

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE- UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS- CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

ITAGIBÁ PRAXEDES DOS SANTOS

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CIDADÃO
PELA LEI Nº 12.654/2012 (LEI DO PERFIL GENÉTICO)

SOUSA
2013

ITAGIBÁ PRAXEDES DOS SANTOS

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CIDADÃO
PELA LEI Nº. 12.654/2012 (LEI DO PERFIL GENÉTICO)

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel (a) em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof. Allison Haley dos Santos.

SOUSA

2013

ITAGIBÁ PRAXEDES DOS SANTOS

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CIDADÃO
PELA LEI Nº.12.654/2012 (LEI DO PERFIL GENÉTICO)

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel (a) em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof. Allison Haley dos Santos.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: ____/____/____.

Orientador: Prof. Allison Haley dos Santos.

Examinador interno 1

Examinador interno 2

A minha mãe Onezia, pela sua presença material e
espiritual que tanto ilumina a minha vida...

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que me ajudaram na construção deste trabalho, notadamente os meus amigos e familiares, ao meu orientador professor Allison Haley dos Santos, pela orientação e contribuição neste presente estudo.

Um agradecimento, profundo e sincero, a DEUS, pela oportunidade de conhecer e estudar as Ciências Jurídicas.

RESUMO

O trabalho consiste na identificação de violações aos direitos e garantias fundamentais do cidadão pela Lei nº. 12.654, de 28 de maio de 2012, que trata da coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, enfocando os aspectos constitucionais e legais deste instrumento de identificação criminal. Utilizou preponderantemente a análise bibliográfica da doutrina nacional e artigos científicos sobre a lei do perfil genético como metodologia, sendo aplicado o método dedutivo. No primeiro capítulo do trabalho faz-se de forma breve a contextualização histórica da identificação criminal no Brasil, discorrendo sobre o Projeto de Lei nº. 93/2011 e sua fundamentação. No segundo capítulo é exposto as formas de uso do DNA para a identificação criminal, expondo a metodologia para coleta, a eficácia técnica e a confiabilidade do exame do DNA na identificação criminal, sendo que este uso indiscriminado resulta em violação aos direitos fundamentais. Igualmente, expõe a formação, o uso legal e racional dos Bancos Genéticos, assim como o seu acesso restrito. No terceiro capítulo é apresentada a finalidade legal para obtenção das informações genéticas, assim como a possibilidade do seu uso indevido, demonstrando as consequências sociais do uso indevido, principalmente com relação à violação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Este trabalho tem como objetivo analisar as possíveis violações dos direitos e garantias dos cidadãos pela nova lei que trata da identificação criminal através da coleta compulsória do material genético. Ao final se conclui que há divergência doutrinária acerca da constitucionalidade material da referida lei, e sobre o papel do Direito Penal em uma sociedade na qual exige uma resposta imediata contra a alarmante criminalidade.

Palavras-chave: Lei do Perfil Genético. Bancos de Dados Genéticos. Informações Genéticas. Violação dos Direitos e Garantias Fundamentais.

ABSTRACT

The work consists of the study of Law. 12,654, of May 28, 2012, which deals with collecting genetic profile as a form of criminal identification, focusing on the constitutionality and legality of legislation in the light of fundamental rights of the citizen guaranteed by the Federal Constitution of 1988. In this paper we describe briefly the history of criminal identification in Brazil, discusses the Bill no. 93/2011 and its grounds. We report the use of DNA for criminal identification, exposing the methodology, the technical efficiency and reliability of the examination of DNA in criminal identification. Also exposes training, legal and rational use of Genetic Banks, as well as their access restricted. It is presented for the purpose of obtaining legal to genetic information, as well as the possibility of its misuse, demonstrating the social consequences of misuse. Aims to examine possible violations of the rights and guarantees of citizens under the new law that deals with criminal identification through genetic material. Used mainly to literature review of national doctrine and scientific articles on the law of the genetic profile as a methodology. Moreover, it presents the vagueness doctrine about the (in) Material constitutionality of that law, and the role of criminal law in a society in which requires an immediate response against the alarming crime.

Keywords: Law no. 12.654/2012. Genetic Databases. Genetic information.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 HISTÓRICO DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL	10
2.1 Abordagem Histórica.....	10
2.2 O Projeto de Lei nº. 93/2011	11
2.3 O Uso do DNA para Identificação Criminal	14
2.4 A Formação dos Bancos de Dados Genéticos	16
3 O USO LEGAL E RACIONAL DOS BANCOS DE DADOS GENÉTICOS	20
3.1 O Acesso Restrito aos Bancos Genéticos	21
3.2 A Finalidade Legal das Informações Genéticas	22
3.3 O Uso Indevido dos Dados Genéticos	23
3.4 As Consequências Sociais do Uso Indevido	24
4 A LEI Nº. 12.654/12 E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	28
4.1 A Identificação Criminal como Exceção à Identificação Criminal Civil	28
4.2 A Coleta do Exame de DNA e o Princípio da Não Produção de Provas Contra Si Mesmo	30
4.3 O Banco de Dados e o Princípio da Inocência ou da Não-Culpabilidade Penal	34
4.4 A Teoria do Direito Penal do Inimigo e o Banco de Dados	36
4.5 A (In) Constitucionalidade da Lei nº. 12.654/2012	38
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo identificar possíveis violações aos direitos e garantias fundamentais pela Lei nº. 12.654, de 28 de maio de 2012, que trata da coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, realizando uma análise da sua provável inconstitucionalidade material, demonstrando, ainda, qual o papel do Direito Penal em nossa sociedade, na atuação de dar uma resposta à criminalidade crescente e a impunidade dos autores.

Tem como objetivo específico demonstrar as possíveis limitações de direitos fundamentais do cidadão, em decorrência da interferência do Estado na coleta compulsória do material genético, sob o fundamento que deve prevalecer o interesse público que busca tutelar os bens jurídicos valiosos, identificando os autores dos delitos penais.

Este estudo tem como objeto material a bibliográfica nacional e artigos científicos nacionais e estrangeiros que evidenciam os principais posicionamentos sobre a coleta compulsória do material genético para identificação criminal do cidadão além do uso indiscriminado das informações genéticas que traz violações aos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Política de 1988.

No primeiro capítulo é feito um breve histórico da identificação criminal no país, abordando o seu conceito, suas finalidades e metodologias iniciais. Neste capítulo ainda é tratado o projeto de Lei nº. 93/2011, enfocando os seus principais fundamentos, com ênfase para os comentários de seus autores e defensores.

No segundo capítulo é feita uma exposição sobre o uso do DNA para a identificação criminal, a metodologia usada no exame pericial, a eficácia probatória, e a confiabilidade da coleta do material genético como meio de identificação criminal dos indivíduos suspeitos, onde aponta-se as principais violações aos direitos e garantias fundamentais que podem advir com o uso indiscriminado.

Ainda é feita uma descrição sobre a formação dos Bancos de Dados Genéticos, regulamentado pelo Poder Executivo, através de decreto, onde se prevê sua existência em nível estadual e a constituição em âmbito nacional.

Apresenta-se a forma legal e racional do uso dos bancos de Dados Genéticos por parte das autoridades públicas, mencionando a restrição das informações genéticas contidas nos bancos cadastrais, assim como as responsabilidades civis,

administrativas e penais de seus manipuladores, como também a finalidade legal do uso das informações genéticas contidas nos mesmos (bancos de dados), tendo em vista a potencialidade de ofensa aos direitos e garantias fundamentais.

No terceiro capítulo é abordada a temática sobre a exceção da identificação criminal do civilmente identificado, bem como, a aplicação dos princípios da não produção de provas contra si mesmo e o da inocência, o que ocasiona o afastamento da obrigatoriedade do fornecimento do material genético pelo cidadão para fins de identificação criminal.

É apresentada a teoria do direito penal do inimigo como concepção ideológica para a formação e conservação dos bancos de dados genéticos de acusados por crimes dolosos, contra a vida, e de crimes hediondos, como a ideia do direito penal do autor, como forma de culpabilidade para a autoria dos crimes referidos. Sendo que neste aspecto é feita referência a preponderância do garantismo penal.

Por fim, tendo a Constituição Nacional como parâmetro do controle de constitucionalidade para a formação de novas leis no nosso ordenamento jurídico e, com fundamento nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, sobretudo no art. 5.º e incisos da Carta Magna, este trabalho contextualiza a nova lei de identificação criminal com os princípios da presunção da inocência, da não produção de provas contra si mesmo, da culpabilidade penal e da identificação criminal com exceção a identificação civil, evidenciando uma divergência sobre a sua (in) constitucionalidade por parte da doutrina.

2 HISTÓRICO DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Os atos da vida humana, em sua maioria, baseiam-se no reconhecimento das pessoas e, nesse contexto, a identificação protege interesses individuais e coletivos.

De acordo com o ensinamento de Eça (2003, p. 43), Identificação é o ato pelo qual se estabelece a identidade de alguém ou de alguma coisa, determinados caracteres do indivíduo, capazes de distingui-los de outro qualquer.

Já Sousa (2007)¹, diz que identificação é a unidade diferenciada, original e irrepetível, oponível externamente, na qual se aglutinam, se complementam e se projetam, identificando-se, todos os seus múltiplos elementos e expressões.

No que tange à identidade Jurídica, esta se apresenta de forma dicotômica, pois de um lado diz-se a identidade que resulta do estabelecimento e definição de *elementos de identidade* e, por outro, como a personalidade física [...], da qual relevam juridicamente, caracteres determinantes físicos (MALHADO, 2001, p. 387).

Os atos da vida humana, em sua maioria, baseiam-se no reconhecimento das pessoas e, nesse contexto, a identificação protege interesses individuais e coletivos.

