que a identificação criminal por perfil genético e a instituição de um banco de dados para armazenamento dessas informações não representam afronta aos princípios do contraditório, da igualdade das partes e da paridade de armas.

Embora a Lei nº 12.654/12 não traga regras específicas sobre o exercício do contraditório em relação à prova obtida por meio da coleta de perfil genético, as regras gerais acerca de tal direito constitucional deverão incidir. Assim tal qual ocorre em relação às perícias de praxe, nada impede que seja conferida à parte contrária o direito de manifestar-se. Pese tal possibilidade, o mais adequado seria que a lei trouxesse essa previsão de forma expressa, colocando fim aos questionamentos existentes.

Ademais, insta frisar que a coleta e o armazenamento dos dados de perfil genético, conforme previsto pelo art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 12.037/09, pode ser aproveitada como elemento probatório pela acusação e pela defesa, havendo, portanto, paridade de armas. Caso o emprego como meio de prova seja realizado ainda na fase policial, a falta da participação das partes não prejudicará o exercício do contraditório, que poderá ser exercido durante a instrução processual, não havendo qualquer cerceamento de defesa, tampouco violação à paridade de armas.

O art. 9º-A da Lei de Execução Penal não tem redação muito adequada, contudo, ensejará o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa desde que asseguradas as condições necessárias ao seu exercício. Tal qual todas as demais, as provas produzidas com base nesses dados não possuem valor absoluto, sendo plenamente contestáveis pela parte que se considerar prejudicada. Outrossim, nada impede que as partes exerçam o contraditório de forma diferida, requerendo, por exemplo, a elaboração de nova perícia ou apresentando outros elementos que afastem o seu resultado nos feitos futuros.

O exercício do contraditório e da ampla defesa ainda se relacionam à ideia de isonomia e paridade de armas, a seguir abordados.

¹⁹⁵ MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação criminal pelo DNA**. Disponível em <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf> Acesso em 03 de janeiro de 2014.

4.7. Isonomia, igualdade das partes e paridade de armas:

O princípio da isonomia, também denominado de princípio da igualdade, se origina a partir do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, segundo o qual “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)*”.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, ao abordar referido princípio, afirmam que:

“A Constituição da República instituiu o princípio da igualdade como um dos seus pilares estruturais. Por outras palavras, aponta que o legislador e o aplicador da lei devem dispensar tratamento igualitário a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza. Assim, o princípio da isonomia deve constituir preocupação tanto do legislador como do aplicador da lei.

No mais das vezes a questão da igualdade é tratada sob o vértice da máxima aristotélica que preconiza o tratamento *igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade*. A locução, conquanto correta, parece não concretizar explicação adequada quanto ao sentido e ao alcance do princípio da isonomia, porque a grande dificuldade reside exatamente em determinar, em cada caso concreto, quem são os iguais, quem são os desiguais, e qual a medida dessa desigualdade.”¹⁹⁶

Ainda sobre a conceituação do princípio, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco explicam:

“(...) do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais.

A aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento

¹⁹⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 131.

desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial.”¹⁹⁷

Assim, o princípio da isonomia exige a análise da igualdade em termos gerais, bem como em situações específicas, de modo que, em determinadas circunstâncias, admite-se a concessão de tratamento desigual a certos grupos, em seu benefício ou prejuízo, como forma de conferir-lhes tratamento materialmente igualitário.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao se aprofundar no estudo do princípio da igualdade, fixou cinco hipóteses de afronta a tal princípio constitucional, sintetizados da seguinte forma:

- “I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.
- II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator ‘tempo’ – que não descansa no objeto – como critério diferencial.
- III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados;
- IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.
- V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.”¹⁹⁸

Do ponto de vista material, portanto, a identificação criminal por perfil genético e a instituição de um banco de dados próprio deve observar os critérios acima indicados, pois nos termos da Lei nº 12.654/12 a medida é restrita a investigados e aos condenados por determinados crimes, havendo dúvida se tal forma de instituição fere a isonomia.

A previsão constante do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 12.037/09 fixa a identificação criminal por perfil genético para as hipóteses nas quais a medida se revela

¹⁹⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 59-60.

¹⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. atual., 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 47-48.

necessária como forma de individualizar determinada pessoa no curso de investigações. Assim, são destinatários da norma pessoas futuras e indeterminadas, pois não é possível antever em quais circunstâncias haverá a necessidade da medida para as investigações. O critério discriminador reside nos fatos, já que é a partir da circunstância fática que será determinada a necessidade da medida excepcional. Nesse aspecto, portanto, a medida se adequa aos dois primeiros critérios apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello.

No mais, o *discrimen* adotado, consistente na situação fática que indique a necessidade da medida para as investigações criminais, mantém relação lógica com a realização ou não da identificação criminal, pois fixa a excepcionalidade da técnica, determinando sua realização somente nos casos onde haja sua necessidade, a partir de decisão judicial. O terceiro requisito, portanto, também se encontra preenchido ante a pertinência lógica da realização da identificação criminal por perfil genético em certas circunstâncias.

Os efeitos a serem obtidos com o tratamento diferenciado a determinados indivíduos a partir de sua identificação criminal por perfil genético se coadunam a interesses prestigiados constitucionalmente. Embora alguns admitam que a medida viola direitos como a intimidade, por exemplo, a redução destes direitos individuais se justifica pela prevalência do interesse coletivo na elucidação de crimes e pelo direito e dever do Estado de identificar as pessoas. Preenchido, portanto, o quarto requisito, já que os efeitos da identificação criminal por técnica diferenciada conduz à um processo justo e satisfaz interesses prestigiados constitucionalmente. Da mesma forma, o quinto requisito encontra-se presente, pois a lei instituiu claramente o critério de *discrimen*, qual seja, a necessidade da medida para as investigações, a ser analisada mediante decisão judicial.

Sob estes aspectos, portanto, a previsão constante do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 12.037/09 revela-se compatível ao princípio da isonomia.

A mesma análise deve ser feita em relação ao art. 9º-A da Lei de Execução Penal. Referido dispositivo determina que a identificação criminal será realizada em relação aos condenados por determinados crimes com a finalidade de constituição de um banco de dados de perfis genéticos que poderá ser empregado como meio de prova em feitos futuros. O primeiro requisito para verificação da isonomia está preenchido, pois o dispositivo abrange os condenados por certos crimes, ou seja, um grupo ou categoria de indivíduos.

Nesse dispositivo o critério discriminador é a condenação criminal pela prática de crimes específicos, circunstância fática relacionada aos indivíduos que serão submetidos à identificação criminal por perfil genético. Preenchido, assim, o segundo requisito para análise da isonomia.

O terceiro requisito, consistente em pertinência lógica na disparidade de tratamento conferido pela lei, exige um estudo mais aprofundado. A identificação criminal é realizada como forma de individualizar as pessoas, sendo necessária, portanto, nos casos onde a real identidade é desconhecida ou duvidosa. Tratando-se de pessoas condenadas criminalmente, não há essa necessidade de identificação após a sentença, já que durante a fase policial ou durante a instrução criminal sua individualização já foi corretamente realizada, caso contrário a condenação não seria viabilizada.

A identificação criminal por perfil genético, nesse caso, serviria como forma inicial de alimentação de um banco de dados próprio, a ser consultado por autoridades com a finalidade de favorecer investigações criminais futuras. Nesse aspecto a medida se revela lógica, pois a criação de um banco de dados de perfis genéticos com finalidade probatória futura deve iniciar de alguma maneira, e nada mais coerente do que fazê-lo em relação aos indivíduos condenados por crimes graves, já que existe certa probabilidade de tais pessoas retornarem à criminalidade.

Contudo, conforme já mencionado, a medida não se revela muito adequada do ponto de vista prático, ante o restrito número de diligências que a alimentação do banco com esses dados viabilizaria para as Autoridades Policiais, bem como os reduzidos resultados significativos na prática. Assim, em relação ao terceiro requisito, a medida, a depender do ponto de vista apresenta pertinência lógica, embora deixe muito a desejar sob o aspecto prático.

Acerca do quarto requisito, consistente na constitucionalidade dos efeitos do *discrímen*, também há algumas ressalvas a serem feitas. Embora alguns admitam que a previsão contida no art. 9º-A da Lei de Execução Penal viole a intimidade e o *nemo tenetur se detegere*, por exemplo, nada impede sua instituição, desde que adotadas medidas paralelas para minimizar a redução destes direitos individuais. A negativa do indivíduo em fornecer o material genético deve ser respeitada, e caso os dados sejam empregados em feitos futuros como meio de prova, deverão ser assegurados o exercício do contraditório e da ampla defesa naqueles autos.

Nesse quarto aspecto, portanto, a previsão do art. 9º da Lei de Execução Penal deixa a desejar, sendo inadequada do ponto de vista da isonomia. Entretanto, a adoção de algumas medidas podem reverter essa situação. Assim, a instituição de um banco de dados de perfil genético a partir de material coletado de condenados por determinados crimes não é de imediato inconstitucional, a depender do modo e dos requisitos previstos para sua criação.

No mais, o quinto requisito encontra-se presente, pois a lei instituiu claramente o critério de *discrímen*, que reside na condenação criminal por certas condutas.

