

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA – FACULDADE DE DIREITO

KLEIPIK ÂNGELO FARIA FERREIRA

**A CRIAÇÃO DE BANCO DE DADOS GENÉTICOS PREVISTA NA LEI 12.654/2012:
uma análise à luz do princípio da não autoincriminação**

JUIZ DE FORA – MG

2016

KLEIPIK ÂNGELO FARIA FERREIRA

**A CRIAÇÃO DE BANCO DE DADOS GENÉTICOS PREVISTA NA LEI 12.654/2012:
uma análise à luz do princípio da não autoincriminação**

Monografia apresentada pelo acadêmico Kleipik Ângelo Faria Ferreira, matriculado sob o nº 201134023, à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito para obtenção do grau de bacharel.

Orientadora: Professora Tatiana Paula Cruz de Siqueira.

JUIZ DE FORA – MG

2016

**A CRIAÇÃO DE BANCO DE DADOS GENÉTICOS PREVISTA NA LEI 12.654/2012:
uma análise à luz do princípio da não autoincriminação**

KLEIPIK ÂNGELO FARIA FERREIRA

**Monografia apresentada ao programa de Conclusão de Curso de Graduação em Direito
da Universidade Federal de Juiz de Fora**

Monografia aprovada em de de

Prof. Tatiana Paula Cruz de Siqueira

Prof. Marcella Alves Mascarenhas Nardelli

Prof. João Beccon de Almeida Neto

AGRADECIMENTOS

Agradeço

A Deus pelo regalo da vida;

Aos meus pais por serem meus eternos formadores;

Aos meus avós pelo carinho revigorador;

A minha irmã por ser um exemplo acadêmico, além de fonte singular de conhecimento;

A minha esposa pelo interminável amor;

A minha orientadora, Tatiana Paula da Cruz de Siqueira, pela paciência e grande suporte fundamentais nesse trabalho;

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de discorrer sobre a Lei 12.654/12, a qual instituiu a possibilidade de se utilizar material genético para descoberta da autoria de delitos no curso de investigações criminais, bem como estabeleceu a obrigatoriedade de os condenados por crimes hediondos ou crimes cometidos com violência grave contra a pessoa fornecerem material genético para formação de banco de dados. Neste sentido, pretende-se analisar a constitucionalidade da referida lei por colidir com o princípio da não-autoincriminação, garantia fundamental do acusado de observância obrigatória. Pretende-se, ainda, analisar os aspectos da lei que não foram suficientemente regulamentados.

Palavras-chave: DNA. Prova de autoria. Banco de dados genético. Lei 12.654/12. Princípio da não-autoincriminação. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This academic assignment aims to discuss about the Ordinary Law N°12.654/12, which created the possibility to use genetic material to uncover the perpetrator of an offense in the course of criminal investigations, as well as establish the mandatory supply of genetic material by criminals sentenced for heinous crimes or crimes committed with severe violence. In this matter, this work intends to analyze the constitutionality of the referred law for colliding with the principle of the non-autoincrimination, fundamental guarantee of the accused of mandatory observation. It is intended, furthermore, analyze the aspects of the law which weren't sufficiently regulated.

Key words: DNA. Proof of perpetration. Genetic Database. Ordinary Law 12.654/12. Non-autoincrimination principle. Unconstitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO.....	9
1.1 Conceito.....	9
1.2 Produção da prova no processo penal à luz do princípio da não autoincriminação.....	13
1.3 Implicações do princípio da não autoincriminação na identificação do autor do fato.....	18
2. A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL NA LEI 12.654/2012.....	20
2.1 Regramento legal	20
2.2 Requisitos para a sua aplicação.....	22
2.3 Valor probatório da prova constituída pela coleta de DNA.....	27
3. A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.654/2012.....	29
3.1 Formação de banco de dados genético.....	29
3.2 Coleta coercitiva.....	32
3.3 Aspectos da lei que dependem de regulamentação.....	34
4. CONCLUSÃO	39
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	40

INTRODUÇÃO

A Lei 12.654/2012, com as alterações que introduziu nas Leis 12.037/2009 e 7.210/1984, trouxe para o nosso ordenamento jurídico a possibilidade de se utilizar a análise de material genético no curso de investigações criminais para a descoberta da autoria do delito, bem como instituiu a obrigatoriedade de que os condenados por crimes hediondos ou praticados com violência grave contra a pessoa forneçam material para armazenamento de banco de dados genéticos.

Desde que a lei em comento foi promulgada, sua constitucionalidade vem sendo debatida, principalmente por uma possível colisão com o princípio da não-autoincriminação, na medida em que estabelece, em algumas situações, a obrigatoriedade de o réu submeter-se à coleta.

Assim, tem o presente trabalho a intenção de analisar tal princípio, sua importância para o nosso ordenamento jurídico e alguns aspectos da lei que confrontam com ele. Pretende-se, ainda, pincelar as principais determinações legais, bem como as lacunas deixadas pelo doutrinador.

Visando alcançar tais objetivos, dividiu-se o trabalho em três capítulos. No primeiro deles, pretendemos discorrer sobre o princípio da não-autoincriminação, estabelecendo seu conceito a partir de uma perspectiva histórica, analisando seu papel na produção da prova em processo penal e, por fim, as implicações que tal princípio tem na identificação do autor do fato.

O segundo capítulo cuida de analisar a Lei 12.654/12. Primeiramente, analisaremos as justificativas dos parlamentares quando das deliberações a respeito dela para, então, pontuarmos os principais artigos da nova *legis*. Em seguida, debruçaremos sobre os requisitos estabelecidos legalmente para a sua aplicação. Finalmente, analisaremos o valor probatório do exame de DNA para provar a autoria do fato.