2.1 Abordagem Histórica

A busca pela identidade remonta aos primórdios da civilização. Em épocas mais remotas eram utilizados as pinturas, obtidas através de pedras coloridas. Logo após, passaram a utilizar tatuagens, assim como ferretes e mutilações, para reconhecimento dos malfeitores.

Ao final do século XIX, deu-se início à identificação de criminosos através da utilização de métodos científicos, mas ainda de conhecimento simples, como a datiloscopia, que teve como precursores Herschell, Faulds, Galton e Vucetich, além da bertillonagem que baseava-se em dados antropométricos, descritivos e sinais particulares.

¹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de apud Parecer n.º 62/2006, do Ministério Público – Procuradoria-Geral da República, publicado no DR, 2.ª Série, N.º 74, de 16 de abril de 2007, p. 9777-9787.

No século XX, a identificação na esfera criminal se destacou, tendo em vista a criação concebida pelo criminalista Edmond Locard, do Laboratório de Polícia Científica, em Lyon, no ano de 1910, perdurando com supremacia por quase todo o século. No tocante à identificação civil, esta sequer era obrigatória naquele período.

Atualmente, a identificação e identidade humanas são determinadas e estabelecidas por técnicas biométricas avançadas, das quais a mais comum é a identificação por perfis de DNA².

Nessa esteira, considerando que o conceito de identidade tem como escopo a identificação criminal a ser tratado no presente estudo, pode-se dizer que a identificação é o conjunto de atos legais e operações materiais destinados à determinação ou confirmação de uma identidade pessoal, tendo como referentes os direitos, liberdades e garantias pessoais, erigidos no texto constitucional, além da segurança jurídica e a realização da justiça.

Desse modo, atualmente vigora novas e modernas técnicas de identificação criminal, com destaque para a Lei nº. 12.654/2012 (Lei do Perfil Genético), que tem provocado polêmicas e discussões acerca de sua utilização e viabilidade no Brasil, bem como sua compatibilidade com os princípios constitucionais.

2.2 O Projeto de Lei nº. 93/2011

O Projeto de lei do Senado (PLS nº. 93/2011), de autoria do senador Ciro Nogueira (PP-PI), tratou da criação de um banco para armazenamento de perfis genéticos de presos condenados pelo cometimento de crimes violentos ou hediondos, a referida proposição foi aprovada em 14/09/2011, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ).

A proposta estabelece que a identificação genética pode ser feita a partir de fluidos e tecidos biológicos humanos, sendo o DNA, segundo o autor, "ideal como fonte de identificação resistente à passagem do tempo e às agressões ambientais".

Prevê ainda que o material coletado alimentaria a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, em implantação no Brasil, que se baseia no sistema de

² Ácido Desoxirribonucleico.

informação Codis (*Combined DNA Index System*), desenvolvido pela Polícia Federal dos Estados Unidos (FBI) e já utilizado em outros 30 países³.

No Brasil, a previsão é de que a rede será abastecida por órgãos perícias dos estados, com dados retirados de vestígios genéticos deixados nos locais onde foram cometidos os crimes, como sangue, sêmen, unhas, fios de cabelo ou pele.

O Senador Ciro Nogueira⁴ justifica sua proposta, sob o argumento de que o projeto reforça um processo já em andamento do Brasil, o qual terá um banco de perfis de DNA como ferramenta auxiliar nas investigações criminais, sendo referido sistema utilizado também pelo FBI, Polícia Federal dos Estados Unidos e por mais trinta países.

Enfatiza ainda o avanço genético que constitui a identificação pelo DNA, destacando a sua imprescindibilidade na investigação criminal, ante a gama de evidências deixadas nos locais dos crimes, especialmente os cometidos com emprego de violência, sendo certo que não será suficiente para provar a culpabilidade ou inocência, porém poderá estabelecer uma conexão irrefutável entre o indivíduo e a cena do crime.

Por fim, acrescenta ainda o parlamentar, que o projeto é uma medida necessária e urgente e destaca o uso da identidade genética pelo DNA não só para fins criminalistas, mas também para identificação de corpos em acidentes, determinação da paternidade, elucidação de trocas de bebês em berçários, detectar substituições e erros em resultados de exames patológicos realizados em clínicas.

Em 29/05/2012, o Projeto de Lei do Senado nº. 93/2011, tornou-se norma jurídica nº. 12.654/2012, entrando em vigor a lei que prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal.

Vale destacar o voto favorável, do então ex-senador Demóstenes Torres, argumentando que a identificação de identidade genética pelo DNA se sobrepõe a todas as técnicas preexistentes, inclusive às impressões digitais clássicas.

Acrescentou ainda que a tecnologia de bancos de perfis genéticos se mostrou bastante eficaz em outros países, a exemplo dos Estados Unidos e Reino Unido e que o seu impacto na promoção da justiça e combate à impunidade tem sido fator determinante para a sua implantação no Brasil.

³ <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=87708&tp=1>.

⁴ Idem.

Mencionou, ainda, em seu voto, o destaque do Brasil como o sexto País do mundo em taxa de homicídios, e ainda a grave situação no que pertine aos crimes sexuais, relacionados à baixa estatística de elucidação desses delitos.

Por fim, destacou que o procedimento para coleta do DNA será realizada por procedimento não invasivo, e por consequência, restarão preservados os princípios de respeito à integridade física e à dignidade humana.

Importante mencionar que o Brasil, no ano de 2009, assinou Termo de Compromisso para utilização do software CODIS, programa de gerenciamento de perfis genéticos desenvolvido pelo FBI⁵.

Igualmente favorável, o voto do Deputado Vicente Cândido, Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que frisou a inexistência de vícios de constitucionalidade, juridicidade ou de técnica legislativa da matéria, assinalando ainda a sua reflexão no texto do Juiz Federal Haddad, cujo trecho, pela sua importância, segue transcrito:

A admissão do exame de DNA compulsório no processo penal brasileiro, posto que seja uma novidade em relação ao tipo de prova que disponibilizará, não representará nenhuma inovação acerca das restrições e bens jurídicos que já suporta o acusado. A pena privativa de liberdade, a prisão provisória de finalidade instrutória indireta, o monitoramento ininterrupto de diálogos, a sanção capital e a medida de segurança de caráter indeterminado são superlativamente mais lesivos do que a colheita do material orgânico, mormente em relação àquela que não possui o caráter de invasividade. É preciso apenas voltar os olhos para as provas e sanções atualmente existentes no processo penal e lembrar-se da existência de medidas de caráter restritivo para superar a cultura de intangibilidade absoluta do acusado. O exame de DNA compulsório é adotado em Estados do civil e do *common law*, e tem-se mostrado como importante instrumento para a melhor elucidação dos fatos no processo penal. Conquanto limite e restrinja alguns bens jurídicos dignos de tutela, não suprime ou ofende os direitos do acusado no processo [...]. (2007).

Reporta ainda o Deputado a outro texto, desta feita de autoria do diretor Paulo Roberto Fagundes, da Diretoria Técnico-Científica da Polícia Federal, relatando sobre o tema em questão, cujo trecho passa-se a transcrever:

A utilização do DNA como instrumento de investigação e prova é uma realidade nos laboratórios oficiais do Brasil. Contudo, os

⁵ Brasil. Departamento de Polícia Federal. Diário Oficial da União, Seção 3, Nº 110, p. 81. Senado Federal. Brasília (DF). Sexta-feira, 12 de junho de 2009.

exames são realizados apenas quando se têm amostras suspeitas e amostras referências para comparação - os chamados casos fechados. A eficácia na utilização do DNA na investigação criminal pede a implantação de um Banco de Dados de DNA Criminal no país, no qual serão armazenados perfis de DNA coletados em cenas de crimes para as mais diversas comparações possíveis no intuito de esclarecimento de autoria de tais crimes. Para a implantação de um sistema desse tipo existem algumas condições a serem cumpridas [...], do ponto de vista estratégico, a aprovação de um projeto de lei que estabeleça condições de armazenagem de perfis de DNA é o primeiro passo para a implantação gradual do banco de dados. [...] As demais condicionantes serão paulatinamente ajustadas desde que essas condições essenciais sejam garantidas.

Com a entrada em vigor da Lei nº. 12.564/2012, a Lei nº. 12.037/2009 que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, sofreu alterações, assim como a Lei nº. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Além do processo datiloscópico e o fotográfico, juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, do inquérito ou outra forma de investigação criminal, com a lei supramencionada, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético, desde que essa identificação seja essencial às investigações policiais, de acordo com despacho da autoridade judiciária competente, que poderá decidir de ofício ou mediante representação da Autoridade Policial, do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

Em seguida, será abordado sobre o uso do DNA para identificação criminal, além de sua coleta, metodologia, tratando ainda sobre a sua efetividade no meio jurídico.

2.3 O Uso do DNA para Identificação Criminal

Segundo Mattos Filho (1995) o DNA é encontrado no núcleo das células do organismo, estruturando os cromossomos, que, no homem se encontram em 46 pares, sendo 23 de origem materna e 23 de origem paterna. Desta forma, os genes, compõem os cromossomos, sendo responsáveis pelos caracteres genéticos das pessoas.

A Lei nº. 11.105/05 que trata das normas que regem o uso das técnicas de engenharia genética, utilizando a forma ADN (Ácido desoxirribonucleico) como

material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência.

Sobre o tema, salienta Coutinho (2006, p. 23), que:

O DNA é basicamente o material genético humano formador das características individuais em cada ser. Está localizado tipicamente no núcleo das células, especificamente nos cromossomos. Os genes são responsáveis por numerosas características humanas, tais com: tipo sanguíneo, cor dos olhos, cor da pele, cor dos pêlos etc. Portanto, cada característica humana anatômica e/ou funcional apresenta no DNA uma quantidade variável de pares de bases repetidas e uma quantidade variável de repetições intercaladas que formam os genes, responsáveis pela formação do ser humano.