Feita essa análise, é necessário transportar o princípio da isonomia para a seara processual penal. Nesse aspecto, Antonio Scarance Fernandes pontua duas manifestações diversas da igualdade:

- “1.^a) como exigência de mesmo tratamento aos que se encontrem na mesma posição jurídica no processo (...);
- 2.^a) como exigência de igualdade de armas no processo para as partes, ou *par condicio*, assegurando-se às partes equilíbrio de forças; no processo penal, igualdade entre Ministério Público, ou querelante, e acusado.”¹⁹⁹

Assim, verifica-se que da ideia de isonomia decorrem a igualdade das partes e a paridade de armas, também relacionadas à adoção da estrutura acusatória pelo Direito Processual Penal pátrio.

A igualdade entre as partes nada mais é do que a necessidade de atuação igualitária da acusação e da defesa como forma de garantir a contraposição dialética e o equilíbrio necessários ao processo. Ela deverá estar presente na medida em que os dados obtidos a partir da identificação criminal por perfil genético forem empregados na qualidade de meio de prova. Sua presença será garantida mediante o exercício do contraditório, acima estudado.

Já o princípio da paridade de armas, também denominado de *par conditio*, determina que as partes devem dispor das mesmas armas durante sua atuação processual, ou seja, ambas devem ter os mesmos direitos e poderes, pois somente dessa forma a igualdade processual desejada será alcançada. Deve-se observar a ideia de igualdade material, motivo pelo qual a ampliação ou restrição da intervenção processual das partes em determinadas circunstâncias é admitida.

Nesse sentido, a paridade de armas deve estar presente no emprego dos dados de perfil genético obtidos por meio da identificação criminal como meio de prova, sob pena da medida conferir amplos poderes ao Estado durante a persecução criminal. O equilíbrio, mais uma vez, será alcançado mediante a concessão da possibilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa, nos moldes propostos anteriormente.

¹⁹⁹ SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 46.

4.8. Proporcionalidade e sua dupla face:

Parte da doutrina é contrária à identificação criminal por perfil genético, vez que a medida seria violadora de princípios e direitos consagrados constitucionalmente, como a intimidade, a presunção de inocência, o *nemo tenetur se detegere* e até mesmo a dignidade humana. Seguindo esse posicionamento, a introdução dessa a nova técnica de identificação em nosso ordenamento seria impossível ante sua inconstitucionalidade.

Entretanto, a depender da forma de instituição desse novo método de identificação, bem como das finalidades conferidas aos dados de perfil genético obtidos, não haverá afronta aos princípios acima mencionados. É incontestável que o método de identificação por perfil genético garante o respeito ao princípio da efetividade processual, contribui para o alcance da segurança e a redução da criminalidade, e ainda concretiza a ideia de busca pela verdade real. Sob essa ótica, o novo método se revela altamente desejável, sendo vislumbrado como medida constitucional.

A partir dessas premissas, verifica-se que o tema em questão faz surgir um conflito entre interesses e princípios constitucionais, a ser resolvido por meio da proporcionalidade, que, na visão de Luciano Feldens, assume a qualidade de “*princípio imanente à cláusula do Estado Democrático de Direito*”²⁰⁰.

A proporcionalidade é utilizada como forma de solucionar conflitos existentes entre dois ou mais princípios ou direitos ocupantes de um mesmo patamar jurídico. Cumpre salientar, contudo, que a solução apresentada pela sua incidência não determina a aplicação exclusiva de apenas um dos interesses em jogo. Diferentemente, busca apenas que um ou mais prevaleça, sem a completa exclusão dos demais. Dessa forma, a depender do caso concreto, alguns direitos fundamentais podem ter sua aplicação reduzida, mas não afastada por completo, para que outros direitos de relevância igual ou superior assumam posição de maior relevância no caso concreto.

A nova técnica de identificação criminal não representará, em todos os casos, violação aos princípios e direitos abordados anteriormente. Entretanto, apenas como argumentação é necessário frisar que, caso ainda se entenda por eventual afronta a esses princípios em determinadas circunstâncias, a celeuma poderá ser resolvida através da proporcionalidade, que indicará quais ideias devem prevalecer na situação fática.

²⁰⁰ FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 159.

Sobre a aplicação do princípio em tela à instituição de bancos de dados de perfil genético, Carlos María Romeo Casabona afirma que:

“El principio de proporcionalidad desempeña asimismo en relación con estas bases un importante cometido, en particular sobre su configuración, alcance y funciones precisas. Este principio ha de satisfacer en esta materia una reflexión previa que corresponde al legislador, pues de un correcto planteamiento y resolución del principio de proporcionalidad deberá deducir aquél el ámbito general del fichero y la intensidad en la intromisión o restricción de los derechos fundamentales.”²⁰¹

Ao analisar a questão, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Mohamad Ale Hasan Mahmoud defendem que os direitos individuais supostamente violados pela identificação criminal por perfil genético devem prevalecer sobre a atuação estatal na busca pela verdade real. Nesse sentido, argumentam que, por mais que se queira realizar a ponderação de bens jurídicos invocando-se o interesse público na busca pela verdade real, é fundamental considerar que *“(...) o Estado não representa um fim em si mesmo, havendo barreiras éticas no cumprimento de sua missão de pacificação social.”*²⁰².

Tal assertiva é correta, pois, de fato, o Estado possui barreiras para sua atuação. Entretanto, é necessário frisar que as ações estatais devem fazer prevalecer os interesses e bens jurídicos coletivos, representativos do interesse público, sobre aqueles de cunho individual. Caso o Estado não atue dessa forma, a sociedade sofrerá com sua ineficácia, enquanto uma ou poucas pessoas se beneficiarão.

Assim, firma-se o entendimento de que a identificação criminal por perfil genético deve ser realizada, já que a medida constitui ferramenta importante para a concretização de um processo penal justo e livre de erros, bem como para a construção de uma política criminal eficiente, o que favorece toda a sociedade.

Nesse sentido, faz-se fundamental a análise de cada um dos requisitos do princípio em tela. Luciano Feldens explica que:

“O juízo de proporcionalidade de uma determinada medida questionada, tal como desenvolvido pela doutrina e jurisprudência alemãs, é alcançável a partir de um raciocínio escalonado, trifásico, envolvendo as parciais que analiticamente a

²⁰¹ ROMEO CASABONA, Carlos María. **Bases de datos de identificadores a partir Del ADN com fines de investigación criminal**. Revista do Ministério Público de La Defensa, Buenos Aires, v. 5, n. 6, abr. 2011, p. 05.

²⁰² MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 20, nº 98, set./out. 2012, p. 350.

estruturam: os exames de *adequação (idoneidade)*, *necessidade (exigibilidade)* e *proporcionalidade em sentido estrito*. Nesse contexto, os exames de adequação e necessidade perfazem a proporcionalidade *em sentido amplo*, segundo a qual ‘o meio previsto pelo legislador deve ser adequado e exigível para alcançar o objetivo proposto’. Um meio é considerado adequado ‘quando mediante sua utilização torna-se possível lograr o resultado desejado’; é necessário (exigível) ‘quando o legislador não poderia ter optado por um meio distinto, igualmente eficaz, que não limitasse, ou que o fizesse em menor grau, o direito fundamental’ (...). A proporcionalidade *em sentido estrito*, a seu turno, estaria a exigir um juízo concreto de ponderação, havendo de verificar-se a partir da constatação de que ‘a gravidade da lesão e a transcendência de suas razões justificativas devem estar em adequação e proporção’ (...), a indicar que as vantagens da promoção do fim superam as desvantagens da intrusão no âmbito do direito fundamental restringido.’²⁰³

Antonio Scarance Fernandes²⁰⁴, de forma semelhante, explica que os direitos individuais somente podem ser restringidos se preenchidos os requisitos intrínsecos de necessidade, adequação e supremacia do valor protegido em relação ao valor restringido. A partir dessas três etapas ou requisitos, verifica-se que o princípio da proporcionalidade se sintetiza nas ideias de proibição de excessos e de proibição de proteção ineficiente, restando clara sua dupla face.

Transpondo os ensinamentos de Luciano Feldens e Antonio Scarance Fernandes ao tema em estudo, faz-se necessário analisar a identificação criminal por perfil genético e a criação de um banco de dados próprio sob a luz das três etapas da proporcionalidade.

A adequação restará caracterizada na medida em que a lei ou o Estado, ao impor determinada restrição a direito fundamental, o faz de forma idônea. Isso significa que a restrição deve ser apta a realizar o fim pretendido, e esse fim deve visar o interesse público. No âmbito criminal, ainda devem ser verificados os fins imediatos e mediatos de proteção pretendidos, bem como se esta finalidade é socialmente relevante.

A identificação criminal por perfil genético preenche o requisito da adequação. Nos moldes do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 12.037/09, a medida visa a identificação das pessoas (fim imediato), mas também serve como meio de prova (fim mediato). As finalidades de sua instituição, portanto, assumem relevância social, vez que propicia um processo penal

²⁰³ FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 161-162.

²⁰⁴ SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 52-56.

mais justo e correto, além de contribuir para efetiva incidência da lei penal no combate à criminalidade. Outrossim, nos moldes do art. 9º-A da Lei de Execução Penal, a medida assume finalidade probatória, preenchendo o requisito da adequação por ser dotada de relevância social.

A necessidade pode ser traduzida na subsidiariedade da medida a ser adotada. É neste momento que se avalia a questão de intervenção mínima do Estado por meio da lei penal. Em síntese, busca-se verificar se a medida pretendida constitui o meio menos gravoso, dentre os eficazes e disponíveis, à obtenção da finalidade desejada.