No terceiro capítulo, pretendemos realizar a análise dos principais pontos da lei que têm sua constitucionalidade questionada. Assim, num primeiro tópico, nos debruçaremos sobre a determinação legal de criação do banco de dados genético dos condenados por crimes hediondos e cometidos com violência grave. Prosseguindo, analisaremos a possibilidade instituída em lei de se proceder à coleta coercitiva de material genético dos investigados e condenados. Por último, trataremos dos aspectos da lei que não foram suficientemente regulamentados, estando, por isso, com sua aplicabilidade dependente da doutrina.

1. PRINCÍPIO DA NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO

1.1. Origem e Conceito

O princípio da não autoincriminação, também conhecido pelo brocardo latino *nemo tenetur se detegere*, não emana do clássico Direito Romano, tendo suas raízes nos ideais iluministas.

Pode-se afirmar que tal princípio sempre esteve atrelado ao interrogatório do acusado, sendo certo que, desde o Código de Hamurabi até o fim da Inquisição, não podia este calar-se, pois seu silêncio era sempre interpretado em seu desfavor.

Havia, inclusive, quem defendesse que o silêncio do acusado era motivo de aumento da pena aplicada, sob o argumento de que este feria a Justiça ao não confessar o fato delituoso. Nesta senda, o uso da tortura para obtenção da confissão era comum, e até mesmo legítimo ante as leis vigentes.

Com o advento do Iluminismo, a forma de pensar o Direito foi se alterando, começando a surgir a ideia de que obrigar o acusado a se autoincriminar era antinatural, sendo este o primeiro suspiro do princípio que viria a se consolidar.

Cesare Beccaria¹, em sua clássica obra "Dos delitos e das penas", defende tal posicionamento, argumentando não ser da natureza humana colaborar em seu prejuízo próprio. Assim, se opõe à obrigatoriedade de prestar juramento, no qual o acusado se compromete a dizer a verdade, bem como se posiciona veementemente contra o emprego da tortura na busca da confissão:

OUTRA contradição entre as leis e os sentimentos naturais é exigir de um acusado o juramento de dizer a verdade, quando ele tem o maior interesse em calá-la. Como se o homem pudesse jurar de boa fé que vai contribuir para sua própria destruição! Como se, o mais das vezes, a voz do interesse não abafasse no coração humano a da religião!
A história de todos os séculos prova que esse dom sagrado do céu é a coisa de que mais se abusa. E como a respeitarão os celerados, se ela é diariamente ultrajada pelos homens considerados mais sábios e mais virtuosos?
[...]

¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição eletrônica RidendoCastigat Mores. P. 21/23. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf. Acesso em 15/09/2015.

Consulte-se a experiência e se reconhecerá que os juramentos são inúteis, pois não há juiz que não convenha que jamais o juramento faz o acusado dizer a verdade. A razão faz ver que assim deve ser, porque todas as leis opostas aos sentimentos naturais do homem são vãs e conseqüentemente funestas.

[...]

É uma barbaria consagrada pelo uso na maioria dos governos aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo, quer para arrancar dele a confissão do crime, quer para esclarecer as contradições em que caiu, quer para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, mas do qual poderia ser culpado, quer enfim porque sofistas incompreensíveis pretenderam que a tortura purgava a infâmia. Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado as condições com as quais estivera de acordo. O direito da força só pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se duvida se ele é inocente ou culpado.

[...]

Direi ainda que é monstruoso e absurdo exigir que um homem seja acusador de si mesmo, e procurar fazer nascer a verdade pelos tormentos, como se essa verdade residisse nos músculos e nas fibras do infeliz! A lei que autoriza a tortura é uma lei que diz: “Homens, resisti à dor. A natureza vos deu um amor invencível ao vosso ser, e o direito inalienável de vos defenderdes; mas, eu quero criar em vós um sentimento inteiramente contrário; quero inspirar-vos um ódio de vós mesmos; ordeno-vos que vos tomeis vossos próprios acusadores e digais enfim a verdade ao meio das torturas que vos quebrarão os ossos e vos dilaceração os músculos...”²

Todavia, a mudança de posicionamento não foi um movimento uniforme, nem tampouco ocorreu em um único momento, sendo dotado de avanços e retrocessos. O próprio Beccaria, na obra supracitada, se contradiz, ao passo que, muito embora entenda que colaborar em seu desfavor é contra a natureza humana, defende que o acusado que se negar a responder a todas as perguntas formuladas em interrogatório, deve ser condenado às penas mais graves, as quais apenas não deveriam ser aplicadas se não houvesse dúvida quanto à autoria do delito:

E, se um interrogatório especial é contrário à natureza, obrigando o acusado a acusar-se a si mesmo, não será ele constrangido a isso mais violentamente pelos tormentos e as convulsões da dor? Os homens, porém, se ocupam muito mais, em sua norma de conduta, com a diferença das palavras do que com a das coisas. Observemos, finalmente, que aquele que se obstina a não responder ao interrogatório a que é submetido merece sofrer uma pena que deve ser fixada pelas leis. É mister que essa pena seja muito pesada; porque o silêncio de um criminoso, perante o juiz que o interroga, é para a sociedade um escândalo e a justiça uma ofensa que cumpre prevenir tanto quanto

² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição eletrônica RidendoCastigat Mores. P. 21/23. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf. Acesso em 15/09/2015.

possível. Mas, essa pena particular já não é necessária quando o crime já foi constatado e o criminoso convencido, pois nesse caso o interrogatório se torna inútil. Semelhantemente, as confissões do acusado não são necessárias quando provas suficientes demonstraram que ele é evidentemente culpado do crime de que se trata. Este último caso é o mais ordinário; e a experiência mostra que, na maior parte dos processos criminais, os culpados negam tudo.³

Portanto, o que se observa é que a construção do princípio da não autoincriminação foi um processo longo, o qual veio excluir a presunção de culpabilidade em prol do estado de inocência. Sua consolidação deu-se na contemporaneidade, sendo o princípio reconhecido hoje como um direito fundamental do acusado.