É possível a análise de DNA através de amostras de substâncias orgânicas que contenham material genético, tais como: sangue, sêmen, músculo, osso, dente (polpa dentária) e pêlo (raiz).

O pressuposto da identificação genética é que cada indivíduo apresenta seu DNA exclusivo, sendo o mapeamento cromossômico igual em todas as células do organismo, que permanece invariável ao longo do tempo.

Nas investigações criminais, a análise dos padrões de DNA constitui, basicamente, uma técnica comparativa, ou seja, o padrão de DNA analisado a partir das amostras do local do crime é comparado com o que fora realizado com as amostras do próprio suspeito. Assim, se os padrões se identificarem, não restarão dúvidas da autoria do delito.

Neste contexto, no Brasil a aplicação de tal método encontra entraves, ante a ausência de um banco de dados para a referida comparação. Em países, como Reino Unido, Áustria e Holanda já existe um cadastro para pesquisa, utilizado como banco de dados comparativo de material genético.

Barros e Piscino (2006, p. 400) salienta que:

No Brasil, desde 1992, a Polícia Civil do Distrito Federal, por meio de sua Polícia Técnica, passou a desenvolver esforços no sentido de implementar a pesquisa de DNA forense, e implantar o seu próprio laboratório de análise de material genético, como subsídio à perícia criminal. Anota-se que o caso pioneiro de aproveitamento do exame de DNA, na área processual penal, chegou aos nossos Tribunais em 1994, quando dois peritos criminais da Polícia Civil do Distrito Federal foram enviados aos Estados Unidos, a fim de realizar o

exame de DNA. Nesse caso foi extraído material biológico relacionado a dois crimes perpetrados em Brasília. O resultado desse trabalho foi descrito nos laudos periciais 96.114 e 96.136, do Instituto de Criminalística do Distrito Federal, referentes à ação penal 4.040/93, da 6ª Vara Criminal de Brasília” (Processo 9672/93, do TJDF).

No que tange à eficácia técnica do material genético, prevê o art. 225, § 1º, incisos II e V da CF/1988:

§1º- Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

II- preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação do material genético.

V- Controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

A utilização do DNA para a identificação criminal depende de amplo conhecimento científico e de procedimentos que garantam a efetividade das comparações do material genético, possibilitando a elucidação de casos como investigação de paternidade, identificação de cadáveres e apuração de alguns crimes (SOBRINHO, 2003).

A confiabilidade apresentada nos exames de DNA mostra-se indubitavelmente adequada e eficaz na aplicação em investigações criminais, sendo um instrumento poderoso de individualização da pessoa e um dos meios mais seguros e eficazes para desvendar crimes contra a pessoa.

2.4 A Formação dos Bancos de Dados Genéticos

A formação do banco de dados de identificação através do DNA, previsto na recente Lei nº. 12.654/2012, tem sido alvo de discussões no âmbito jurídico.

Trata-se de conjuntos estruturados de resultados de análises de perfis genéticos, mantidos, em geral, em uma base de dados informatizada.

A principal finalidade da formação do referido banco de dados, do ponto de vista criminal, é contribuir na resolução de crimes sem autoria identificada, através

do método comparativo, aumentando a probabilidade de identificação do suspeito, e, portanto, minimizando a impunidade penal.

Pode-se dizer que o Banco de Dados seria uma ferramenta de investigação criminal, cujas amostras coletadas em cenas de crimes podem ser confrontadas com os perfis genéticos procedentes de diversas fontes.

Com a introdução da Lei nº. 12.654/2012 no ordenamento jurídico brasileiro, sofreram modificações as Lei nº. 12.037/2009 (identificação criminal), e a Lei nº. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

A lei nº. 12.654/2012 prevê a realização de coleta de material biológico para fins de formação do perfil genético, notadamente nos casos de identificação criminal. Desta forma, o banco de dados brasileiro irá armazenar as informações genéticas apenas de condenados, cuja utilização será comparar com os dados colhidos na cena de futuros crimes e obter, mais facilmente, a identificação de suspeitos.

O art. 5º-A da referida Lei determina que os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em bancos de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

Percebe-se assim, a inclusão de garantias de segurança e de eficácia do banco de dados, cuja gerência deverá ser feita por uma unidade técnico científica.

Tais garantias dão suporte à integridade do sistema, assim como estabelece regras ao uso estrito para fins a que se destinam, a responsabilização pelo sigilo dos dados, entre outros.

Por sua vez, o artigo 7º-A e 7º-B, estabelece:

Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.

Art. 7º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

A identificação criminal através de dados genéticos é uma realidade nos países europeus, fonte de inspiração para a criação da Lei Brasileira. Contudo, no plano internacional, o tema foi explorado de forma consistente, através de tratados e convenções internacionais, tendo por objetivo proteger os direitos humanos e promover o avanço científico, respeitando-se a dignidade da pessoa humana e os direitos individuais.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, por sua vez, reconhece a importância da realização de pesquisas científicas, e enfatiza que referidos experimentos devem se pautar pelo respeito da dignidade e direitos da pessoa humana, elegendo os princípios do respeito à vulnerabilidade humana e integridade pessoal, a vida privada e a confidencialidade dos dados pessoais, a não discriminação e não estigmatização do indivíduo.

Por fim, acrescenta a necessidade de adoção de medidas pelos Estados, em nível nacional e internacional, para combater o tráfico de dados e materiais de natureza genética.

Tal ideia pode ser observada com a criação de bancos de dados para fins de identificação criminal, onde o indivíduo acaba por perder o controle ao acesso e circulação de suas informações genéticas.

Desta forma, apesar da sua licitude e legitimidade, o uso de dados genéticos para fins criminais, deve pautar-se em alguns princípios norteadores do tratamento de informações genéticas, quais sejam, os princípios da finalidade, da qualidade dos dados e da segurança física e lógica dos mesmos.

Assim, resguardados tais princípios, poder-se-ia estabelecer um equilíbrio entre a necessidade de proteção dos dados genéticos e seu uso para o atendimento de interesses juridicamente relevantes.

Portanto, acerca da formação do Banco de Dados Genéticos, de acordo com os ditames da Lei nº. 12.654/2012, pode-se concluir que:

- A coleta de material biológico para fins de identificação criminal é obrigatória para os indivíduos condenados por crimes de máxima lesividade, e para as demais hipóteses, é opcional, aí incluindo também os integrantes de organizações criminosas;
- A classificação como essencial para as investigações ficará a critério exclusivamente, da Autoridade Judiciária e não da Autoridade Policial (art. 3º, IV);
- A gerência do Banco de Dados de Material Genético (DNA) será realizada por uma Unidade da Perícia Criminal (Instituto de Criminalística), sendo que na maioria dos Estados a administração de informações sobre identificação civil

ou criminal das pessoas é de incumbência dos Institutos de Identificação (art. 5º A);

- O Perito Oficial deverá consignar em laudo a constatação das evidências de perfis genéticos, devendo ser excluído a realização do confronto de dados pelos Papiloscopistas, Datiloscopistas, Identificadores ou de servidores com essa qualificação, de instrução de nível superior. Anteriormente à Lei epigrafada, estes eram os profissionais que atestavam e certificavam informações obtidas nas pesquisas de individualização das pessoas, através de dados biométricos ou marcas papilares, nos Institutos de Identificação da maioria das Unidades da Federação ou nos Núcleos de Identificação da Polícia Federal (art. 5º, § 3º);
- O caráter sigiloso do Banco de Dados restringe o seu acesso, sendo que as Autoridades Policiais, Estaduais ou Federais, só poderá acessá-las através de inquérito instaurado e mediante autorização judicial, não sendo de sua livre utilização e de inteira acessibilidade, como os demais dados de identificação, submetendo o seu uso, mais uma vez, aos difíceis fluxos burocráticos do judiciário, decretando, assim, a sua baixíssima ou quase nenhuma utilidade para o Sistema de Justiça Criminal (art. 9º A, §2º, da Lei nº. 7.210/84).

Em relação ao acesso ao referido banco de dados, assim como o seu uso e restrições, serão tratados, de forma mais detalhada no capítulo seguinte.

3 O USO LEGAL E RACIONAL DOS BANCOS DE DADOS GENÉTICOS

No módulo anterior fez-se uma explanação acerca da identificação criminal, apresentando um breve histórico dos métodos utilizados nos séculos passados até os dias hodiernos.

O Projeto de Lei nº. 93/2011 e a Lei nº. 12.654/2012 foi transcrito na íntegra, e posteriormente, fez-se algumas considerações, mencionando a perspectiva e justificativa do seu autor para a criação da referida norma, assim como a sua aplicação no Brasil.

Por fim, mostrou como será formado o banco de dados genéticos e o fim precípuo a que se destina.

Neste módulo, será tratado de forma mais esmiuçada, sobre o acesso e finalidade do banco de dados e informações genéticas, bem como as consequências do uso indevido dos dados genéticos armazenados, além das consequências sociais, em casos de uso indevido.

No âmbito jurídico tem-se comentado sobre a inadequação das garantias incluídas na Lei nº. 12.654/2012, no que pertina a prevenção do mau uso desta base de dados, e a sua insuficiência para garantir a proteção à privacidade, o respeito aos direitos humanos e possíveis erros judiciários.

É certo que a utilização de DNA nos últimos anos, tem-se tornado importante ferramenta científica na solução de litígios. Entretanto, a base de dados de DNA gera a necessidade de cautela e preocupações, notadamente no que se refere à privacidade, vigilância e as falhas do sistema judicial frente aos direitos humanos.