Por questões práticas, a nova técnica será empregada somente quando outros meios de identificação não se revelarem suficientes, ou quando as circunstâncias fáticas indicarem sua necessidade (art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 12.037/09). No mais, inexistente técnica menos gravosa com a mesma probabilidade de acerto, o que evidencia sua necessidade. Nesse sentido, a medida respeita a ideia de intervenção mínima e de proibição de excesso.

No que tange o art. 9º-A da Lei de Execução Penal, contudo, a presença do requisito da necessidade é questionável. Conforme já suscitado, a medida não assume grande relevância prática para fins de individualização, pois uma vez condenada, a pessoa já se encontra devidamente identificada pelo Estado, sendo desnecessária a coleta de seu material genético para este fim.

Outrossim, a coleta dos dados de perfil genético com finalidade de produção de prova em feitos futuros é inadequado do ponto de vista de intervenção mínima e proibição do excesso, já que outros meios de prova menos gravosos poderão ser futuramente empregados com sucesso e, assim, dispensar a análise dos dados de perfil genético. A medida, portanto, não merece ser considerada necessária, já que a previsão legal supõe a necessidade futura de determinado meio de prova que, na prática, poderá ser facilmente dispensado a depender do caso concreto.

Assim, sob a ótica da necessidade, seria mais eficaz a instituição da identificação por perfil genético como método civil e geral de individualização das pessoas, criando-se, assim, um banco de dados estatal com a finalidade principal de identificação, tal qual ocorre com outros dados pessoais. A medida representa-se muito mais efetiva, pois além de abarcar toda a população, permite que o Estado acesse esse banco de dados para fins diversos, inclusive para fins de elucidação de questões criminais, desde que o faça de forma legal e mediante a preservação dos direitos do indivíduo.

A supremacia do valor protegido em relação ao valor restringido, também conhecida como proporcionalidade em sentido estrito, propõe que o valor a prevalecer no caso concreto deve ser aquele de maior relevância, sem, contudo, a imposição de restrições injustificadas aos direitos fundamentais. Em suma, o fim desejado e o meio utilizado para seu alcance devem apresentar-se proporcionais, vedando-se os excessos, de um lado, e a proteção insuficiente, de outro.

A adoção da identificação criminal por perfil genético é voltada à aproximação da verdade real, à concretização do devido processo legal e, sobretudo, à realização dos ideais de segurança coletiva. Evidente, portanto, que a finalidade da nova técnica é trazer benefícios para a sociedade, pois busca a concretização de uma política criminal eficiente. Essa ideia, quando supostamente em conflito com outros bens jurídicos e direitos individuais (presunção de inocência, *nemo tenetur se detegere*, intimidade, dentre outros), deve prevalecer, pois está voltada aos interesses da coletividade.

Assim, ainda que se entenda pela afronta a direitos e princípios constitucionalmente consagrados, nada impede que a identificação criminal por perfil genético seja introduzida em nosso ordenamento. A medida é voltada ao alcance de uma sociedade justa, que é um dos objetivos do Estado Democrático de Direito. O equilíbrio das ideias de proibição de excesso e de proibição de proteção insuficiente ocorre por meio desse ideal de sociedade, aliado às ideias de segurança coletiva e aperfeiçoamento da atuação do Estado na responsabilização criminal.

A medida, nos moldes do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 12.037/09, busca a consecução de objetivos do Estado Democrático de Direito, tais quais a erradicação da marginalização e a promoção do bem de todos, por meio da prevalência do direito de segurança sob a perspectiva coletiva. Nesse aspecto, a redução de alguns direitos individuais se justifica, estando presente o requisito da proporcionalidade em sentido estrito na coleta dos dados e seu armazenamento em banco de dados específico.

No que tange o art. 9º-A da Lei de Execução Penal, contudo, a finalidade pretendida, qual seja, a constituição de um banco de dados voltado à produção probatória futura, é contrária à proibição de excessos, já que existe uma falsa presunção de necessidade da medida. Ora, não se mostra adequado que o Estado, a partir de uma suposta relevância da medida para feitos futuros, determine a coleta de material genético de apenas alguns condenados com finalidade probatória mediata. Não há comprovação da necessidade da medida, tampouco de sua utilidade prática do ponto de vista estatístico, pois poucos casos

criminais seriam elucidados a partir dessas informações. Aqui, ao revés, verifica-se um excesso injustificável, contrário à proporcionalidade em sentido estrito.

Mais uma vez, contudo, é necessário frisar que tal fato não impede o implemento da identificação por perfil genético com finalidade probatória futura, desde que de maneira diversa. Assim, por exemplo, seria possível instituir a coleta de material genético como técnica de identificação civil da população. A medida ensinaria a criação de um banco de dados geral, passível de acesso pelo Estado nos mais diversos casos, tal qual ocorre em relação às impressões digitais.

No mais, interessante mencionar que Antonio Scarance Fernandes afirma a existência de outros dois requisitos, denominados extrínsecos, para a concretização da restrição: judicialidade e motivação. Isso significa que a restrição deve ser imposta pelo magistrado, mediante devida motivação de sua decisão.

No que tange o art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 12.037/09, a identificação crimina por perfil genético deverá sempre ser realizada após decisão judicial fundamentada, conforme previsto pela própria lei, não havendo qualquer desrespeito a esses requisitos. O art. 9º-A da Lei de Execução Penal, por sua vez, determina a identificação por perfil genético como efeito automático da sentença criminal condenatória, afastando-se os requisitos mencionados, já que o magistrado apenas determinará a realização da identificação por perfil genético sem se debruçar sobre a real necessidade da medida.

Antonio Scarance Fernandes salienta ainda que o princípio da proporcionalidade apenas constata, caso a caso, se a restrição individual imposta é necessária, adequada e justificável diante do valor que se protege. Dessa forma, nem sempre prevalecerá o entendimento em favor do acusado, sendo plenamente possível que algum ideal *pro societate* assuma maior relevância a depender das circunstâncias fáticas concreto. É justamente isso que ocorre em relação à identificação criminal por perfil genético: o interesse coletivo de segurança, de decisões judiciais criminais corretas e justas, bem como de construção de uma sociedade livre da criminalidade deve prevalecer sobre os direitos individuais eventualmente reduzidos pela medida. Segue o entendimento do autor:

“(...) A afirmação do princípio foi no sentido de garantir o indivíduo contra os excessos na atuação dos órgãos detentores do poder, buscando encontrar a medida adequada, necessária e justa. Não se trata de impedir a existência ou atuação de norma restritiva ou de fazer imperar sempre o princípio mais favorável ao acusado, mas de fazer atuar certa regra ou prevalecer determinado princípio de maneira equilibrada. Assim, não se cuida de invocar o princípio em favor do acusado ou da

acusação, mas de verificar se, no caso concreto, a restrição ao acusado é adequada, necessária e se justifica em face de valor maior a ser protegido. (...)”²⁰⁵

No mais, é interessante mencionar o posicionamento de Carlos Alberto Carbone acerca da colheita de material genético sob a luz da legislação argentina. O autor entende que a medida se adequa ao princípio da proporcionalidade ainda quando realizada contra a vontade do indivíduo, mas desde que efetuada por pessoas habilitadas. Nesse sentido:

“La extracción de sangre, de cabellos y/o vello pubiano, muestras epiteliales, es legítima en contra de la voluntad del sindicado si cumple los requisitos indispensables de razonabilidad, proporcionalidad, necesidad, utilidad y pertinencia y no viola su derecho a la intimidad, la integridad física ni tampoco su dignidad humana, ya que solo afecta en forma leve la integridad corporal y no si viola la prohibición de tratos inhumanos y degradantes cuando son realizados por personas habilitadas y con el límite de no poner en peligro la vida o la salud. Tampoco es necesario su previo consentimiento para llevar a cabo la diligencia de extracción de muestra sanguínea.”²⁰⁶

Outrossim, apenas a título de exemplo, é relevante citar o caso prático relacionado ao acórdão nº 155/2007 do Tribunal Constitucional Português. Os autos que originaram o referido acórdão eram destinados à apuração de dois crimes de homicídio qualificado. Durante as investigações, discutiu-se a constitucionalidade da coleta compulsória de material genético dos investigados para fins de comprovação da autoria delitiva e sua correta identificação.

Embora a análise tenha sido feita sob a ótica da legislação portuguesa, ela em muito se assemelha às polêmicas envolvendo o emprego de dados de perfis genéticos como meio de prova no ordenamento jurídico brasileiro, já que abrange o conflito dos princípios da presunção de inocência e o corolário *nemo tenetur se detegere*, de um lado, com a coleta compulsória do material genético, de outro.

Naqueles autos, foi juntado parecer de Gomes Canotilho, no qual o autor afirma que, embora a coleta de material biológico para análise do DNA possa ser entendida como restrição à integridade pessoal, ela não colide com as dimensões essenciais de tal

²⁰⁵ SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 54-55.

²⁰⁶ CARBONE, Carlos Alberto. **La prueba penal ante la coerción del imputado. Un estudio jurisprudencial**. Rosario: Nova Tesis, 2007, p. 107-108.

direito. Assim, a medida seria justificada a partir de critérios de proporcionalidade, desde que voltada ao alcance de uma finalidade legítima do ponto de vista constitucional²⁰⁷.

Mais uma vez, é isso que se verifica em relação identificação criminal por perfil genético, já que, ainda que se admita a afronta a direitos individuais, é plenamente possível realizá-la para alcançar um processo penal mais justo e que corresponda aos anseios de uma sociedade livre da criminalidade. É justamente isso que as ideias de proibição de excesso e de proibição de proteção insuficiente indicam: o Estado não pode exceder sua atuação sobre os indivíduos e, concomitantemente, sua atuação não pode ser insuficiente diante do fim almejado.