Parece haver consenso entre a doutrina de que tal direito fundamental está incluso dentre os direitos de Primeira Geração, portanto, direito de liberdade, o qual traz um dever de abstenção para o Estado.

Tal classificação se justifica na medida em que o Estado, ao contrário do ocorrido na Antiguidade, não pode hoje intentar seus esforços de maneira a compelir o acusado a confessar ou a colaborar na produção de prova em seu desfavor, devendo abster-se de qualquer prática neste sentido.

No entanto, conforme esclarece a professora Maria Elizabeth Queijo, muito embora seja tal princípio um direito de liberdade, possui ele grande importância para o Estado, haja vista sua repercussão no devido processo legal:

Deve-se salientar, porém, que, embora o *nemo tenetur se detegere* esteja encartado entre os direitos de primeira geração, nos quais a ênfase é o resguardo do indivíduo diante do Estado, não se pode deixar de ressaltar a ótica do interesse público em sua tutela. Isto porque, como adiante se observará, o *nemo tenetur se detegere* se insere no direito à defesa e na cláusula do devido processo legal. Por via de consequência, repercute na própria legitimação da jurisdição. Nesse sentido, não é apenas o direito daquele indivíduo que está sendo investigado ou processado, especificamente, mas é de interesse público, para o exercício correto e adequado da jurisdição. Além de direito, o *nemo tenetur se detegere* é também garantia. Trata-se de garantia da liberdade, em especial da liberdade de autodeterminação do acusado.⁴

³BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição eletrônica RidendoCastigat Mores. P. 21. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf. Acesso em 15/09/2015.

⁴QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 78

Por aqui, a Constituição Federal de 1988 traz estampado em seu rol de direitos e garantias fundamentais o direito a não autoincriminação, estando assim redigido o art. 5º, inciso LXIII:

Art. 5º, LXIII, CF/88 - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

No âmbito internacional, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), também traz previsão semelhante em seu art. 8º, item 2, alínea "g":

Artigo 8º - Garantias judiciais

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

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

Finalmente, o direito está também expresso no Código de Processo Penal, conforme seu art. 186:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Portanto, pode-se dizer que o princípio da não autoincriminação alcançou o status de direito fundamental, estando positivado no ordenamento legal e constitucional brasileiro, bem como nos tratados internacionais de direitos humanos.

Note-se, ainda, que, tanto historicamente, quanto na letra da lei, o princípio está atrelado fortemente ao interrogatório do acusado, podendo levar à falsa impressão de que sua aplicabilidade estaria restrita à prova oral, limitando-se à proibição da confissão forçada.

Todavia, de acordo com a doutrina mais respeitada, o princípio *Nemo tenetur se detegere*, tem aplicação na produção de toda prova que depender da participação do acusado, conforme se argumentará a seguir.

1.2. Produção da prova no processo penal à luz do princípio da não autoincriminação

Como visto, o princípio *Nemo tenetur se detegere* está intrinsecamente relacionado com a persecução penal, especialmente no que se refere à produção da prova no curso do processo penal.

A pretensão punitiva estatal é dependente da prova produzida no curso do processo penal constitucional. É importante salientar a necessidade da adequação do processo penal aos ditames constitucionais, haja vista que a Carta da República de 1988 elencou diversos direitos e garantias fundamentais com aplicação direta neste. Ademais, em virtude do Estado Democrático de Direito consagrado na própria Constituição, faz-se mister observar a incidência, ainda que reflexa, de tal diretriz em todos os âmbitos do Direito.

De acordo com o breve histórico feito no tópico supra, desde a Antiguidade a punição decorrente da prática de delitos dependia minimamente da prova do fato. Certamente, a colheita de tal prova não obedecia a parâmetros justos ou, até mesmo, o que se observava era a alusão a alguma prova inexistente, mas reforçava-se a ideia de que o crime estava comprovado, a fim de se justificar a reprimenda. Pode-se dizer que a punição sempre dependeu de um mínimo de fundamentação em provas, a qual garantia certa segurança jurídica.

Tal fato decorre da busca humana pela “verdade”. É da natureza do ser humano querer descobrir a verdade dos fatos, especialmente dos fatos injustos e criminosos, a fim de se garantir a punição correta ao seu autor.

Com a evolução do Direito, em especial do Direito Penal e Processual Penal, surgiu a clássica dicotomia entre verdade formal e verdade material. Classicamente, afirmava-se que a verdade formal era aplicável ao âmbito do Processo Civil e, portanto, dos direitos disponíveis, e a verdade material ao âmbito do Processo Penal, por se tratar de direitos indisponíveis.

No entanto, o que se observa historicamente é que a busca pela verdade material, muitas vezes dá lugar a arbitrariedades e ofensas a direitos fundamentais dos acusados, tal qual se observava em épocas nas quais a busca por tal verdade justificava, até mesmo, a tortura do suspeito.