Portanto, muitas questões ainda precisam serem tratadas, com o intuito de promover a proteção adequada e uso devido desse sistema, desde que seja posta de lado a visão exagerada sobre os benefícios da base de dados de DNA na solução de crimes.

3.1 O Acesso Restrito aos Bancos Genéticos

A novel lei brasileira dispõe sobre o armazenamento de DNA de forma confidencial, determinando, ainda, a exclusão dos perfis genéticos pelo DNA da base de dados, ao final do período estabelecido na legislação para a prescrição do crime do qual o réu seja suspeito.

Conforme dispunha a Lei nº. 12.654/2013, posterior decreto do Poder Executivo, seria necessário para instituir o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos.

Assim, em 12 de março de 2013, o Decreto nº. 7.950 instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, o qual possibilitará o compartilhamento e a comparação dos dados dos bancos de perfis genéticos da União, Estados e Distrito Federal, mediante acordo de cooperação técnica (art. 1º, § 3º, do Decreto nº. 7.950/2013).

Referido decreto estabeleceu ainda, que o Banco Nacional de Perfis Genéticos será instituído no âmbito do Ministério da Justiça (art. 1º), cuja administração ficará a cargo de um perito criminal federal habilitado, com experiência comprovada em genética, o qual será designado pelo Ministro de Estado da Justiça (art. 1º, § 4º).

Para promover a coordenação das ações dos órgãos de gerência do banco de dados, bem como a integração dos dados nos âmbitos Federal, Estadual e Distrital, será instituído um Comitê Gestor, composto por representantes titulares e suplentes (art. 2º), sendo composto por cinco representantes do Ministério da Justiça, um representante da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e cinco representantes dos Estados ou do Distrito Federal, no qual cada região geográfica terá um representante. O coordenador do Comitê será escolhido dentre os representantes do Ministério da Justiça, que ocupará a administração do Banco Nacional de Perfis Genéticos (art. 2º, § 1º).

Desta forma, vê-se que a pretensão do Decreto é o compartilhamento das informações entre a União, Estados e Distrito Federal, os quais manifestarão a sua adesão à Rede Integrada de dados, mediante assinatura de termo.

Fica ainda ao encargo do Ministério da Justiça, a adoção de medidas de segurança que garantam a confiabilidade e o sigilo dos dados (art. 6º, I), bem como a realização de auditorias e elaboração do regimento interno.

Portanto, a Lei nº. 12.654/2012 acarretou ao Poder Público grande responsabilidade, pois este exercerá o monopólio do armazenamento de dados genéticos de indivíduos, condenados ou não, e tem o dever de zelar pelo seu caráter sigiloso.

3.2 A Finalidade Legal das Informações Genéticas

De acordo com o Decreto nº. 7.950/2013, a utilização do material coletado não terá fins exclusivamente criminais, mas também para identificação de pessoas desaparecidas. Contudo, o material doado voluntariamente por parentes consanguíneos de pessoas desaparecidas, somente com esta finalidade poderá ser utilizado.

O Banco de Dados Genéticos tem a finalidade de realizar pesquisas mediante a coleta do material genético recolhido dos infratores comparando-os com os encontrados em cenas de crimes, com o intuito de aumentar as chances de resolução de delitos de autoria desconhecida, considerando os índices atuais, que comprometem a criminalidade do país.

Nos dias hodiernos, no trabalho investigativo policial, recolhem-se vestígios genéticos das cenas dos crimes, tais como sangue, fio de cabelo, sêmen, além de outros. Com a referida coleta, pretende-se compará-lo com o armazenado no banco de perfis genéticos. Contudo, constatando-se positivamente, não significa que a pessoa, independentemente de outras provas, seja responsável pelo crime. Significa apenas uma suspeita permissiva para que se realize uma investigação preliminar, sem o conteúdo de certeza.

3.3 O Uso Indevido dos Dados Genéticos

Os bancos e base de dados genéticos tem suscitado compreensões diversas no ordenamento jurídico, sendo evidente e relevante os questionamentos que surgem, especialmente no tocante ao seu uso indevido.

Assim, algumas questões teóricas devem ser examinadas, entre elas o modo como o Direito responde aos impactos das novas tecnologias, vivenciadas pelas sociedades contemporâneas desde a década de 1950. (CORREA, 2009).

A forma de constituição e de organização dos bancos de dados genéticos, assim como suas finalidades, está intimamente ligada a algumas características centrais das sociedades contemporâneas, a saber, a aceleração tecnológica e do capital globalizado – que, embora não se confundam, formam uma aliança estreita, ainda que algumas vezes contraditória –, assim como a configuração biopolítica do poder, nos termos formulados por Michel Foucault⁶.

Some-se ainda o fato de que expressa, de forma exemplar, a centralidade do papel desempenhado pela informação nas sociedades contemporâneas, pois a definição da vida como sistema de informações coloca os dados genéticos no centro das lutas de poder.

Pesquisadora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e antropóloga Fonseca (2012), advertiu que o uso de banco de dados genéticos, no tocante à elucidação de crimes, pode gerar graves riscos às políticas de Direitos Humanos, se o uso for generalizado, bem como se não servir para evitar a punição de inocentes.

Diz ainda a referida antropóloga, que teme pela utilização da tecnologia para o aumento da injustiça. É que, assim como no Brasil, o padrão internacional também foi no sentido de começar a autorização da coleta de dados de DNA apenas em crimes muito graves e posteriormente, o uso foi “generalizado”.

A pesquisadora acrescenta a utilização do Banco de Perfis Genéticos por mais trinta países, interligados em rede acessível à INTERPOL (Polícia Internacional). No entanto, esse armazenamento tem sido, majoritariamente, colhido

⁶ Foucault definiu a biopolítica como um conjunto de mecanismos de poder que se exercem sobre a vida humana, em sua dimensão biológica, como indivíduo e como espécie. A biopolítica inclui a vida no terreno das lutas políticas e compreende a população em termos de fenômenos biológicos. Gerir a vida das populações e dos indivíduos, para incrementá-la e prolongá-la, passa a ser a tarefa primordial dos governos.

das camadas mais pobres da população, perpetuando a prática de incriminar, de preferência, a parte mais desprotegida da população.

Ainda de acordo com Fonseca (2012), cerca de trinta por cento da população negra inglesa já foi catalogada no banco de dados genéticos, e apenas seis por cento da população branca, e enfatiza a necessidade de prevenir que a tecnologia de DNA seja apenas mais um instrumento de abuso contra pobres.

Importante ressaltar que, apesar dos sistemas tecnologicamente avançados do Governo, onde os dados genéticos de DNA serão armazenados, no Brasil não são raros os casos de invasão de programas e a venda de informações. Um exemplo são as informações de Declaração de Imposto de Renda, que constantemente se vê nos noticiários, a comercialização de declarações pessoais gravadas em CD, nas esquinas de São Paulo.

Desta forma, não se pode olvidar da possibilidade de invasão do sistema de Banco de Dados Genéticos para comercialização, já que o DNA traz informações não só do indivíduo, mas também de toda uma geração, e problemas como discriminação racial, social pode se dissipar, além de ser manipulado de forma a incriminar determinado indivíduo, e inocentar um criminoso.

3.4 As Consequências Sociais do Uso Indevido

A identificação de indivíduos através de perfis de DNA, no âmbito da investigação criminal, significa uma forma de classificação biossocial, pela definição de grupos sociais a partir da partilha de um dado perfil genético.

Como refere Frois, num ensaio sobre bases de dados pessoais e vigilância em Portugal::

[...] a identidade corresponde a identificação (conhecimento) e, no mesmo processo, a diferenciação (separação do outro), considerando que “identificar-se e ser identificado, na sociedade contemporânea, corresponde a espaços de significação complexos, compreendendo noções de classificação social, categorização e elaboração de perfis (Frois, 2008, p. 111-112, *apud Machado et al*, 2010, p. 539).

As utilizações destas bases de dados visam produzir, em simultâneo, conhecimento sobre os indivíduos (*identificação*) e sobre a sua identidade individual e social através de uma identidade genética, que é sobretudo numérica, conferindo primazia à biologia, em detrimento do contexto social e biográfico, potenciando, através desta classificação e da criação de perfis sociogenéticos, uma crescente marginalização dos membros mais vulneráveis da população (Lyon, 2008, *apud* Machado *et al*, 2010).

Ainda de acordo com Frois (2008 *apud* Machado *et al*, 2010), o uso em massa de bases com dados pessoais é um dos mais poderosos instrumentos de classificação social nos nossos dias.

As classificações construídas pelos cientistas forenses são similares a outras classificações que usamos no quotidiano e são concebidas para serem utilizadas por outros cientistas no seio da comunidade científica. Contudo, na prática, as classificações são histórica e socialmente contextualizadas, podendo as classificações de grupo étnico ser consideradas objetos de fronteira (Star e Griesemer, 1999, *apud* Machado *et al*, 2010).

Shim (2005, *apud* Machado *et al*, 2010) adverte que, na investigação científica persiste, de modo ritualista, a inclusão das categorias de raça e etnia, pela via de práticas que valorizam elementos de generalização, comparabilidade e estandardização.

Desta forma, a intersecção entre etnia e genética representa a conjugação entre ciência, tecnologia, burocracia e políticas de identidade, cujo alinhamento poderá trazer consequências para a gestão e vigilância de grupos populacionais por parte do Estado, assim como para novos entendimentos da relação entre raça, etnia e criminalidade.

Portanto, a inclusão da categoria do grupo étnico na informação recolhida sobre os indivíduos cujo perfil de DNA entrará na base de dados, contradiz com os pressupostos erigidos na Constituição Federal de 1988, que erradicou a discriminação da sociedade, visível, por exemplo, no fato de as estatísticas criminais apenas registarem a nacionalidade, mas não registarem etnicidade ou fenótipo. (CUNHA, 2010, *apud* MACHADO, 2010).