No que tange à instituição de um banco de dados de perfis genéticos para fins criminais, existem medidas passíveis de garantir a defesa dos direitos da pessoa que será submetida à medida, como, por exemplo, a vedação de emprego de meio doloroso, a garantia do sigilo dos dados armazenados, bem como o exercício do contraditório quando do emprego dos dados obtidos como meio de prova. Da mesma forma, a medida contribui para a concretização de um processo penal mais próximo da verdade, sendo ferramenta importante para a realização de uma política criminal de sucesso e, conseqüentemente, para a repressão da criminalidade.

Conclui-se, portanto, que mediante a aplicação do princípio em tela, a identificação criminal por perfil genético assume viés constitucional, não havendo motivos para rechaçar sua instituição em nosso ordenamento, desde que observadas as ressalvas feitas ao longo do presente trabalho.

Prosseguindo-se na análise do tema, ainda é necessário aprofundar-se na questão relativa ao emprego dos dados de perfil genéticos coletados quando da identificação da pessoa como meio de prova, seja nos mesmos autos onde a individualização foi necessária, seja em relação a autos diversos. Assim, cumpre abordar a relação da Lei nº 12.654/12 com a produção probatória.

²⁰⁷ BONINA, Luís. **Colheita Coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético. Constitucionalidade. Acórdãos nº 155/2007 e 228/2007 do Tribunal Constitucional.** Revista do Ministério Público de Lisboa, v. 28, n. 110, jun. 2007, p. 161-206.

5 - Lei nº 12.654/12 e a produção probatória:

5.1. Noções gerais a respeito das provas no Direito Processual Penal e sua relação com a identificação criminal por perfil genético:

Quando a coleta de dados de perfil genético assume papel de meio de prova, surgem inúmeros questionamentos acerca de sua constitucionalidade. A fim de analisar a identificação criminal sob a ótica das provas em Processo Penal, é necessário, primeiramente, estabelecer uma relação entre essa nova técnica e as noções gerais a respeito das provas.

De acordo com Fernando da Costa Tourinho Filho, *“provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la”*²⁰⁸. Vicente Greco Filho, contudo, explica que o destinatário da prova é o juiz, e que a produção das provas tem por finalidade seu convencimento. Ensina o autor que: *“(…) No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.”*²⁰⁹.

Assim, no contexto do tema em estudo, o uso dos dados de perfil genético como prova tem por finalidade convencer o magistrado de que a autoria delitiva, afirmada ou negada pelas partes, corresponde com a realidade fática.

São objetos de prova todos os fatos alegados pelas partes que exijam comprovação. Sobre o tema, Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly esclarecem:

“Somente os fatos relevantes que interessem ao deslinde da causa demandam prova, bem como aqueles sobre os quais possa pairar alguma dúvida, salientando-se, sempre, que não serão objeto de prova fatos que, embora duvidosos, não guardem qualquer relação com a solução da lide ou influenciem na apuração da verdade substancial. (...)”²¹⁰

A autoria delitiva, por óbvio, é de extrema relevância ao deslinde da causa e constitui objeto de prova, motivo pelo qual precisa ser comprovada com o máximo grau de certeza possível. Tal comprovação pode ser alcançada satisfatoriamente mediante a coleta, o

²⁰⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 553.

²⁰⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. rev. atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 186.

²¹⁰ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 298.

armazenamento e a análise dos dados de perfil genético. A técnica, dotada de grande probabilidade de acerto, se revela fundamental aos casos nos quais há dúvida ou até mesmo desconhecimento acerca da autoria delitiva.

Meio de prova é tudo aquilo que possa ser utilizado na demonstração dos fatos relevantes ao processo. Considerando-se que a autoria delitiva é objeto de prova, e que esse elemento pode ser demonstrado por meio da identificação criminal por perfil genético, evidente que a nova técnica pode ser empregada na qualidade de meio de prova.

Guilherme de Souza Nucci explica que a demonstração dos fatos alegados pelas partes pode ser realizada de forma direta ou indireta. Sobre a questão, esclarece o autor:

“Há, basicamente, dois métodos para se demonstrar ao juízo a veracidade dos fatos alegados: direto e indireto. Podemos, então, vincular os referidos métodos às provas, denominando-as de provas diretas e provas indiretas.

São diretas as que se unem, sem qualquer intermediário, ao fato objetivado. São indiretas as que necessitam de interposto fator, elemento ou situação para atingir o fato almejado. Em processo penal, admitem-se as provas diretas e as indiretas para qualquer fim: condenar ou absolver. (...)

Analisando-se em conjunto, a regra é a colheita de provas diretas (testemunhas que viram o fato; perícia do objeto componente da materialidade, etc.); a exceção é a coleta de provas indiretas (indícios de que Fulano é autor da infração penal).”²¹¹

Assim, denota-se que a perícia elaborada a partir do material genético, coletado e armazenado em banco de dados específico, faz surgir prova direta acerca da autoria delitiva.

No mais, é interessante frisar que o Código de Processo Penal traz, entre os artigos 158 e 250, inúmeros meios de prova. Tal rol não é taxativo, mas sim exemplificativo. Outros meios, ainda que não previstos expressamente no referido diploma legal, são admitidos, desde que respeitados os princípios e direitos constantes da Constituição Federal e da legislação penal e processual penal. Sobre a questão, Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly esclarecem que: “(...) *os meios de prova não encerram hipótese de numerus clausus, não precisam estar especificados na lei de maneira exaustiva, basta que não encontrem nela qualquer obstáculo ou restrição à sua produção.*”²¹². Ainda sobre o tema, Fernando da Costa Tourinho Filho ensina:

²¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 21.

²¹² DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 300.

“Em princípio há, pois, uma liberdade na procura da verdade real, quer na fase de investigação policial, como se infere dos incs. IV, V, VI, VII, VIII, IX do art. 6º do CPP, com especial ênfase para o inc. III, onde se fala de ‘todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias’, quer na fase instrutória, como se deduz pela redação do parágrafo único do art. 155 do mesmo estatuto, com a redação dada pela Lei n. 11.690/2008.

Assim, não há, em tese, nenhuma restrição aos meios de prova, com ressalva, apenas e tão somente, daqueles que repugnam a moralidade ou atentam contra a dignidade da pessoa humana. E por que não são admissíveis? Em face de limitações impostas por princípios constitucionais e até mesmo de Direito Material.”²¹³

Dessa forma, embora o emprego dos dados obtidos a partir da identificação criminal por perfil genético como meio de prova não esteja prevista expressamente no Código de Processo Penal, seu emprego é possível, vez que a Lei nº 12.654/12 a introduziu em nosso sistema, não havendo qualquer impedimento legal expresso à produção da prova por essa técnica. Entretanto, conforme já explanado, há quem discorde dessa finalidade probatória sob o argumento de que a medida representaria afronta a direitos e garantias constitucionais, penais e processuais penais. Nesse sentido, manifestam-se Aury Lopes Junior²¹⁴, Antônio Alberto Machado²¹⁵, Rogério Sanches Cunha e Luiz Flávio Gomes²¹⁶.

A questão se relaciona ao tema das provas ilegais (ilícitas e ilegítimas), que, em apertada síntese, são aquelas que violam normas constitucionais ou legais. Assim, os dados de perfil genético obtidos pela identificação criminal somente serão admitidos como meio de prova se comprovada sua licitude e legitimidade.

²¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 557.

²¹⁴ LOPES JUNIOR, Aury Lopes. **Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?**. Boletim IBCCRIM, v. 236, p. 5-6, 2012. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4649-Lei-12.654-2012:-e-o-fim-do-direito-de-nao-produzir-prova-contrasi-mesmo-\(nemo-tenetur-se-detegere\)?](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4649-Lei-12.654-2012:-e-o-fim-do-direito-de-nao-produzir-prova-contrasi-mesmo-(nemo-tenetur-se-detegere)?)>. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

²¹⁵ MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação criminal pelo DNA**. Disponível em <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf>. Acesso em 03 de janeiro de 2014.

²¹⁶ CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio. **Lei 12.654/12 (identificação genética): Nova inconstitucionalidade (?)**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/06/04/lei-12-65412-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade/>>. Acesso em 15 de dezembro de 2013.

5.2. Legitimidade e licitude das provas produzidas a partir da Lei nº 12.654/12:

De acordo com Antonio Scarance Fernandes, as provas consideradas ilegais dividem-se em ilícitas e ilegítimas. As provas ilegítimas ofendem normas processuais, enquanto as provas ilícitas ofendem normas constitucionais ou legais de conteúdo material. Nesse sentido, afirma: “(...) a prova ilegal consiste em violação de qualquer vedação constante do ordenamento jurídico, separando-se em prova ilícita, quando é ofendida norma substancial, e prova ilegítima, quando não é atendido preceito processual”²¹⁷. Reforçando essa classificação, Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly ensinam que:

“As provas ilegais podem ser produzidas com infração às normas processuais – quando serão chamadas de provas ilegítimas – ou com ofensa ao direito material – chamadas, então, de provas ilícitas.