Neste sentido:

Para Ferrajoli, o conceito de verdade material está relacionado ao modelo substancial de direito penal. Corresponde à verdade absoluta, sem limites legais, verificável por qualquer meio, sem atentar para a rigidez das regras processuais. Observa o referido autor que a busca da verdade material pode

dar lugar a arbitrariedades. De outra parte, a verdade formal vincula-se ao modelo formalístico, apurada com respeito às regras processuais e às garantias da defesa. Nas palavras do autor, é uma verdade “mais controlada” quanto ao método de aquisição da prova, mais reduzida porém com relação ao conteúdo, comparativamente com a verdade material.⁵

Nesta linha de raciocínio, não nos parece adequado defender a busca da verdade material a qualquer custo, devendo a produção da prova respeitar os princípios e garantias fundamentais, até mesmo porque, conforme nos adverte Maria Elizabeth Queijo, “*a verdade absoluta, coincidente com os fatos ocorridos, é um ideal, porém inatingível.*”⁶

Portanto, o conceito de verdade material que encontra maior consenso, o qual não se exime de respeitar os direitos e garantias fundamentais, é aquele que justifica a iniciativa judicial na produção da prova, ou seja, o Juiz não fica adstrito às provas produzidas pelas partes, mas pode ele determinar a produção de outras de ofício.

Novamente, é precisa a lição de Queijo:

Já o conceito de verdade material é relacionado ao processo penal e ao princípio da livre investigação das provas. Considera-se, dessa forma, que, no processo penal, o juiz não fica adstrito à iniciativa das partes na produção probatória, porque deve buscar a verdade real, ou seja, a verdade material.⁷

Portanto, deve-se sempre ter em mente que, mesmo em se tratando de Processo Penal, a verdade material, tal qual a ocorrida faticamente, é inatingível. Nesta senda, o produto da prova judicial é uma verdade aproximativa, logo, verdade processual, a qual, tem como característica distintiva da verdade processual cível, a possibilidade de iniciativa probatória do Juiz.

Concluindo:

Nessa ótica, o conceito de verdade material no processo penal deixa de ser considerado sob o prisma de correspondência com a realidade, para apresentar duplo sentido: significa que a investigação dos fatos não deve ser influenciada nem dificultada pelo comportamento das partes; e que a sua apuração deve verificar-se de modo processualmente válido e não a qualquer custo.⁸

⁵QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 55.

⁶QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 52.

⁷Op. Cit. P. 54.

⁸Op. Cit. P. 60.

De ver-se, pois, que, mesmo o magistrado deve respeitar os direitos e garantias fundamentais do acusado, não podendo determinar a produção de provas que sejam capazes de devassar tais direitos, dentre eles o direito a não autoincriminação.

É como meio de garantir tal princípio que os regramentos legais e constitucionais asseguram o direito ao silêncio quando da realização do interrogatório do acusado. Mais que isso, assegura-se que o silêncio não poderá ser usado em desfavor do suspeito.

Portanto, estabelece-se assim, um limite ao poder instrutório e julgador do Juiz, o qual não poderá considerar como verdadeiros os fatos não respondidos pelo acusado, ao contrário do que se observa em outras searas do Direito (Direito do Trabalho, por exemplo).

No entanto, deve-se ressaltar que o princípio da não autoincriminação não se aplica apenas ao interrogatório do acusado, mas sim a todas as provas que dependam da participação do acusado. Essa incidência do princípio reflete diretamente na produção da prova, ao passo que não se pode obrigar o acusado a colaborar com a produção de prova em seu desfavor.

Exemplo elucidativo é aquele que se refere à submissão do condutor de veículo ao teste de alcoolemia – teste do “bafômetro”. Após a mudança do Código de Trânsito Brasileiro que instituiu o uso do etilômetro nos casos de acidentes em que houvesse a suspeita de estar o condutor sob a influência de álcool, instaurou-se a discussão quanto às implicações que a negativa do condutor lhe traria.

A princípio, houve a utilização do entendimento de que a negativa em se submeter ao teste geraria a presunção de consumo de álcool em desfavor do condutor ou, até mesmo, que tal negativa configuraria o crime de desobediência. Ao ser o assunto analisado pelo Supremo Tribunal Federal, firmou-se o entendimento de que a negativa não poderia ser utilizada, no que tange à esfera penal, em desfavor do condutor, à luz do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Em outros casos, assim também se posicionou a Suprema Corte e o Superior Tribunal de Justiça, firmando-se o entendimento de que não pode o acusado ser obrigado a colaborar ativamente na produção da prova em seu desfavor.

Vejamos a ementa do acórdão do Supremo Tribunal Federal, em caso no qual entendeu que a obrigatoriedade de o acusado fornecer material para exame grafotécnico fere o princípio *nemo tenetur se detegere*:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. Diante do princípio *Nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido. (grifamos)⁹

Neste mesmo sentido, veja-se julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual foi afastado o aumento de pena pelo fato de a ré ter tentado ocultar a droga, por entender aquele Tribunal que puni-la por tal fato desrespeita o princípio da não autoincriminação:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. UTILIZAÇÃO DE ELEMENTARES DO TIPO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REPRIMENDA REDUZIDA. 1. A tão-somente indicação de que a ré buscou o lucro fácil não é de molde a autorizar o aumento de pena procedido na primeira etapa da dosimetria, no referente ao narcotráfico, vez que essa circunstância é inerente ao próprio tipo penal infringido. 2. **A alegação de que as circunstâncias do delito foram desfavoráveis, visto que a agente tentou ocultar a droga, dificultando o trabalho da polícia, não é de molde a autorizar o aumento procedido na primeira etapa da dosimetria, sob pena de malferir princípio da não auto-incriminação–*Nemo tenetur se detegere* -, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.** 3. Não tendo o juiz sentenciante demonstrado, de forma concreta, as razões pelas quais considerou desfavoráveis à paciente algumas das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e tendo se utilizado de elementares do tipo para elevar a sanção, de rigor a fixação da pena-base no mínimo legalmente previsto. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. PRETENDIDO RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO. QUESTÃO NÃO DEBATIDA NA INSTÂNCIA ORIGINÁRIA. SUPRESSÃO. WRIT NÃO CONHECIDO NESSE PONTO. UTILIZAÇÃO PARA A CONDENAÇÃO. RETRATAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. ATENUANTE CONFIGURADA.