Além disso, considerando que através do código genético os modelos hereditários são transmitidos de geração em geração, contendo o projeto de funcionamento e delimitação do nosso corpo e existindo a possibilidade da

decifração total do código genético humano, a manipulação genética poderá tornar-se uma ferramenta discriminatória em vários setores sociais, entre eles, nas relações de trabalho.

Tal discriminação dá-se em virtude de que, sabendo o código genético do ser humano, será possível prever as possíveis doenças que o empregado pode vir a ter e com isso se permitir a escolha do funcionário geneticamente melhor para uma contratação ou uma promoção.

De acordo com Lima Neto (2008, p. 62) a discriminação genética é “uma conduta discriminatória por parte do Estado ou grupos empresariais selecionando, pelo conjunto de genes que o sujeito possui, e que tem probabilidade de causar doenças e determinar comportamentos que não são de interesse daqueles grupos ou entes estatais.”

Esse tipo de discriminação já era prevista desde o início do Projeto Genoma Humano no final da década de 80.

Enfatiza Araújo (2010)⁷, Advogado, pós-graduado em Direito Médico Hospitalar pela Universidade Católica do Salvador, que, geralmente, o teste genético se realiza através da coleta de sangue. Não há, tecnicamente, problema com a realização do exame. A questão está no modo e limites de utilização desses resultados.

Tal como outra qualquer discriminação, a genética afeta a integridade psíquica do indivíduo e, na seara trabalhista agrava-se, posto que o emprego é fundamental para a sobrevivência do indivíduo e o bem estar de sua família.

Insta salientar que as predisposições genéticas são meras previsões, não se revestindo de certeza absoluta, pois dependerá de outros fatores para o seu desencadeamento, tais como ambientais, familiar, educativos, sociais e culturais de cada um.

Ainda, urge frisar que a discriminação genética pode trazer consequências a diversos direitos trabalhistas, como o direito à intimidade, a integridade pessoal e a saúde, a autonomia, direito a liberdade, bem como o direito do emprego.

Desta forma, se utilizado de forma indiscriminada, poderá acarretar várias consequências sociais ao indivíduo, dentre elas:

⁷ ARAÚJO, Antônio Castro Alves de. **Discriminação genética é uma ameaça ao trabalhador**. (2010). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-28/discriminacao-genetica-ameaca-integridade-moral-trabalhador>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

- a) Quanto à limitação, negação ou descontinuação das coberturas de seguros de qualquer natureza depois de analisado o perfil genético do segurado;
- b) Quanto à recusa, negação ou impedimento de matrícula do aluno em estabelecimento de ensino público ou privado, dentre outros, com base em informações genéticas da pessoa;
- c) Quanto à recusa, negação ou impedimento de inscrição em concursos públicos ou qualquer forma de seleção com base em informações genéticas, ou ainda, com base nessas informações, dificultar ou impedir o acesso ou permanência no emprego, cargo ou função, seja esta na Administração Pública ou entidade privada,
- d) Preocupa-se, ainda, com o sigilo das informações, penalizando aqueles que divulgam as informações genéticas de uma pessoa, a menos, é claro, que haja autorização prévia e incontestável da mesma.

4 A LEI Nº.12.654/12 E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A Carta Constitucional de 1988 do nosso país consagra o princípio da presunção da inocência, que guarda estreita vinculação com a regra do *nemotenetur se detegere, ou seja, a proibição de um cidadão de produzir provas contra si mesmo*, direito assegurado nas constituições democráticas.

O exercício desse direito não pode ser visto como uma penalização, um suplício, um antídoto da liberdade consagrada. E a liberdade do cidadão, como é legalmente resguardada, somente pode ser limitada em nome de outra liberdade mais prevalente, no critério estabelecido por seres iguais e livres, com liberdade de escolha.

4.1 A Identificação Criminal como Exceção à Identificação Criminal Civil

O artigo 5º, em seu inciso LVIII, da Constituição Federal de 1988, determina que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.

Este dispositivo constitucional não exclui a identificação criminal como forma de identificação humana, mas demonstrou a opção do legislador constitucional de evitar constrangimentos decorrentes da sua prática, quando o indiciado estiver identificado civilmente.

Assim, o texto constitucional preservou a integridade física e moral das pessoas, ao dispensar a identificação por meios criminais, exceto em caso de dúvida quanto à identidade física do indivíduo apontado como autor de uma infração penal.

Desta forma, o legislador infraconstitucional ao regulamentar o disposto no art. 5.º, inciso LVIII, da Carta Política de 1988, estabeleceu os modos da identificação criminal, prevendo, além dos registros datiloscópicos e fotográficos, os vários sistemas ou meios técnicos possíveis de individualização da pessoa.

Segundo Douglas *et al* (2001, p. 48):

[...] torna-se possível a aplicação do disposto no art. 5.º, inciso LVIII da Constituição de 1988 a qualquer sistema de identificação criminal, incluindo o registro, a guarda e a recuperação de todos os dados e informações necessárias para estabelecer a identidade do acusado.

Sendo o artigo acima mencionado norma de eficácia contida, o legislador ordinário regulamentou pela Lei nº. 10.054/2000, dispondo sobre a identificação criminal, assim prevendo no seu artigo primeiro:

[...] 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 n.º 9099, 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.

A segunda parte do art. 1º, da lei nº. 10.054/2000, revela a possibilidade de identificação criminal ser realizada pelo método do exame pericial de DNA, compreendendo-o, como uma espécie de identificação criminal.

Deste entendimento, Sobrinho (2003, p. 86-87) relata que:

[...] a identificação criminal é obrigatória diante da análise do regramento constitucional e legal sobre o tema, pois nenhuma pessoa indicada ou acusada como autora de um delito sob pena de condução coercitiva, prática do crime de desobediência ou prisão, pode negar-se ao fornecimento de material datiloscópico, fotográfico ou biológico, desde que não identificada civilmente ou submetida às exceções trazidas pela lei nº. 10.054/2000. Por outro lado, o Estado não pode permitir aos responsáveis pela realização dos trabalhos de identificação criminal a prática de condutas discriminatórias ou desvio da finalidade no emprego de qualquer método de identificação desvinculado da atividade investigatória, causando violação da intimidade, honra, imagem ou liberdade da pessoa humana.

Neste pensamento, a identificação criminal, incluindo a genética, seria uma exceção, sendo relevante em casos de extrema necessidade para a investigação penal, autorizada por motivos de ordem pública, e repreendida de forma absoluta em casos de uso indevidos por agentes investigativos.

4.2 A Coleta do Exame de DNA e o Princípio da Não Produção de Provas Contra Si Mesmo

O direito de não produzir provas contra si mesmo pode ser cogitado como um obstáculo à colheita compulsória de material biológico do acusado ou do investigado em processos criminais.

Afinal, a doutrina e jurisprudência, não raramente, invocam esse direito como um obstáculo para submissão compulsória do acusado e do investigado a participar de diligências probatórias em casos criminais (MORO, 2006).

A realização do exame de DNA constitui um aspecto desejável em uma instrução completa e cuidadosa, podendo resultar de interesse para o próprio acusado, se este não for responsável pelos fatos que lhe atribuem.

Assim diz Haddad (2007, p. 107):

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 de não suportar nenhuma diligência de prevenção, de inquirição e de prova poderia deixar desguarnecidas as autoridades no desempenho de legítimas atividades de proteção da convivência e da segurança social. 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 criminais, 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.

Desta forma, o autor revela a importância do Estado-Acusação identificar os suspeitos da prática de crimes com autoria desconhecida, através de métodos de identificação criminal (dactiloscópico e fotografias para registro criminal) legalmente permitidos, com o intuito de produzir meios de provas para assegurar subsídios necessários para a fiel finalidade da instrução criminal, promover a verdade real no processo penal, com o fim de um julgamento criminal justo.

O Decreto nº. 7.950, de 12 de março de 2013, regulamentou referida lei, instituindo o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, que possibilitará o compartilhamento e a comparação dos dados dos bancos de perfis genéticos da União, Estados e Distrito Federal.

A regulamentação explicitou que o material coletado não será utilizado somente para a identificação criminal e sim também para pessoas desaparecidas. Porém, o material doado voluntariamente por parentes consanguíneos de pessoas desaparecidas somente com esta finalidade poderá ser utilizado.

Assim dispõe a legislação:

Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucléico, por técnica adequada e indolor.⁸

O desenvolvimento tecnológico é essencial para os cidadãos, e sempre bem aceito. Entretanto, devem ser convenientes, oportunas e necessárias para o homem, além de obedecer rigorosamente ao sistema legal do país.

Inicialmente, para a efetivação da nova lei, será necessário transpor as barreiras de princípios constitucionalmente garantidos, entre eles, o princípio de não permitir que a pessoa produza prova contra si mesma, sustentado pelo dogma do direito ao silêncio, intrinsecamente ligado ao princípio da inocência, em que o suspeito não se vê obrigado a cooperar na produção de provas que o auto incriminem. Especialmente em se tratando de procedimento invasivo, a exemplo da extração do sangue.

Subsume-se da legislação que trata da coleta do material genético para identificação criminal que, a recusa à permissão de retirada de sangue pelo indivíduo, traz a penalização sumária, mesmo que essa recusa reflita o pleno exercício de um direito tutelado constitucionalmente.