As provas ilegítimas não demandam melhor análise, porque a necessária sanção já está prevista na nulidade do processo. Por seu turno, as provas obtidas por meios ilícitos (com violação às normas de direito material) são inadmissíveis no processo, constituindo-se uma garantia constitucional, definida no art. 5º, inciso LVI.”²¹⁸

Em sentido diverso, Guilherme de Souza Nucci defende outra classificação, onde as provas ilícitas constituem gênero, do qual são espécies as provas ilegais e ilegítimas. Sobre tal classificação, o autor explica:

“O universo do ilícito constitui-se das variadas formas de lesão aos preceitos diversificados do ordenamento jurídico. O ilícito abrange toda e qualquer ofensa à Constituição Federal, por óbvio, e à legislação em geral.

Por isso, é o gênero, do qual emergem as inconstitucionalidades e as ilegalidades. As primeiras são todas as ofensas às normas constitucionais e, cuidando-se de processo, estão focados os direitos e garantias humanas fundamentais, logo, cuidam-se das normas da Constituição Federal. As outras são as violações às normas legais, consideradas estas as emergentes da legislação infraconstitucional, seja no aspecto material, seja no processual.

Dessa forma, as violações às normas penais dão ensejo à formação da prova ilícita (ex.: confissão extraída sob tortura). Igualmente, as violações às normas processuais

²¹⁷ SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 82.

²¹⁸ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 301.

penais permitem a constituição da prova ilícita (ex.: laudo assinado por um perito não oficial).

Em nosso entendimento, didaticamente, podemos dividir as provas ilícitas em: a) ilegais, quando há violação de norma penal; b) ilegítimas, quando a violação se volta à norma processual penal. De toda sorte, tanto as ilegais quanto as ilegítimas são ilícitas.”²¹⁹

Assim, pese as divergências relacionadas à nomenclatura adotada para classificação das provas como ilegais, ilícitas e ilegítimas, é uníssono que a problemática envolve duas ordens diversas de normas: de um lado, estão as normas constitucionais e penais de cunho material; e de outro, encontram-se as normas penais processuais.

O art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal dispõe que “*são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*”. O dispositivo apresenta redação confusa, pois não é possível identificar, de imediato, se o termo “legais” por ele mencionado refere-se às normas de cunho material ou processual. A questão faz surgir dois posicionamentos diversos:

“De um lado, uma corrente doutrinária entende que, diante do silêncio da lei, e com base na nova redação conferida ao art. 157, *caput*, do CPP, será considerada ilícita tanto a prova que viole disposições materiais quanto processuais. Qualquer violação ao devido processo legal, portanto, acarretará o reconhecimento da ilicitude da prova.

(...)

Por sua vez, para outros doutrinadores, posição à qual nos filiamos, quando o art. 157, *caput*, do CPP, faz menção a normas legais, deve-se interpretar o dispositivo de maneira restritiva, referindo-se única e exclusivamente às normas de direito material, mantendo-se, quanto às provas ilegítimas, o regime jurídico da teoria das nulidades.”²²⁰

Relacionando o tema à identificação criminal por perfil genético, o requisito formal de existência de lei possibilitando a adoção da medida já está preenchido pela edição da Lei nº 12.654/12. Assim, considerando as classificações expostas, a medida é legítima, vez que inserida em nosso ordenamento mediante os requisitos formais necessários, não havendo óbice processual para sua aplicação.

²¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 30-31.

²²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 888.

Ademais, a técnica assume natureza de perícia, sendo abarcada pelo Código de Processo Penal ainda que não expressamente prevista como tal, de modo que a coleta de material genético para fins probatórios também se legitima nesse aspecto. Contudo, ideal seria se nossa legislação trouxesse expressamente a possibilidade de emprego dos dados de perfil genético na qualidade de meio de prova, pois assim inúmeras discussões sobre o tema deixariam de existir.

A questão mais tormentosa, entretanto, reside na suposta ilicitude da nova técnica, ou seja, na possível afronta às normas constitucionais e penais de cunho material.

Sobre o tema, Vicente Greco Filho afirma que existem três hipóteses de ilicitude da prova. A primeira delas consiste na adoção de meio de prova contrário aos princípios e a cultura do processo moderno, ou seja, de meio de prova violador da pessoa humana e da racionalidade. A segunda consiste na produção da prova por meio imoral ou impossível. A terceira hipótese, por sua vez, decorre da obtenção do meio de prova de forma ilícita. Nesse sentido, explica o autor:

“Não serão admissíveis as ordálias, ou juízos divinos, segundo as quais as pessoas eram submetidas a provas físicas para demonstrar que tinham razão. Igualmente inadmissível a prova fundada em crença sobrenatural que escapa às limitações da razão, conforme atualmente reconhecida.

Essa é a primeira hipótese de ilicitude da prova, ou seja, a ilicitude porque o meio não é previsto em lei e não é consentâneo com os princípios do processo moderno, logo não será admitido.

Há duas outras situações de ilicitude, ainda que o meio seja disciplinado no Código. O segundo caso de ilicitude é a que decorre da imoralidade ou impossibilidade de produção da prova. O exemplo clássico seria o da reconstituição de um estupro ou de uma inundação ou grande incêndio.

A terceira hipótese de ilicitude é a que decorre da ilicitude da obtenção do meio de prova.”²²¹

As três hipóteses apresentadas relacionam-se aos princípios e direitos de nosso ordenamento. Necessário, portanto, transpor essas três formas de ilicitude da prova para o tema em estudo.

Em relação à primeira hipótese, é possível afirmar que o emprego dos dados de perfil genético com finalidade probatória não representa afronta à racionalidade e à pessoa

²²¹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. rev. atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 189.

humana, desde que haja previsão expressa em lei autorizando a medida, e desde que a sua adoção se adeque aos princípios do processo moderno.

Ora, é extremamente racional, ainda mais do ponto de vista científico, que a análise do perfil genético sirva como prova no processo penal para a elucidação da autoria delitiva. Nesse aspecto a questão da elevada probabilidade de acerto da medida assume relevância, pois evidencia sua racionalidade.

Já em relação à pessoa humana, pese algumas polêmicas envolvendo a medida, também não há que se falar em violações, pois em razão do caráter relativo dos direitos admite-se a possibilidade de redução da incidência de direitos humanos para a prevalência de outros interesses igualmente legítimos, em especial os coletivos. Ademais, como forma de assegurar uma mínima redução dos direitos individuais, a própria lei instituidora da medida deverá trazer previsões voltadas à preservação do indivíduo.

A Lei nº 12.654/12 apresenta algumas incongruências, mas nada impede o emprego dos dados de perfil genético como meio de prova, desde que adotadas medidas para o equilíbrio das relações processuais e para o resguardo máximo dos direitos e interesses individuais.

Acerca da segunda forma de ilicitude da prova, é importante salientar que os avanços tecnológicos tornaram possível a análise do perfil genético, não sendo possível falar em ilicitude a partir da impossibilidade da medida. Não bastasse, eventual alegação acerca dos elevados custos de um banco de dados dessa natureza e respectivas perícias não prevalece, pois com os avanços da ciência, da tecnologia e da informática, a manutenção, preservação e manuseio das informações ali mantidas se tornam cada vez mais simples, reduzindo-se seu custo final.

Ademais, não há que se falar em imoralidade, já que nenhum elemento da moral é afetado pelo emprego da nova técnica, que se limita a coletar material genético do indivíduo para fins de constituição de um banco de dados e realização de futuras análises comparativas. Aqui, como forma de preservar a intimidade do indivíduo, a vedação de análise e armazenamento dos dados genéticos codificantes assume relevância.

No que tange a terceira forma de ilicitude, é possível dizer que a obtenção da prova consistente na coleta de material genético não violará preceitos de ordem constitucional ou legal, a depender da forma de sua realização. A questão já foi abordada no capítulo anterior através da análise de direitos e princípios de nosso ordenamento, concluindo-se pela legalidade e constitucionalidade da medida, desde que, por exemplo, seja assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, e respeitado o *nemo tenetur se detegere*.

Assim, evidente que o emprego dos dados de perfil genético obtidos por meio da identificação criminal podem ser empregados como meio de prova. Contudo, a Lei nº 12.654/12 peca em sua redação, merecendo algumas alterações ou ressalvas nesse aspecto.

Primeiramente, acerca das alterações promovidas à Lei nº 12.037/09, a Lei nº 12.654/12 deveria ter mencionado a possibilidade expressa do emprego dos dados armazenados na qualidade de meio de prova, embora tal uso esteja implícito para os autos nos quais a individualização da pessoa tenha sido autorizada judicialmente. A medida afastaria eventuais afrontas à direitos individuais e esclareceria definitivamente a possibilidade do emprego dos dados nessa qualidade.

Já em relação às alterações promovidas à Lei de Execução Penal, a Lei nº 12.654.12 poderia prever a coleta do material genético como medida vinculada à decisão judicial, trazendo os requisitos a serem analisados, pois assim seria conferido maior rigor à medida, que seria analisada sob o aspecto prático e lógico caso a caso.

Outrossim, a negativa do indivíduo ainda deve ser respeitada, já que os princípios de nosso ordenamento apontam para a impossibilidade de uso de força física para a coleta do material. Todavia, ainda que haja a vinculação à decisão judicial, a recusa em fornecer o material não permitiria a responsabilização pelo crime de desobediência, por força do caráter eminentemente probatório da coleta, prevalecendo, então, o direito de não produzir prova contra si mesmo. Sobre a questão, Guilherme Madeira Dezem pontua que:

“(...) a prova do DNA nada mais é do que exame pericial e, como tal, está sujeita às regras próprias das perícias. Contudo, com um detalhe: por se tratar de intervenção corpora, há necessidade de consentimento do acusado na produção dessa prova pericial, de forma que esteja presente o elemento volitivo da tipicidade processual. Ausente o consentimento, não poderá ser admitido este meio de prova; e, além disso, não poderá ser extraída qualquer consequência negativa para o acusado diante do exercício de faculdade.”²²²

Assim, comprovada a legitimidade e a licitude da identificação criminal por perfil genético e da instituição de banco de dados dessa natureza, cumpre verificar a incidência do princípio da liberdade probatória e a possibilidade de adoção da medida na fase processual.