⁹HC 77.135/SP, Iª T., Rei. Min. Ilmar Galvão, j. 8-9-1998, unânime.

RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO OBRIGATÓRIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO DE OFÍCIO. 1. A questão da incidência da atenuante da confissão espontânea, porque não debatida na instância originária, não pode ser examinada diretamente por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. 2. Evidente o constrangimento ilegal, sanável de ofício através da via eleita, quando a paciente, acusada de tráfico de drogas, confessa perante a autoridade policial que o entorpecente lhe pertencia e tais declarações são utilizadas para fundamentar a condenação, merecendo reconhecida em seu favor a atenuante Documento: 9399628 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 07/06/2010 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça do art. 65, III, d, do CP, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação em Juízo. INTERESTADUALIDADE. CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, V, DA LEI ANTITÓXICOS. CONFIGURAÇÃO. TRANSPORTE QUE ULTRAPASSOU A FRONTEIRA ENTRE DOIS ESTADOS. AUMENTO PELA MAJORANTE QUE SE MOSTRA DEVIDO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 1. Configurada a hipótese prevista no art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/06, já que o transporte efetivamente ultrapassou a fronteira entre dois Estados da Federação, de rigor manter o aumento de pena efetuado em decorrência da sua aplicação. 2. Writ parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido tão somente para reduzir a pena-base para o mínimo legalmente previsto, concedendo-se, ainda, habeas corpus de ofício para reconhecer a atenuante genérica da confissão espontânea, restando a pena da paciente definitiva em 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.¹⁰

Por fim, vejamos a lição de Maria Elizabeth Queijo:

Pode-se afirmar, que a orientação predominante na jurisprudência brasileira não reconhece a existência de dever de colaboração do acusado na produção de provas, no processo penal, no que tange às que dependam de colaboração ativa do acusado. Nem mesmo no processo civil se tem reconhecido o aludido dever de colaboração.

Não se admite, desse modo, execução coercitiva contra o acusado, para compeli-lo a colaborar na produção probatória.

Predomina o entendimento de que a recusa do réu em submeter-se às provas, que dependam de sua colaboração, não configura crime de desobediência e dela não pode ser extraída presunção de culpabilidade.¹¹

Portanto, como visto, o princípio da não auto-incriminação abrange todas as searas probatórias que dependam da participação do acusado, o qual não pode ser compelido a colaborar na produção de prova contra si mesmo, sendo inviável considerar sua recusa como crime de desobediência.

¹⁰ HC 139.535/MS, 5a T., Rei. Min. Jorge Mussi, j. 18-5-2010, DJe 7-6-2010.

¹¹QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 313.

1.3. Implicações do princípio da não autoincriminação na identificação do autor do fato

Dentro da disciplina da produção da prova no processo penal à luz do princípio da não autoincriminação, ganha relevo para o presente trabalho em especial a prova que pretende identificar o autor do fato, mas que, para isso, depende de sua colaboração.

Com o avanço da engenharia genética, descobriu-se que a análise das cadeias de DNA de uma pessoa permite individualizá-la das demais, haja vista ser único o código genético de cada ser humano.

Tal descoberta levou os operadores do Direito Processual Penal à época a crerem ter descoberto uma “superprova”, incontestável, capaz de trazer certeza e permitir alcançar a famigerada verdade real.

No entanto, analisando detidamente a questão e evoluindo a disciplina, percebeu-se que, mesmo os exames de DNA não serviriam como prova cabal da autoria ou não do delito, mas tão somente permitiriam relacionar aquela pessoa à cena do crime.

Aprofundando um pouco mais a discussão, surgiu a dúvida quanto à obrigatoriedade do acusado de se submeter a tal exame, fornecendo seu material genético para análise. Quando tal coleta tiver a intenção de provar a inocência do acusado, sendo o material ofertado livremente por ele, certo de sua inocência, não há dúvidas quanto à legalidade de tal procedimento.

Todavia, paira a dúvida quando a intenção da coleta é provar a autoria do delito, tendo a finalidade de comprovar ser aquele indivíduo o autor do fato. Nestes casos, obrigá-lo a fornecer seu material genético, ainda que de maneira indolor (saliva, fios de cabelo), estaria contrariando o princípio do *nemo tenetur se detegere*, razão pela qual, deveria ser reprimido pelo ordenamento jurídico.

Neste sentido, conforme já salientado supra, a doutrina afirma que o direito a não autoincriminação abrange todos os atos que necessitem da participação ativa do acusado, conforme a preciosa lição do mestre Aury Lopes Jr.:

Através do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o sujeito passivo não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa. Não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, **fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita, etc.)** etc. Por elementar, sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízo

ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência. (*sem grifos no original*)¹²

No entanto, a Lei 12.654/2012 instituiu a possibilidade de coleta coercitiva de material genético para fins de produção de prova na persecução penal, aparentemente, ignorando o princípio expresso constitucional e legalmente, levando-nos a questionar a constitucionalidade da referida lei, vez que relativiza garantia fundamental do acusado, conforme será abordado no capítulo seguinte.