Tal penalização constitui um contraponto à lei Maior e contrassenso ao direito ao silêncio, eis que determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Sobre o assunto Barros e Piscino (2006, p. 405-406), assinalam que:

O direito de não produzir provas contra si mesmo não é absoluto, admitindo restrições no referido direito, em caráter excepcional, devendo ser analisado por lei, em conformidade com o imperativo do proporcionalmente justo e adequado ao caso concreto. É

⁸ Art, 9º-A, da Lei 12.654, de 28 de maio de 2012.

estabelecida a preservação de direitos quanto à liberdade, à honra, à intimidade e a vida privada do indivíduo contra o poder-dever estatal de buscar a verdade e de realizar a justiça, a aplicação do princípio da proporcionalidade tem cabimento nos casos em que o Estado-Juiz, representando a sociedade, é chamado a tutelar dois interesses relevantes e antagônicos, como o são a defesa de um direito constitucionalmente resguardado e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. Assim, diante da impossibilidade de dar proteção a ambos, a solução deve consultar o interesse que preponderar para que assim seja preservado. Neste caso, em caráter excepcional, e desde que motivado e amparado por rigorosos critérios de adequação, necessidade e estrita proporcionalidade da medida, o julgador pode valer-se da aplicação do princípio da proporcionalidade com o objetivo de determinar que o indiciado ou réu seja intimado para submeter-se à realização do exame de DNA. Do mandado de intimação deverá constar expressamente a ressalva de que a sua recusa à determinação judicial induzirá a presunção *juris tantum* dos fatos alegada pertinentes à referida prova pericial.

Posto isto, o autor através do princípio da proporcionalidade, expõe o princípio da não produção de provas contra si mesmo de forma relativa, enfatizando valores como da adequação e necessidade como necessários para a identificação criminal, com a finalidade de solução de inúmeros delitos sem autoria determinada.

Em discordância, autores que se posicionam contrariamente sobre o assunto adotam a vertente de que o indivíduo tem o direito de não se autoincriminar, considerando, assim, as provas invasivas, igualmente como as provas obtidas por meio ilícito, conforme assevera Rangel (2007, p. 463):

As provas invasivas, ou seja, aquelas intervenções corporais feitas no indivíduo, contra sua vontade, como instrumento de prova, tais como exame de DNA, exame de alcoolemia, trata-se de produção de prova ilícita [...] não se pode constranger o investigado e/ou acusado ao fornecimento desse tipo de prova, muito menos sua recusa ser considerada confissão tácita dos fatos. O direito de não se autoincriminar é garantia fundamental de um Estado Democrático de Direito.

Consoante Marques (2000, p. 354), “[...] São, também, inadmissíveis as provas denominadas científicas, que possam atingir a pessoa humana, quer em sua integridade física, quer em sua integridade moral”.

Ainda em relação a tal posicionamento, Nucci assim dispõe:

Se o réu não tem o dever de se auto-incriminar, é lógico que não tem obrigação alguma de colaborar para a realização de prova pericial, cuja finalidade é prejudicá-lo. Assim não necessita fornecer sangue

para exame de constatação de dosagem alcoólica [...]. (2008, p. 411).

A Constituição Brasileira de 1988 não prevê expressamente sobre um direito fundamental ao resguardo da privacidade sobre os dados genéticos. Porém, nesse sentido é possível interpretar a proteção constitucional geral à “intimidade” e à “vida privada”, contida no art. 5º, X, da Carta Política. CF/88: X-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” (CF,1988 Art.5º, X).

A aplicação deste artigo pode ser ampliada e sua proteção pode ser estendida á regulamentação de bancos de dados genético, por se tratar da intimidade da pessoa, e para que não ocorra o uso irrestrito de tais dados.

Assim, a coleta de material biológico do acusado ou do investigado para exame genético somente se justifica se existirem indícios prévios de autoria e materialidade, desde que sejam consistentes e substanciais.

Na concepção de Moro (2006, p. 431):

[...] Portanto, é possível concluir que a proteção constitucional ao direito de privacidade constitui, sim, um óbice à colheita compulsória de material biológico do acusado ou investigado para exames genéticos em casos criminais, mas que se trata de um óbice relativo passível de transposição desde que resguardado o princípio da proporcionalidade [...].

A nova lei é taxativa e explícita a obrigatoriedade que, juridicamente, vem a significar o cumprimento de uma determinação legal, sem qualquer avaliação a respeito da oportunidade e conveniência, ou sem levar em consideração a incidência proporcional em cada caso.

O responsável pela ordem tem o dever funcional de praticar o ato, mesmo sendo de duvidosa idoneidade jurídica.

Incumbe ao Estado, por meio de seus agentes persecutórios, demonstrar a prática de um ilícito pelos meios probatórios admissíveis nas regras jurídicas e não coagir um suspeito infrator em razão da forma pela qual foi cometido o crime a consentir na realização de provas invasivas, prostrando-o diante de sua própria cidadania.

Se assim for, estaremos diante do aniquilamento de direitos fundamentais básicos dos indiciados, denunciados e réus, quais sejam: a presunção de inocência, a não obrigação de produzir provas contra sim mesmo e o da proporcionalidade. É o completo retorno à vulnerabilidade desmedida do cidadão infrator da norma.

Seria ideal que houvesse preponderância dos princípios constitucionais em estudo, pois ocorre que nem sempre serão absolutos, pois não deverá um princípio prevalecer sobre outro.

4.3 O Banco de Dados e o Princípio da Inocência ou da Não-Culpabilidade Penal

O princípio da presunção da inocência (ou princípio da não-culpabilidade) é um princípio jurídico de ordem constitucional, aplicado ao direito penal, que estabelece o estado de inocência como regra em relação ao acusado da prática de infração penal.

Está previsto expressamente pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que preceitua que ninguém será considerado culpado até o trânsito julgado de sentença penal condenatória. Isso significa dizer que somente após um processo concluído (decisão condenatória não mais caiba recurso) em que se demonstre a culpabilidade do réu é que o Estado poderá aplicar uma pena ou sanção ao indivíduo condenado.

A partir deste entendimento, todos os indivíduos são presumivelmente inocentes, tendo à acusação a obrigação processual de provar o contrário, além da motivação baseada em situações excepcionais e de estrita necessidade para o cerceamento cautelar da liberdade.

Este é o entendimento do STF, ao informar que o status de inocência prevalece até o trânsito em julgado da sentença final, ainda que pendente recurso especial e/ou extraordinário, sendo que a necessidade/utilidade do cárcere cautelar pressupõe devida demonstração,

Afirma Oliveira (2013, p. 48), sobre o estado ou situação de inocência:

[...] o princípio da inocência, estado de estado ou situação jurídica de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras

específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segunda a qual o réu, em nenhum momento do *inter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação.

Não só no campo da prisão provisória, ao exigir que toda privação da liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de ordem judicial devidamente motivada, como também o indiciamento, que vem a ser uma formalização da situação do investigado em inquérito policial, ao qual, segundo Oliveira (2013, p. 48) é possível reclamar-se a presença da justa causa, devido a uma considerável carga significativa e socialmente onerosa à situação jurídica do inocente.

Do princípio da presunção de inocência, Sarmiento (2008, p. 242-243), enfatiza a necessidade de cristalizar a presunção da inocência como um direito multifacetário, que se manifesta como regra de julgamento, regra de processo e regra de tratamento, criando assim um amplo espectro de garantias processuais que beneficiam o acusado durante as investigações e a tramitação da ação penal.

Nucci (2012, p. 91) diz que “as pessoas nascem inocentes, sendo este o seu estado natural, razão pelo qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-Acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu”.

Das definições deste princípio, urge confrontar, sem conclusões a priori, a sua conformidade com a criação de um banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal, o que implica, por consequência, a questão da análise e armazenamento das amostras genéticas, bem como a questão da gestão do banco genético em desfavor da liberdade e responsabilidade subjetiva do acusado.

Sobre os exames de DNA, Fidalgo (2006, p. 120) comenta:

[...] não operam com certeza, mas com probabilidade, não devendo ser, portanto, interpretados como a prova, mas como mais um meio probatório, nitidamente subsidiário em razão da sua afetação aos direitos e garantias individuais. Esta mesma autora pontua que uma das finalidades do processo penal é a realização da justiça e a descoberta da verdade material. Todavia, não podemos esquecer outra finalidade do processo penal, a proteção dos direitos fundamentais do cidadão perante o Estado, que impõe que a verdade que se procura seja uma verdade processualmente válida.

Desta forma, a comparação de informações genéticas de qualquer indivíduo suspeito da prática de algum crime doloso com violência contra qualquer pessoa ou hediondo, com os dados do banco genético, não torna o indício uma prova absoluta contra o acusado, sob pena de desfavorecer o princípio da presunção da inocência do indiciado, em detrimento da confrontação com todo conjunto probatório a disposição do Estado-Juiz.

Em relação ao armazenamento das amostras e gestão dos dados de DNA, a Lei nº. 12.654/12 impõe sigilo e responsabilidade civil, administrativo e penal para aqueles que utilizem as informações de forma contrária a sua finalidade legal, uma vez que, justamente por conter, em cada amostra genética, o DNA completo de uma determinada pessoa, para além de identificação criminal, deve ser evitado e combatido o uso indiscriminado do banco de dados de virtuais culpados.

Diante deste cenário, evidencia-se a necessária aplicação do princípio constitucional da presunção da inocência ou da não culpabilidade na formação dos bancos genéticos, evitando a incidência irrestrita da obrigatoriedade da colheita sem haver indícios materiais substâncias de autoria e materialidade do delito.

4.4 A Teoria do Direito Penal do Inimigo e o Banco de Dados

Nucci (2008, p. 373) define a teoria do direito penal do inimigo, idealizada pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs em 1985, dizendo que se trata de um modelo penal, cuja finalidade é detectar e separar, dentre os cidadãos, aqueles que devem ser considerados os inimigos (terroristas, autores de crimes sexuais violentos, criminosos organizados, dentre outros).