²²² DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas: atualizado de acordo com as leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08.** Campinas: Millenium, 2008, p. 195.

5.3. Liberdade probatória e o emprego dos dados de perfil genético na fase processual:

Da ideia de busca pela verdade real surge o princípio da liberdade probatória, segundo o qual as partes podem obter, apresentar e produzir provas livremente no âmbito do processo penal, cabendo também ao magistrado determinar as diligências necessárias para o alcance da verdade. Essa liberdade decorre da ausência de rol taxativo acerca dos meios probatórios que podem ser empregados na seara criminal, contrapondo-se ao princípio da especialidade no uso das provas genéticas, suscitado por Aury Lopes Junior²²³ e anteriormente mencionado.

O princípio da liberdade probatória abrange o direito à prova. Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly afirmam que esse direito está relacionado à ampla defesa, vez que traduz a possibilidade das partes produzirem provas lícitas, participarem da instrução processual e influírem no convencimento do magistrado²²⁴. Ainda sobre o direito à prova, Antonio Scarance Fernandes esclarece que:

“Liga-se o direito à prova estritamente aos direitos de ação e de defesa. De nada adiantaria a autor e réu o direito de trazer a juízo suas postulações se não lhes fosse proporcionada oportunidade no desenvolvimento da causa para demonstrar suas afirmações. Apresenta, em decorrência de tal liame, a mesma natureza dos direitos de ação e de defesa, ou seja, um direito subjetivo público ou cívico.”²²⁵

Sobre o tema, Paulo Rangel explica:

“O princípio da liberdade da prova é um consectário lógico do princípio da verdade processual, ou seja, se o juiz deve buscar sempre a verdade dos fatos que lhe são apresentados, óbvio nos parece que tem toda a liberdade de agir, com o fim de reconstruir o fato praticado e aplicar a ele a norma jurídica que for cabível. Assim, na busca da verdade, deve o juiz desenvolver as atividades necessárias, com o escopo de dar a cada um aquilo que, efetivamente, a ele pertence; porém, sua atuação encontra limites previstos em lei.

²²³ LOPES JUNIOR, Aury. **Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?**. Boletim IBCCRIM, v. 236, p. 5-6, 2012. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4649-Lei-12.654-2012:-e-o-fim-do-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-\(nemo-tenetur-se-detegere\)?](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4649-Lei-12.654-2012:-e-o-fim-do-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-(nemo-tenetur-se-detegere)?)>. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

²²⁴ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 306.

²²⁵ SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 72.

A liberdade da prova, portanto, não é absoluta, pois muitas vezes o juiz estará coarctado em sua pesquisa sobre a verdade dos fatos. O fundamento desta limitação está em que a lei considera certos interesses de maior valor do que a simples prova de um fato, mesmo que seja ilícito. Pois os princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana impedem que a procura da verdade utilize-se de meios e expedientes condenáveis dentro de um Estado Democrático de Direito.”²²⁶

Dessa forma, denota-se que assim como todos os demais princípios constantes do nosso sistema, a liberdade probatória não é absoluta, possuindo algumas limitações. Um exemplo é a vedação às provas ilícitas. Guilherme de Souza Nucci aduz que:

“O rico universo da prova envolve a sensibilidade e a valoração da mente e do espírito humano, razão pela qual demanda lógica, concatenação, abundância de elementos e, acima de tudo, ética. Outra não foi a preocupação do constituinte ao vedar a introdução, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos. Afinal, o que é injusto, ilegal, contrário ao ordenamento jurídico, não deve ter a força suficiente para gerar, no espírito do julgador, a convicção da culpa ou de inocência. A busca pela geração da certeza dos fatos alegados limita-se pela limpidez dos argumentos, calcados em provas igualmente lícitas.”²²⁷

Aplicando o princípio da liberdade probatória ao tema, denota-se que a identificação criminal por perfil genético pode ser realizada amplamente no âmbito criminal, desde que respeitadas as previsões legais e constitucionais pertinentes. Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima²²⁸ menciona que a liberdade probatória deve ser verificada sob três aspectos distintos: tema da prova, meios de prova e momento da prova.

Em relação ao tema da prova, o autor explica que podem ser produzidas provas sobre quaisquer assuntos pertinentes ao processo, sendo rechaçadas, contudo, as provas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Nesse sentido, não há vedação temática ao emprego da identificação criminal por perfil genético como meio de prova, já que a elucidação da autoria assume extrema relevância ao processo criminal. Contudo, evidente que o emprego da nova técnica exige que nenhum outro meio já existente seja capaz de individualizar o indivíduo, sobre pena da medida ser realizada sem observância de seu caráter excepcional.

²²⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 420.

²²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 15.

²²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 624-626.

O autor ensina ainda que as partes podem se valer de meios de provas nominados ou inominados, desde que respeitadas as vedações acerca da matéria. O emprego da nova técnica também não encontra óbice nesse aspecto, já que o Código de Processo Penal não veda sua adoção e, conforme vem sendo verificado, a depender da forma de instituição do banco de dados de perfis genéticos para fins criminais, também não há que se falar em afronta a direitos e princípios relacionados ao tema.

Quanto ao momento da prova, o autor afirma que excetuadas algumas restrições legais expressas, as provas podem ser produzidas a qualquer tempo. Nesse contexto, discute-se sobre a possibilidade de emprego da identificação criminal por perfil genético como meio de prova na fase de instrução processual. A dúvida existe porque a Lei nº 12.654/12 determina a coleta e o armazenamento do material genético na fase policial ou após a sentença criminal condenatória, não sendo mencionada, de forma expressa, a possibilidade de adoção da medida como meio de prova durante a instrução processual.

Embora não haja previsão específica autorizando essa possibilidade, não há qualquer óbice para sua adoção nos feitos que se encontram em fase de instrução. Isso porque, considerando-se que a instrução processual é a fase na qual as partes podem produzir provas, não haveria motivos para vedar a coleta de material genético para fins de identificação criminal, já que essa medida também pode assumir papel de meio de prova.

Ademais, cumpre salientar que a adoção da identificação criminal por perfil genético como meio de prova na fase processual se revela salutar, vez que possibilita o exercício do contraditório, seja em relação à prova obtida na fase policial, seja em relação à prova produzida mediante a adoção da técnica na própria fase instrutória. Apenas a título de exemplo, pode-se afirmar, inclusive, que estender a adoção da técnica para a fase processual possibilita a correção de eventual erro ocorrido acerca da elucidação da autoria delitiva na fase policial. Não bastasse, durante a instrução processual a medida pode ser utilizada não apenas em prol da acusação, mas principalmente da defesa, que poderá comprovar não ter o acusado qualquer relação com os fatos em apuração.

Entretanto, em sentido contrário, pode-se argumentar que a medida não concebe tal interpretação ampliativa, devendo ser restrita aos momentos expressamente previstos pela lei (somente na fase policial ou após a condenação criminal). Contudo, a medida, se adotada na fase processual, representaria verdadeiro exercício do contraditório, podendo ser empregada em favor do indivíduo que está sendo processado, ou ainda como forma de afastar eventuais erros do Judiciário, tal qual verdadeira ferramenta para a concretização de um processo penal justo.

6 - Conclusão:

A identificação criminal por perfil genético e a criação de bancos de dados dessa natureza trazem benefícios no âmbito coletivo, sendo verdadeiras ferramentas para o sucesso da persecução penal.

É fato que a Lei nº 12.654/12 apresenta algumas incongruências, sendo necessárias algumas alterações em seu texto como forma de adequar as medidas por ela instituídas à ideia de redução mínima de direitos individuais. Isso não significa que o ideal da referida lei é inconstitucional, mas sim que, mediante a criação de mecanismos adequados, é plenamente possível instituir a identificação criminal por perfil genético e um banco de dados correlato em nosso ordenamento jurídico.

Não é possível identificar pontos que evidenciem incompatibilidade absoluta do uso da nova técnica em relação ao ordenamento jurídico pátrio. Isso porque, para cada argumento contrário, existe um contra-argumento que o rebate de forma satisfatória. Nesse aspecto, assume grande relevância a aplicação prática do princípio da proporcionalidade. Não bastasse, medidas paralelas podem e devem ser adotadas como forma de tornar a nova técnica ainda mais coerente à luz dos direitos e princípios constitucionais existentes, afastando-se, assim, eventuais alegações de sua inconstitucionalidade.

Necessário esclarecer que a transferência do emprego dessa nova tecnologia para casos práticos, únicos e dotados de particularidades específicas, fará surgir novas discussões sobre o tema, sobre as quais nossos Tribunais e os operadores do Direito ainda deverão se debruçar. Assim, embora a questão se mostre teoricamente adequada à luz de nosso ordenamento, a existência de eventuais prejuízos ao acusado, bem como de afronta aos princípios aqui analisados, será de fato verificada em cada caso concreto, a médio ou longo prazo, de modo que somente nessas circunstâncias que a definição exata da adequação da medida será concretizada.