¹² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

2. A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL NA LEI 12.654/2012

2.1. Regramento Legal

O Projeto de Lei do Senado nº 93/2011, que possibilitou a gênese do novo diploma normativo, fundou-se na imprescindibilidade da determinação de identidade genética pelo DNA para a investigação criminal, assim como, para outros diversos fins. Nesse sentido é a justificação do Senador Ciro Nogueira:

A determinação de identidade genética pelo DNA constitui um dos produtos mais revolucionários da moderna genética molecular humana. Ela é hoje uma ferramenta indispensável para a investigação criminal.¹³

Em outro giro, o conseqüente Projeto de Lei nº 2.458-A, de 2011, que tramitou perante a câmara dos Deputados, ao longo de seu texto ressalta as causas justificadoras dessa mudança na processualística penal pátria. Inicialmente, verifica-se que a evolução tecnológica, o que possibilitou a identificação criminal através da coleta de material genético, serviu de embasamento para assegurar a eficiência do método. Sendo considerado o mais exato e seguro, como se nota:

No mundo moderno a polícia e a justiça utilizam a mais alta tecnologia para a identificação do autor de um delito. Atualmente **a última palavra neste método é a identificação genética que nos permite afirmar, com certeza, o autor** ou a pessoa que se fez presente no local do crime. (*sem grifos no original*)¹⁴

Outro argumento de sustentação amplamente exposto consubstancia-se no crescimento vertiginoso da violência, sobretudo dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes, que, por sua natureza, tem maior possibilidade de deixar vestígios fontes de DNA. Crimes que por muitas vezes ficam sem a devida reprimenda penal, já que a internet expõe os menores aos potenciais delinquentes. Nesse sentido, afirma o Deputado Ratinho Júnior:

¹³BRASIL. SENADO FEDERAL. **PROJETO DE LEI DO SENADO nº 93, de 2011**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=87708&tp=1>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

¹⁴BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PROJETO DE LEI N.º 2.458-A, DE 2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/987389.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

A cada dia ficamos mais estarecidos com a brutalidade de criminosos, principalmente os que perpetram crimes contra a liberdade sexual, tais como tráfico de mulheres, corrupção de menores, estupro, atentado violento ao pudor.

Para agravar a insegurança por que passam nossas crianças e jovens, esses delitos ficaram facilitados pelo advento da internet. Esse importante instrumento de comunicação, quando desvirtuado, é um veículo poderoso para disseminar a pedofilia e outras perversões, tendo em vista a possibilidade de iniciar conversas, relacionamentos de amizade e confiança.¹⁵

Vale salientar também o posicionamento da Deputada Sandra Rosado, a qual corrobora com o posicionamento do parlamentar supracitado:

É grande o número de situações em que indivíduos envolvidos em atividades que exploram, sob as mais variadas maneiras, crianças e adolescentes, **terminam por escapar da vigilância do Poder Público e, não poucas vezes, da persecução penal**, pela falta de um banco de dados que permita disponibilizar, instantaneamente, informações sobre ocorrências anteriores envolvendo os mesmos.*(sem grifos no original)*¹⁶

Enfim, é imperioso ressaltar que os crimes hediondos foram também amplamente utilizados como base da argumentação política. A gravidade e alta reprovabilidade social desses delitos garantiram o respaldo necessário à aprovação do projeto de lei, como se constata:

Ao identificarmos todo denunciado por crime hediondo fechamos o universo dos crimes que são rejeitados de forma veemente por toda a sociedade.¹⁷

Por todo o exposto, percebe-se que o Projeto de lei gozou de vasto amparo argumentativo, bem como, de amplo apoio parlamentar. Esse cenário foi perfeito para a tramitação e aprovação do Projeto de forma célere sem maiores percalços, culminando com a sanção da Presidenta da República.

¹⁵BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PROJETO DE LEI N.º 2.458-A, DE 2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/987389.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

¹⁶BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PROJETO DE LEI N.º 2.458-A, DE 2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/987389.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

¹⁷BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PROJETO DE LEI N.º 2.458-A, DE 2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/987389.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

2.2. Requisitos para a sua aplicação

A entrada em vigor da nova lei alterou toda persecução penal em nosso ordenamento, pois editou o procedimento de identificação criminal, regrada na Lei nº 12.037/09, bem como a Execução Penal, a qual é disciplinada pela Lei nº 7.210/84.

Dessa forma, a coleta do material genético poderá ter dois objetivos: para o investigado, terá como escopo constituir prova de um caso específico; de outro lado, para o condenado, servirá para a constituição de um banco de dados de perfis genéticos, o qual será utilizado para a elucidação de futuros delitos sem autoria definida.

Elucidando a questão:

A reforma legislativa empreendida pela Lei 12.654/12 almejou regular a utilização de exames de DNA no processo penal brasileiro, posto que tal cenário se mostrava carente de positivação específica anteriormente. Conforme Lopes Jr., duas são as possibilidades agora previstas: 1) durante a investigação e a instrução criminal, a extração de material genético do investigado, com o fim de ser prova para um caso concreto e determinado; e, 2) depois da condenação definitiva, a coleta de informações genéticas para banco de dados, de modo a servir de parâmetro para futuras apurações de crimes de autoria incerta. Tais hipóteses foram reguladas de modo distinto, ao passo que a principal diferença é o âmbito de legitimidade para a imposição.¹⁸

O artigo legal foi assim redigido:

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.