Este modelo penal surgiu em decorrência, nas últimas décadas, consoante Zaffaroni (2007, p. 13), de uma notória transformação regressiva no campo da chamada política criminal ou, mais precisamente, da política penal, pois do debate entre políticos abolicionistas e reducionistas passou-se, quase sem solução de continuidade, ao debate da expansão do poder punitivo. Nele, o tema do inimigo da sociedade ganhou o primeiro plano de discussão.

O inimigo, para esta teoria, não merece do Estado as mesmas garantias humanas fundamentais, pois, como regra, não respeitam os direitos individuais

alheios, sendo considerados fora do sistema jurídico nacional, sem merecer, por exemplo, as garantias do contraditório e da ampla defesa, podendo ser flexibilizados, inclusive, os princípios da legalidade, da anterioridade e da taxatividade.

Para Jakobs, citado por Nucci (2008, p. 373), a adoção do direito penal do inimigo é medida favorável, tendo como principais características:

[...] o direito penal do cidadão é o direito de todos; o direito penal do inimigo é daqueles que formam uma frente contra o Estado, embora possa haver, a qualquer tempo, um acordo de paz. Um indivíduo que se recusa a ingressar no estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa; afinal, quem ganha a guerra determina o que é norma, quem perde há de se submeter a essa determinação. A vigência dos direitos humanos continua a ser sustentada, embora o seu asseguramento depende do seu destinatário; o inimigo perigoso pede regras próprias. Um direito penal do inimigo é menos perigoso, na ótica do Estado de Direito, do que impregnar todo o Direito Penal com regras específicas e duras, próprias do Direito Penal do Inimigo.

Neste íterim, verifica-se, nesta teoria, como esclarece Zaffaroni (2007, p. 14), que o direito penal do inimigo avança contra o tradicional direito penal liberal ou de garantias, consistente na marcada debilitação das garantias processuais e na identificação dos destinatários mediante um forte movimento para um direito penal emergencial para determinadas condutas criminosas.

Neste entendimento, busca-se com o direito penal emergencial, a solução da redução da criminalidade através de medidas urgentes por meio de normas penais incriminadoras, como relata D'urso (2007, p. 267):

[...] o direito penal emergencial representa a adoção de medidas paliativas e ilusórias, adotadas por parte do Estado com base na crença no poder simbólico do Direito Penal e Processual Penal em conter os ânimos e anseios da população que clama por uma resposta imediata e por "justiça", num contexto em que esta última se assemelha muito mais à "vingança".

A partir deste direito penal emergencial, evidencia-se a criação de um banco de dados genéticos, no qual representa o armazenamento de material genético não codificante (isto é, que não contém, supostamente, informações relativas a características pessoais do indivíduo, apenas permitindo a sua identificação),

relativamente aos condenados por crime praticado com violência contra a pessoa ou considerado hediondo.

Neste banco de dados, segundo o art. 7º-B da supracitada lei, serão armazenadas informações genéticas de inúmeros indivíduos condenados pelos crimes acima identificados.

Nesse contexto, o Estado formará um cadastro virtual contendo dados genéticos, de um rol de cidadãos, que em tese, representam extrema periculosidade e com potencial probabilidade de autoria para determinados crimes, pelo menos durante o prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito que cometeu o indivíduo condenado (art. 7º-A da Lei nº. 12.654/2012).

Desta forma, é possível afirmar que o banco de dados representará uma ferramenta usada como meio de punição permanente para aqueles condenados que forneceram o seu material genético, sendo, potencial meio de prova, contra estes (condenados), para a elucidação de crimes sem aparente autoria, corroborando a teoria penal do inimigo, na qual prevalece a punição penal do autor, e não do fato.

Segundo lembra Zaffaroni e Pierangeli (1999, p.116), todo direito penal de periculosidade é um direito penal de autor, enquanto o direito penal de culpabilidade pode ser de autor ou do fato.

4.5 A (In) Constitucionalidade da Lei nº. 12.654/2012

A Lei nº. 12.654 inseriu no ordenamento jurídico pátrio uma nova modalidade de identificação criminal, realizada através da coleta de material biológico, obrigatória nos crimes cometidos com violência contra a pessoa e nos considerados hediondos.

Essa forma de identificação busca, inicialmente, apontar o autor de um delito logo na fase inquisitória, evitando o erro do judiciário no momento de se apontar o culpado e impor-lhe, por meio de sentença condenatória, a pena correspondente.

Um dos artigos da nova lei prevê a identificação por DNA de condenados por delitos violentos e hediondos. Pode a polícia coletar, no local do delito, material ali constante e submetê-lo à prova genética. Aliás, exatamente o que se pode fazer,

quando se acha impressão digital no lugar do crime e se faz a comparação, para fins de identificar o autor, segundo salienta Nucci (2012, p. 196).

A medida visa diminuir os crimes de autoria desconhecida, cujos índices comprometem a criminalidade no país. O trabalho de investigação policial, com o banco de DNA, encerra a coleta de vestígios genéticos encontrados na cena do crime, para comparação com os dados armazenados nos perfis existentes no sistema.

A constatação positiva não implica que o investigado, independentemente de outras provas, tenha sido o autor do crime, mas trata-se de suspeita permissiva da realização de uma investigação preliminar, sem o conteúdo de certeza.

A partir da nova legislação, no caso de a identificação criminal ser essencial às investigações policiais, segundo despacho judicial, devidamente fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 93, inciso IX, CF), que decidirá de ofício ou mediante representação da Autoridade Policial, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, poderá ser determinada a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético do sujeito ativo do crime.

No que se refere aos níveis de constitucionalidade ou inconstitucionalidade sobre a referida lei, e o novo método empregado pela mesma, pode-se observar duas opiniões bastante diferentes dos professores Nucci e Lopes Jr.

Diz Nucci⁹:

Temos nova modalidade de identificação criminal, feita por coleta de material biológico, dando ensejo ao certo exame de DNA. Não vislumbro inconstitucionalidade alguma. Ao contrário, deveríamos ser identificados civilmente não somente pela foto e impressão digital, como ocorre hoje, mas também com dados genéticos. Na área criminal, com maior razão, evitando-se o erro judiciário de troca de identidades nos processos criminais, deve-se incentivar essa moderna técnica. Um dos artigos da nova lei prevê a identificação por DNA de condenados por delitos violentos e hediondos. Deveria ser mais ampla a identificação. E não ofende o princípio contra a auto-incriminação, pois identificação se faz antes do crime e não se obriga, depois do delito que o suspeito forneça material genético comparativo. Pode a polícia coletar, no local do delito, material ali constante e submetê-lo à prova genética. Aliás, exatamente o que se pode fazer, quando se acha impressão digital no lugar do crime e se faz a comparação, para fins de identificar o autor.

⁹ DISCURSO RACIONAL. **A Lei nº. 12.654/12 (Identificação Criminal via DNA) é (In)Constitucional?: entre NUCCI e LOPES JR., duas visões.** Disponível em: <<http://discursoracional.blogspot.com.br/2012/06/lei-n-1265412-identificacao-criminal.html>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

Neste pensamento, o autor ressaltou a importância da nova modalidade de identificação criminal, comentando a eficácia do método (uso de DNA) contra erros de identificação, afirmando a sua constitucionalidade por não ofender princípios do direito processual penal, como a autoincriminação, e incentivando a sua utilidade como exceção da impossibilidade da identificação civil de indivíduos suspeitos de crimes sem autoria definida, pela comparação de dados genéticos encontrados no local do crime.

Em entendimento contrário, diz Lopes Jr¹⁰ .:

Estou tentando entender o alcance da recém-promulgada Lei 12.654, de 28 de maio de 2012, que prevê a coleta de material genético como forma de identificação criminal. A nova lei insere parágrafo único no art. 5º da Lei 12037 (identificação criminal) criando uma abertura que – salvo melhor juízo – fulmina mortalmente o direito de não produzir prova contra si mesmo. Assim, embora o suspeito apresente documento de identidade, poderá ser feita a identificação criminal e a extração compulsória de material genético, sempre que for ‘essencial às investigações policiais’ e houver decisão judicial. Ou seja, agora poderá o juiz determinar a extração coercitiva de material genético de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do ministério público ou da defesa (neste último caso, não vejo necessidade de ser compulsória a extração...).

Assim, o autor declara a obrigatoriedade do suspeito produzir prova contra si mesmo, por meio da extração de material biológico autorizada pela autoridade judiciária, mesmo sem o seu consentimento, declarada na lei acima identificada, expondo a violação ao princípio da não produção de provas contra si mesmo, por parte do legislador ordinário.

Com relação à exigência da coleta de material genético do acusado, como meio de prova, Oliveira (2013) afirma:

[...] desde que mantida a excepcionalidade da medida, controlada pela exigência de ordem judicial fundamental (art. 3º, IV, Lei nº 12.037/09), com redação dada pela Lei nº 12.037/09, não vemos inconstitucionalidade na exigência. Os meios de coleta deverão

¹⁰ DISCURSO RACIONAL. **A Lei nº. 12.654/12 (Identificação Criminal via DNA) é (In)Constitucional?: entre NUCCI e LOPES JR., duas visões.** Disponível em: <<http://discursoracional.blogspot.com.br/2012/06/lei-n-1265412-identificacao-criminal.html>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

respeitar a proibição de ingerências abusivas e desnecessárias, conforme estipulado em tratados Internacionais sobre a matéria.