A identificação criminal por perfil genético e a respectiva instituição de um banco de dados com essa mesma finalidade são capazes de garantir a efetiva realização da justiça, sem ferir princípios norteadores de nosso ordenamento, desde que previstos mecanismos adequados para a máxima preservação dos direitos individuais envolvidos. Nesse sentido, a coleta de material genético da pessoa civilmente identificada para fins de identificação criminal poderá e deverá ocorrer, desde que demonstrada a imprescindibilidade da medida para as investigações, e desde respeitada sua excepcionalidade.

Partindo dessa ideia, é necessário que a instituição da identificação criminal por perfil genético e do banco de dados dessa natureza seja minuciosamente prevista em lei, que deverá definir, por exemplo, as hipóteses para a coleta do material genético; o prazo de armazenamento das informações obtidas; os critérios de acesso e as restrições à publicidade dos dados; os órgãos responsáveis pela alimentação e controle do banco; as diretrizes e especificidades administrativas e orçamentárias relacionadas à sua instituição; dentre outras circunstâncias necessárias para o seu efetivo implemento.

Da mesma forma, deve ser observada a necessidade de proteção máxima dos direitos individuais das pessoas atingidas pela medida, dentro das possibilidades existentes.

A lei deverá, portanto, indicar em quais circunstâncias essa forma de identificação criminal será admitida; descrever ou apontar com base em dispositivos já existentes a forma pela qual a coleta será realizada; as medidas cabíveis em caso de recusa do indivíduo a fornecer os dados; a possibilidade de eventual coleta de contraprova para esclarecer dúvidas posteriores acerca da legitimidade dos resultados obtidos; a forma pela qual será viabilizado o exercício do contraditório; dentre outras medidas voltadas à garantia dos direitos individuais eventualmente afetados.

Desde que feitas as previsões acima indicadas, a instituição de um banco de dados de perfis genéticos e a identificação criminal por meio desses dados é plenamente possível em nosso ordenamento.

Denota-se, portanto, que a Lei nº 12.654/12, é ideologicamente adequada e certou ao prever a excepcionalidade da medida, mas apresenta alguns problemas em sua redação.

A nova lei acerta ao determinar que os dados armazenados não devem revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas. Seria interessante, entretanto, que norma regulamentar indicasse quais os traços vedados, determinando ainda os marcadores genéticos a serem adotados, a exemplo do que ocorre na Argentina e em Portugal.

A Lei nº 12.654/12 também faz previsão adequada ao fixar a responsabilização civil, criminal e administrativa daquele que permitir ou promover a utilização dos dados de perfil genético armazenados no respectivo banco para fins diversos do previsto pela lei ou por decisão judicial. Contudo, visando a uniformização de futuras sanções, é importante que a lei defina de forma específica as consequências de cada uma dessas modalidades de responsabilidade, bem como institua mecanismos concretos de fiscalização e controle ao acesso às informações armazenadas.

Acerca das alterações promovidas à Lei nº 12.037/09, é necessário que normas regulamentem a forma pela qual a coleta do material genético será realizada, definindo, por exemplo, preferência por determinado material genético, tal qual ocorre em Portugal, onde se confere preferência à coleta de células da mucosa bucal sem se afastar outras medidas análogas, a serem realizadas de forma subsidiária.

Também seria interessante que a legislação brasileira mencionasse as medidas cabíveis em caso de recusa do indivíduo em fornecer seu material genético, colocando fim às discussões existentes sobre a questão.

Da mesma forma, visando viabilizar o exercício do contraditório e conferir maior segurança às análises realizadas, adequado seria prever a coleta de contraprova e a possibilidade de realização de análise suplementar dos dados como forma de confirmar a veracidade das informações obtidas.

Nesse mesmo sentido, quando do emprego dos dados obtidos na qualidade de meio de prova, faz-se necessária a ampla disponibilização dos recursos hábeis ao exercício do contraditório e da ampla defesa, permitindo-se, por exemplo, a nomeação de assistentes técnicos, a possibilidade de realização de perícia suplementar, de formulação de quesitos, dentre outras medidas previstas na nossa legislação processual. Inclusive, torna-se interessante inserir em nossa legislação regra semelhante à da lei portuguesa, que prevê que o indivíduo deverá ser informado acerca da possibilidade de sua identificação mediante o cruzamento dos dados obtidos em determinada circunstância com os dados já existentes no respectivo banco.

O banco de dados construído a partir da coleta dos dados genéticos, por sua vez, deverá sofrer a fiscalização de órgãos especializados como forma de assegurar a exatidão dos resultados das análises comparativas efetuadas, padronizando-se a atuação dos peritos, a exemplo do que ocorre na Espanha. Também seria interessante que a lei determinasse a recusa das amostras pelo laboratório quando em condições insatisfatórias, bem como o procedimento adequado à coleta, armazenamento e transporte dos materiais ao local de análise, tal qual ocorre no Reino Unido.

No que tange as alterações promovidas à Lei de Execução Penal, denota-se que a medida se torna inócua ante a finalidade probatória futura à ela conferida, pois nesse caso a intimidade e princípio *nemo tenetur se detegere* sofrem restrições inadequadas e inviabilizam o sucesso da medida. Assim, melhor seria a supressão desse dispositivo, ou então a instituição da coleta de material genético como forma de identificação geral e civil da população, pois

assim o uso de tais informações poderia ser transferido à esfera criminal na qualidade de meio de prova sem maiores discussões.

Ante o exposto, a identificação criminal por perfil genético e a instituição de um banco de dados dessa natureza exige a adoção de inúmeras medidas paralelas. Embora essas exigências tragam a sensação de que a medida dificilmente será instituída na prática, elas são necessárias à luz de nosso ordenamento, bastando que o Estado atue com seriedade e de forma organizada para sua concretização.

Em suma, a identificação criminal por perfil genético com a finalidade imediata de individualização das pessoas somente deverá ocorrer quando comprovada sua extrema necessidade. Essa necessidade, por sua vez, é provada mediante o preenchimento de requisitos legais que torna a medida subsidiária em relação aos demais métodos de identificação, bem como mediante a análise de sua necessidade pelo Judiciário.

Os dados coletados nessas circunstâncias podem perfeitamente ser transferidos para um banco de dados próprio. Esse banco de dados, por sua vez, poderá ser consultado pelo Estado para fins criminais, tal qual ocorre em relação aos demais dados pessoais por ele obtidos quando da individualização civil e criminal das pessoas.

Comprovada a necessidade e subsidiariedade da medida, não há óbice para que ela seja prevista com caráter de compulsoriedade. Essa compulsoriedade, contudo, jamais significará a possibilidade de emprego de força física pelos agentes estatais para a coleta do material genético, sob pena de afronta à intimidade e à integridade física do indivíduo.

Assim, quando a coleta do material genético for necessária para fins de individualização da pessoa em determinado feito, a recusa do indivíduo em fornecer as amostras deverá ser respeitada, sendo vedada a coleta. Contudo, assim como ocorre em relação à identificação criminal pelas técnicas ordinariamente empregadas, tal negativa ensejará a responsabilização do indivíduo pelo crime de desobediência, já que a individualização processual é ato de extrema relevância e justifica inclusive a incidência do art. 260 do Código de Processo Penal.

Autorizada a coleta, os dados de perfil genético obtidos poderão servir de alimento à um banco de dados dessa natureza, tal qual prevê a Lei nº 12.654/12. Esses dados, por sua vez, poderão ser empregados na qualidade de meio de prova, seja no mesmo feito no qual foi autorizado judicialmente, ou ainda em feitos futuros, também mediante autorização judicial. Admite-se essa possibilidade porque o Estado obteve as informações de forma legítima. Ora, o armazenamento das informações representa avanço estatal na investigação criminal, expressamente prevista em lei e realizada mediante a concordância do indivíduo,

não havendo que se falar em violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Ademais, é isso que ocorre em relação às impressões digitais coletadas quando da identificação criminal dos acusados: é possível que os órgãos policiais as consultem ou forneçam essas informações ao juízo que a solicitar como forma de esclarecer a identidade de um investigado ou acusado, ou ainda como forma de elucidação da autoria delitiva mediante perícias.

No mais, o emprego dessas informações como prova exige o exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa pelas partes, conforme já sugerido, não sendo vislumbrada nenhuma afronta a esses direitos, desde que assegurados os mecanismos necessários.

A coleta de dados de perfil genético de acusados por determinados crimes como forma de alimentação desse banco de dados também é possível, mas assume viés diferenciado, merecendo algumas ressalvas.

A medida se justifica ante a gravidade dos crimes praticados por esses indivíduos, e nada impede que a lei preveja a compulsoriedade da coleta dos dados genéticos. Mais uma vez, isso não significa que o Estado estará legitimado a coletar os dados mediante emprego de força física, em verdadeiro desrespeito à vontade do indivíduo, mas sim que a medida é imediatamente realizável em relação a todos aqueles que se enquadrarem nas hipóteses legais.

Nesses casos, contudo, a medida é voltada única e exclusivamente para a alimentação e manutenção de um banco de dados com finalidade probatória futura. Não há a necessidade de identificação do acusado, que já se encontra devidamente individualizado perante o Estado. Por esse motivo a recusa no fornecimento das amostras deverá ser respeitado, sendo vedada a responsabilização do indivíduo pelo crime de desobediência.

Aqui, a coleta de material genético não está revestida do mesmo caráter fundamental existente nas hipóteses de identificação criminal para fins de individualização. Sua necessidade não possui lastro fático e concreto, ou seja, não há processo ou investigação em curso que justifique sua realização. Ao revés, a medida é adotada com caráter preventivo, visando a elucidação de fatos futuros e eventuais.