No que tange à identificação criminal, a Lei 12.037/09 estabeleceu que o civilmente identificado poderá ser submetido a ela quando for indispensável às investigações policiais, sendo que a identificação criminal poderá contar com a coleta de material biológico.

Nesse sentido, temos os ensinamentos doutrinários:

¹⁸VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Dados genéticos no processo penal**: tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/12. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/13.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

Conforme seu artigo 3º, embora apresentando documento, o acusado poderá ser sujeito à identificação criminal em hipóteses ali reguladas. Dentre elas, o inciso IV aponta: quando 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. Foi exatamente nesta brecha que se possibilitou a utilização de exames genéticos, conforme o parágrafo único do artigo 5º introduzido pela Lei 12.654/12. Ou seja, o texto aprovado e em vigor aponta que a coleta de material biológico pode se dar quando for necessária para as investigações e autorizada judicialmente.¹⁹

Desse modo, no que tange à identificação criminal, foi prevista a “possibilidade” da identificação pelo perfil genético quando essencial à investigação policial. Apesar disso, não houve qualquer previsão quanto à técnica de extração do DNA para fim de obtenção do material biológico a ser utilizado.²⁰

Nessa seara, foi criado o banco de dados de perfis genéticos para o devido armazenamento dos elementos coletados. Observa-se que o dispositivo legal prolífico buscou proteger as informações arrecadadas, bem como, inibir o armazenamento de traços somáticos ou comportamentais— exceto de gênero – sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa de quem permitir o uso desses dados para fins diversos dos prescritos legalmente. Vale a transcrição do regramento:

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, 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.

Do artigo supra colacionado ainda se depreende importante mandamento, qual seja, a determinação de que o gerenciamento do banco de dados seja feito por unidade oficial de

¹⁹VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Dados genéticos no processo penal:** tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/12. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/13.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

²⁰BECK, Francis Rafael; RITTER, Ruiz. A coleta de perfil genético no âmbito da Lei nº 12.654/2012 e o direito à não autoincriminação: uma necessária análise. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 42, n. 137, p.327, mar. 2015.

perícia criminal. Regulamentando esse dispositivo o Decreto nº 7.950/2013, o qual instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, definiu que o Ministro de Estado da Justiça será o responsável por designar o perito criminal federal habilitado e com experiência comprovada em genética para fazê-lo.

O mesmo ato normativo presidencial ainda prescreveu que a “Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos” será coordenada por um Comitê Gestor com o fito de promover a integração dos dados em todas as esferas da Federação. A composição desse órgão gestor coloca o Poder Executivo na direção do Banco Nacional de Perfis Genéticos, conforme se nota:

Art. 2º A Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos contará com um Comitê Gestor, com a finalidade de promover a coordenação das ações dos órgãos gerenciadores de banco de dados de perfis genéticos e a integração dos dados nos âmbitos da União, dos Estados e do Distrito Federal, que será composto por representantes titulares e suplentes, indicados da seguinte forma:

I - cinco representantes do Ministério da Justiça;

II - um representante da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República; e

III - cinco representantes dos Estados ou do Distrito Federal, sendo um representante de cada região geográfica.

Corroboram com esse posicionamento Francis Rafael Beck e Ruiz Ritter:

O controle do Banco Nacional de Perfis Genéticos, portanto, será todo do Poder Executivo, cabendo ao Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil e Comissão Nacional de Ética em Pesquisa apenas o convite para participar das reuniões do Comitê, sem direito a voto.²¹

Ainda com relação à coleta do material biológico para a identificação criminal é de grande valor ressaltar qual o período de permanência definido legalmente para o armazenamento dos dados coletados. O art. 7º-A da lei sob estudo prescreve que os perfis genéticos deverão permanecer no banco de dados até o término do prazo definido em lei para a prescrição do delito investigado. Dessa forma, já na inclusão dos perfis genéticos deve-se estabelecer qual será a data de sua exclusão do banco de dados, levando-se em conta a pena em abstrato do delito e sua prescrição correlacionada. São de grande esclarecimento os ensinamentos a seguir:

²¹ BECK, Francis Rafael; RITTER, Ruiz. A coleta de perfil genético no âmbito da Lei nº 12.654/2012 e o direito à não autoincriminação: uma necessária análise. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 42, n. 137, p.329, mar. 2015.

Assim, caso colhido material biológico para fins de identificação criminal, o perfil genético não integrará definitivamente o banco de dados, mas será excluído no término do prazo prescricional do delito. Logo, quando da inclusão do perfil, já deve constar a data fixada para a sua exclusão, que deverá ser a da prescrição pela pena em abstrato do delito.²²

Por sua vez, o Decreto Nº 7.950/2013, em seu art. 7º, definiu que, além da exclusão no prazo para a prescrição do delito, os perfis coletados do identificado criminalmente também podem ser excluídos antes dessa data, desde que, determinado por decisão judicial.

Art. 7º O perfil genético do identificado criminalmente será excluído do banco de dados no término do prazo estabelecido em lei para prescrição do delito, ou em data anterior definida em decisão judicial.

Mais uma vez são precisos Francis Rafael Beck e Ruiz Ritter:

O Decreto nº 7.950/2013, por sua vez, afirma que “o perfil genético do identificado criminalmente será excluído do banco de dados no término do prazo estabelecido em lei para prescrição do delito, ou em data anterior definida em decisão judicial”, permitindo, portanto, a exclusão em data anterior à da prescrição.²³

As alterações referentes à Lei de Execuções Penais, Lei Nº 7.210/1984, foram ainda mais arrojadas, pois, definiram que os condenados por crimes dolosos cometidos com violência de natureza grave contra pessoa ou por crimes hediondos serão obrigatoriamente subjugados à identificação pelo perfil genético.