Ainda, o mesmo doutrinador acima invocado, referindo-se aos bancos de dados, defende:

Outra, muito diferente, é referendar um cadastro genérico nacional de condenados em crimes graves. Aí, parece-nos, haveria transcendência exponencial da Segurança Pública, incompatível com o Estado de Direito e as liberdades públicas. A pessoa, em semelhante cenário, passaria do estado (situação) de inocência para o estado de suspeição, ainda que reconheça – e o fazemos expressamente – o proveito na apuração de futuros delitos (casos de reiteração, evidentemente). (IBIDEM)

Neste diapasão, a lei do perfil genético suscita muitos questionamentos acerca da regulamentação da coleta, banco de dados e tendências do Direito Penal Brasileiro, requerendo análise e argumentação sobre sua (in) constitucionalidade em momento oportuno.

No entanto, com relação ao princípio da não autoincriminação, é pacífico o entendimento do STF de que o acusado não é obrigado a fornecer padrão vocal ou padrão de escrita para que sejam realizadas perícias que possam prejudicá-lo. Ora, esse mesmo raciocínio será, certamente, aplicado para o fornecimento (coleta) de material biológico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este presente trabalho buscou comparar a nova lei do perfil genético (Lei nº. 12.654/12) com as garantias asseguradas na nossa Constituição Federal.

Após as menções introdutórias, enfatizou-se a abordagem histórica da identificação criminal no nosso país. Em seguida, foi mencionado o projeto de lei 93/2011, com a consequente promulgação da nova lei do perfil genético, enfatizando os seus idealizadores e defensores.

Logo após, foi exposto posicionamentos sobre a efetividade do uso do DNA para a identificação criminal, com a consequente proposta de formação dos bancos de dados genéticos, descrevendo o uso legal e racional dos mesmos.

Com a criação dos bancos (genéticos) foi demonstrado a finalidade legal das informações genéticas, o uso restrito e indevido dos cadastros genéticos, com as suas devidas consequências sociais para do seu uso indiscriminado.

Urge destacar um conhecido problema em nosso país: um remendo legislativo para disfarçar a inoperância dos órgãos públicos que compõem o nosso sistema penal, especialmente da fase investigatória.

Diante deste problema, a política criminal adotada no Brasil deve ser pautada no reforço do aparato judicial já existente, sem criar meios de investigação e identificação criminal que possam colidir com princípios constitucionais básicos como a não obrigação de autoincriminação e o devido processo legal.

A Lei nº. 12.654/12 levará a polícia judiciária sempre a recorrer primeiramente ao Banco de Dados Genéticos no caso da prática de delitos sem indícios suficientes para iniciar a investigação, podendo ser considerada como uma solução no mínimo esdrúxula para a questionável situação da reincidência penal.

À primeira vista, esta nova lei, apresenta ser uma excelente solução para a eliminação da impunidade, com amplo controle de dados, utilização restrita e resolução de crimes que afastariam diversas condenações injustas.

No entanto, a lei supracitada, como norma processual penal, viola preceitos de nossa Constituição, sendo esta, a base jurídica para todos os ramos do nosso Direito, sobretudo as ciências criminais.

Nessa linha de pensamentos, a lei mencionada fere diversos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição de 1988, com afronta aos incisos

X, LVII e LVIII, e princípios constitucionais explícitos do processo penal, como o da presunção de inocência e que ninguém pode produzir provas contra si mesmo. A partir da inclusão de informações genéticas do condenado no banco de dados genéticos, verifica-se uma condenação antecipada do réu temporariamente ampliada, significando um tempo maior para que se reabilite criminalmente no meio social, sendo considerada até uma forma de pena perpétua para os olhos da sociedade.

Fica prejudicado o direito do cidadão de ser considerado inocente, até que se prove o contrário, sendo o ônus da prova da acusação e não da defesa.

A forma como será realizada a coleta do material biológico do cidadão representa flagrante situação de violação à integridade física e moral do mesmo. A nova legislação não descreve de forma clara e objetiva o método a ser utilizado, nem a espécie da amostra (saliva, sangue, cabelo, etc) a ser retirada no indivíduo indicado, resumindo-se a relatar de maneira vaga uma técnica adequada e indolor.

Outro fator a respeito da obrigação da coleta de material genético está na contradição ao princípio da inexigibilidade de autoincriminação, presente no nosso devido processo penal brasileiro, que assegura que ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si mesmo, devendo, sob essa ótica, ser expurgado do ordenamento jurídico o art. 9º-A da Lei nº. 12.654/12.

Sobre a formação e conservação dos bancos de dados genéticos, destaca-se a possível manipulação ilegal por parte de agentes públicos mal intencionados, que poderiam facilmente desrespeitar os direitos de intimidade, de imagem e preservação do estado de inocência no meio da sociedade, todos assegurados no art. 5º da Constituição Federal.

Por fim, é oportuno destacar que é na Constituição, fonte material basilar do Direito Penal, em que se encontram os aspectos básicos da legitimidade de intervenção estatal contra a criminalidade, estando delineados os limites de intervenção do Estado na individualidade do cidadão, acobertado pelos direitos e garantias fundamentais.

Portanto, não se configura ideal a adoção no nosso ordenamento jurídico da implantação do Direito Penal de Emergência, no qual a exploração e potencialização da violência social por parte da mídia, que incentiva um estado de insegurança, de medo e de terror, e, por consequência, criando a falsa ideia de ser o Direito Penal o único instrumento eficaz de combate à violência, através de legislações

excepcionais para limitar ou derrogar garantias penais e processuais penais em busca do controle da alta criminalidade.

Destarte, a nova lei do perfil genético apresenta conteúdo materialmente inconstitucional, atingindo os dispositivos constitucionais, quais sejam, incisos X, LVI e LVII do art.5º da Constituição Federal e, atribuindo ao Direito Penal uma função meramente emergencial em nossa política criminal contra o crime.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Antônio Castro Alves de. **Discriminação genética é uma ameaça ao trabalhador**. (2010). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-28/discriminacao-genetica-ameaca-integridade-moral-trabalhador>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

BARROS, Marco Antonio de; PISCINO, Marcos Rafael Pereira. DNA e sua utilização como prova no processo penal. In.: **Revista dos Tribunais**. nº. 853. São Paulo: Revista dos Tribunais. nov/2006. p. 398-406.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2013.

_____. **Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. **Lei nº. 10.054, de 7 de dezembro de 2000**. . Dispõe sobre a identificação criminal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10054.htm>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. **Lei nº. 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. **Lei nº. 12.037, de 1º de outubro de 2009**.. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. **Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012.** Altera as Leis nos 12.037, de 1o de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº. 93, de 2011.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=87708&tp=1>>. Acesso em: 24 jul 2011.

CORREA, Adriana Espíndola. **O Corpo digitalizado: Banco de Dados Genéticos e sua regulação jurídica.** Curitiba, 2009. (Tese de doutorado). Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19426/Tese_Adriana_Correa.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 ago. 2013.

COUTINHO, Zulmar Vieira. **Exames de DNA: probabilidade de falsas exclusões ou inclusões 100%.** Florianópolis: OAB/SC, 2006.

DISCURSO RACIONAL. **A Lei nº. 12.654/12 (Identificação Criminal via DNA) é (In)Constitucional?: entre NUCCI e LOPES JR., duas visões.** Disponível em: <<http://discursoracional.blogspot.com.br/2012/06/lei-n-1265412-identificacao-criminal.html>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

DOUGLAS, Willian *et al.* **Medicina Legal à luz do Direito Penal**, 2. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2001.

D'URSO, Flavia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 2007.

EÇA, Antonio José; SILVA, Robson Feitosa. **Roteiro de medicina legal de 1951.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FIDALGO, Sónia. Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal. In.: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal.** Ano 16. Nº. 1. Jan./Mar. 2006. p. 115-148. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FONSECA, Cláudia Lee. **Uso de dados genéticos para crimes geraria riscos aos direitos humanos.** 36º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (Anpocs), (2012) Águas de Lindóia (SP). Disponível em: <<http://www2.forumseguranca.org.br/content/uso-de-dados-gen%C3%A9ticos-para-crimes-geraria-riscos-aos-direitos-humanos>>. Acesso em 18 ago. 2013.

HADDAD, Carlos Henrique B. A incorporação ao ordenamento jurídico do exame de DNA compulsório em processos criminais. In.: **Revista da AJUFE**, , p. 90-108..ano 23,nº 87- 1º trimestre de 2007- Brasília/DF: Record.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **O Direito de não sofrer Discriminação Genética**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

MALHADO, Maria do Céu. **Noções de Registo Criminal**: De registo de contumazes, de registo de medidas tutelares educativas e legislação anotada. Coimbra: Almedina, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Da competência em matéria penal**. Revista, atualizada e complementada por José Renato Nalini e Ricardo Dip. Campinas: Millenium, 2000.

MATTOS FILHO, João Lélío Peake. **Investigação de paternidade com suposto pai falecido**. Atualização médico-pericial. Descrição dos primeiros casos brasileiros empregando o exame DNA. Possibilidade e limitações. (1995) Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CDAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.bidvb.com%3A2300%2F%2Bbiblioteca%2520dos%2520bidvinianos%2F%2Btextos%2520gravados%2520ebooks%2Fbiblioteca%2520inclusiva%2520%2520%2Bvirtual%2520books%2FBiblioteca%25202%2Fi%2Finvestiga%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520de%2520Paternidade%2520-%2520JO%25C3%2583O%2520L%25C3%2589LIO%2520P.%2520DE%2520MATTOS.txt&ei=laosUun-A-OZiAK0I4CwAg&usg=AFQjCNHVSb71QXdaLxeCXt9E77BvNUWZTw&sig2=NGfrRnqXHTeJtV29C6qWaw&bvm=bv.51773540,d.cGE>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

MORO, Sérgio Fernando. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. In.: **Revista dos Tribunais**. p. 429-441..v. 853. São Paulo: Revista dos Tribunais. nov/2006.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

ZAFFARONI, E. Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

_____.; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.