Assim, a recusa do indivíduo impede a coleta e o armazenamento dessas informações, não sendo possível nem mesmo responsabilizá-lo por tal negativa, já que a finalidade unicamente probatória da medida gera a incidência do direito de não produzir prova contra si mesmo. Nesses casos, portanto, a utilidade prática da medida é reduzida, já que um ínfimo número de condenados concordaria com sua realização. Outrossim, o reduzido número de dados de perfil genético a serem armazenados nesses moldes indica que a medida não atingirá satisfatoriamente seus objetivos, pois poucos feitos se beneficiariam das análises

comparativas a serem realizadas no futuro. Sob a ótica da proporcionalidade, portanto, a medida se revela inadequada.

Cabe observar, contudo, que seria interessante a instituição da identificação civil geral da população por meio dos dados de perfil genético. Embora a medida soe exagerada, não o é, já que além de propiciar a individualização das pessoas com elevada probabilidade de acerto, permitira a criação de um banco de dados nacional que poderia ser consultado pelo Estado com os mais diversos fins, afastando-se as discussões acerca do emprego de dados dessa natureza na esfera criminal.

Não bastasse, a criação de um banco de dados dessa estirpe facilitaria a localização e identificação de pessoas desaparecidas em âmbito nacional; a identificação de cadáveres; a elucidação da filiação; dentre outras circunstâncias relevantes existentes. Esses benefícios fariam com que a população em geral vislumbrasse mais claramente os aspectos positivos desse tipo de medida, reduzindo os questionamentos existentes acerca de sua constitucionalidade.

A medida, todavia, ainda depende de discussão no âmbito social e jurídico. É claro que resultados satisfatórios somente serão produzidos a longo prazo, mas isso não deve constituir óbice para sua implementação. Ademais, a instituição de um banco de dados dessa natureza possibilitaria o futuro intercâmbio de informações a nível internacional, o que ampliaria ainda mais seus efeitos.

Por fim, resta consignar que a identificação criminal por perfil genético e a instituição de um banco de dados dessa natureza são viáveis sob o aspecto constitucional, desde que observadas as ressalvas apontadas. A Lei nº 12.654/12 apresenta algumas incorreções, que deverão ser sanadas antes do efetivo implemento da medida, sob pena de, no futuro, serem vislumbradas violações a direitos individuais. No mais, a fim de afastar as discussões existentes sobre o tema, torna-se interessante até mesmo a instituição dessa técnica de identificação na esfera cível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AMARAL, Nuno Peixoto do. **Impressão digital genética, base de dados de perfis de ADN e a dignidade da pessoa humana**. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. atual., 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONACCORSO, Norma Sueli. **Aplicação do exame de DNA na elucidação de crimes**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-15092010-145947/>>. Acesso em 07 de novembro de 2013.

_____. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/>>. Acesso em 07 de novembro de 2013.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 4ª ed. de acordo com as Leis n. 11.689/2008 e 11.719/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONINA, Luís. **Colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético. Constitucionalidade. Acórdãos nº 155/2007 e 228/2007 do Tribunal Constitucional**. Revista do Ministério Público de Lisboa, v. 28, n. 110, jun. 2007.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Comentários iniciais à nova lei de identificação criminal – Lei 12.037/09**. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/2012/07/18/comentarios-iniciais-a-nova-lei-de-identificacao-criminal-lei-12-0372009/>>. Acesso em 13 de novembro de 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARBONE, Carlos Alberto. **La prueba penal ante la coerción del imputado. Un estudio jurisprudencial**. Rosario: Nova Tesis, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de medicina legal**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio. **Lei 12.654/12 (identificação genética): Nova inconstitucionalidade (?)**. Disponível em: < <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/06/04/lei-12-65412-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade/> >. Acesso em 15 de dezembro de 2013.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 4^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas: atualizado de acordo com as leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08**. Campinas: Millenium, 2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of S. and Marper v. the United Kingdom**. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90051>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2014.

FBI - FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. **Legislation Affecting the Federal DNA Database Unit**. Disponível em <<http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/federal-dna-database/legislation-affecting-the-federal-dna-database-unit>>. Acesso em 23 de fevereiro de 2014.

FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

FIDALGO, Sônia. **Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v. 16, n. 1, jan./mar., 2006.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl., com a colaboração de João Daniel Rossi. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério (coord.) et. al. **Medicina legal à luz do direito penal e do direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais: regulamentação**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.10, nº 39, 2007.

HAMMERSCHMIDT, Denise; GIACOIA, Gilberto. **Banco de perfis genéticos dos criminosos: tratamento normativo na lei espanhola e na lei brasileira**, p. 03. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8cea559c47e4fbdb>>. Acesso em 10 de janeiro de 2014.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Ed., 2005.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente - Doutrina e Jurisprudência**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. **Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos**. Revista Perícia Federal, Brasília. Junho/2007-Agosto/2008, ano IX, nº 26. Disponível em: <<http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/26.pdf>>. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal anotado**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JOBIM, Luiz Fernando [et. al.]. **Identificação humana: identificação médico legal, perícias odontológicas, identificação humana pelo DNA**. 2ª edição. Campinas: Millenium Editora, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. **Curso de Processo Penal**. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. 1. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?**. Boletim IBCCRIM, v. 236, p. 5-6, 2012. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4649-Lei-12.654-2012:-e-o-fim-do-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-\(nemo-tenetur-se-detegere\)?](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4649-Lei-12.654-2012:-e-o-fim-do-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-(nemo-tenetur-se-detegere)?)>. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Método, 2004.

MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação criminal pelo DNA**. Disponível em <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf> Acesso em 18 de Dezembro de 2013.

MACHADO, Helena; MARTINS, Marta; MATOS, Sara. **Base de dados genéticos forense em Portugal e identidade tecnocientíficas. Análise a partir de grupos focais com estudantes universitários.** Oficina do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Agosto de 2013. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/8515_Oficina_do_CES_403.pdf>. Acesso em 11 de fevereiro de 2014.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 20, nº 98, set./out. 2012.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso básico de medicina legal.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARCOLINI, Rogério. **Identificação criminal compulsória: inconstitucionalidade do inc. I do art. 3º da Lei nº 10.054, de 07.12.00.** Boletim IBCCRIM 99/13, fev./2001. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/595-Identificacao-criminal-compulsoria:-Inconstitucionalidade-do-Inc.-I-do-art.-3º-da-Lei-nº-10.054,-de-07.12.00>. Acesso em 25 de outubro de 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Processo Penal.** 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005 – 3ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

MONIZ, Helena. **A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a cooperação transfronteiras em matéria de transferência de perfis de ADN.** Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa, v. 30, n. 120, out./dez. 2009.

NAVAL, Francesc Mestres; VIVES-REGO, Josep. **La utilización forense de la huella genética (secuencia del ADN o ácido desoxiribonucleico): aspectos científicos, periciales, procesales y sociales.** La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário. Madrid, n. 61, jun. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Código de processo penal comentado**. 12 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Volume 2. 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Breves notas sobre a não autoincriminação**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 41, abr. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/eugenio_oliveira.html>. Acesso em 20 de janeiro de 2014.

PÉREZ MARÍN, Maria Ángeles. **El ADN como método de identificación en el Proceso Penal**. Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa, n. 132, out./dez. 2012.

PINHEIRO, M. Fátima. **Contribuição do estudo do DNA na resolução de casos criminais**. Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa, v. 19, n. 74, abr./jun. 1998.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. **Identificação criminal e banco de dados genéticos**. Revista do Advogado, Ano XXIV, v. 24, n. 78, set. 2004.

PRIETO RAMÍREZ, Luísa Maria. **La ley orgánica de registro de perfiles de ADN para fines de investigación criminal, en el marco del derecho comparado**. La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário. Madrid, v.5, n. 54, nov. 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

ROMEO CASABONA, Carlos María. **Bases de datos de identificadores a partir Del ADN com fines de investigación criminal**. Revista do Ministério Público de La Defensa, Buenos Aires, v. 5, n. 6, abr. 2011.

ROMERO, José Odir. **Roteiro de Medicina Legal**. São José dos Campos: Univap, 2002.

RUIZ, Thiago. **Escorço sobre a colheita compulsória de DNA do acusado**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 18, n. 218, jan. 2011.

_____. **Banco de dados de perfis genéticos e identificação criminal: breve análise da Lei 12.654/2012**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 21, n. 234, fev. 2013.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos para fins de Persecução Criminal**. Série Pensando o Direito, v. 43, 2012. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-43-Relatório-final.pdf>>. Acesso em 08 de dezembro de 2013.

SOBRINHO, Mário Sérgio. **A Identificação Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

UNITED KINGDOM GOVERNMENT. **Helping the police fight crime more effectively – National DNA Database.** Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/policies/helping-the-police-fight-crime-more-effectively/supporting-pages/national-dna-database>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2014.

UNITED KINGDOM GOVERNMENT. **NDNAD annual report 2012 to 2013.** Disponível em:<https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/252885/NDNAD_Annual_Report_2012-13.pdf>. Acesso em 28 de fevereiro de 2014.

VAY, Giancarlo Silkunas; SILVA, Pedro José Rocha e. **A identificação criminal mediante coleta de material biológico que implique intervenção corporal e o princípio do *Nemo tenetur se detegere*.** Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 239, out. 2012.