Vejam as palavras de Vasconcellos:

Cenário de características diversas se desenha com relação à coleta de material biológico com fins de alimentação de banco de dados genéticos de condenados. Tal modificação se deu a partir da introdução de novo dispositivo na Lei de Execuções Penais – LEP (7.210/1984) ocasionada pela Lei 12.654/12. Inicialmente, cabe salientar que, ao dizer condenados, o texto legal pressupõe a existência de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, sem mais possibilidades de recursos. O objetivo da obtenção do DNA é fundamentalmente distinto da hipótese anteriormente analisada (que ocorre durante a investigação criminal, ou seja, para um caso concreto e específico), pois almeja a utilização do banco de dados para exames comparativos em relação a fatos futuros, de forma aberta e indeterminada. E, para o acesso, a autoridade policial necessitará de autorização judicial competente. Assim, também aponta-se diferença do caso anterior, pois

²² BECK, Francis Rafael; RITTER, Ruiz. A coleta de perfil genético no âmbito da Lei nº 12.654/2012 e o direito à não autoincriminação: uma necessária análise. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 42, n. 137, p.329, mar. 2015.

²³Ob. Cit., p. 329.

aquele necessitava de decisão judicial para a coleta do material genético, e este, para a utilização dos dados do banco, já que a coleta se torna obrigatória.²⁴

O mesmo dispositivo legal, art. 9º-A, exige que a coleta do DNA seja feita por técnica adequada e indolor, sem, contudo, definir qual técnica deverá ser utilizada. Nesse artigo, a legislação foi muito genérica não definindo o que é violência de natureza grave e, tampouco, a técnica que deve padronizar a coleta do material genético.

Ademais, o grau de abrangência da obrigatoriedade da identificação pelo perfil genético ficou indefinido, já que o termo “violência de natureza grave” não encontra correspondência na legislação penal pátria. Nesse sentido:

No que concerne à “violência de natureza grave contra a pessoa”, a lei utiliza um termo genérico, que não encontra correspondência em qualquer tipo penal específico no Direito Penal brasileiro.²⁵

Portanto, coube à doutrina definir o que seria a violência grave contra a pessoa, conforme se observa:

A única restrição à coleta de DNA do condenado em definitivo se dá em razão da natureza do crime objeto da condenação, pois, conforme o artigo 9º-A da LEP, ela se limita aos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa (conforme Lopes Jr., lesões graves, gravíssimas ou morte da vítima), ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, ou seja, hediondos. Assim, ficam excluídos os delitos culposos e, em aparente contradição, aqueles “assemelhados a hediondos”, como tráfico de drogas ou tortura e terrorismo, quando praticados sem violência grave contra pessoa. Neste sentido, também resta suprimido o roubo mediante grave ameaça ou violência leve, por exemplo, pois o fim do critério apontado foi exatamente afastar a simples lesão corporal leve, conforme parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, quando da análise da Lei 12.654/12.²⁶

Neste mesmo sentido:

²⁴VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Dados genéticos no processo penal:** tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/12. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/13.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

²⁵BECK, Francis Rafael; RITTER, Ruiz. A coleta de perfil genético no âmbito da Lei nº 12.654/2012 e o direito à não autoincriminação: uma necessária análise. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 42, n. 137, p.330, mar. 2015.

²⁶ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Dados genéticos no processo penal:** tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/12. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/13.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

Ademais, igualmente certo, nos termos do art. 9º-A, que a extração do DNA apenas deve ocorrer nos casos de condenação por crimes hediondos (aqueles previstos no art. 1º da Lei nº 8.072/1990), e não em relação àqueles equiparados a hediondos (tráfico de drogas, tortura e terrorismo, exceto se entrarem na regra da violência de natureza grave).²⁷

Como visto, parte da doutrina tem entendido que, com relação aos Crimes Hediondos, a Lei 12.654/12 alcança apenas aqueles elencados no art. 1º da Lei 8.072/1990 e não aos equiparados.

2.3. Valor probatório da prova constituída pela coleta do Ácido Desoxirribonucleico

A nova *legis*, conforme se demonstrou acima, deslumbrou os parlamentares por sua significativa possibilidade de busca da verdade. Amparando-se no conhecimento científico, o novo diploma incentiva a edificação de uma verdade incontestável, que, contudo, diverge diametralmente dos mandamentos constitucionais e processualísticos pátrios. O ilustre professor Aury Lopes Jr. assevera a respeito:

Sob o manto do saber científico, opera-se a construção de uma (pseudo)verdade, com a pretensão de irrefutabilidade, absolutamente incompatível com o processo penal e o convencimento do juiz formado a partir do contraditório e do conjunto probatório.²⁸

Nessa senda, é necessário evidenciar a capacidade probatória do material biológico coletado, o qual não é capaz de abarcar toda amplitude da situação delituosa sob análise. O exame pericial baseado no DNA é capaz apenas de evidenciar que o material coletado é do réu. Essa afirmação não é capaz sequer de colocar o réu na cena do crime, a qual pode ter sido manipulada ou alterada. Ademais, pode-se questionar a validade do teste realizado já que as amostras coletadas ficam, não raras vezes, expostas a agentes externos, naturais ou não.

Outra vez é precisa a lição de Aury Lopes Jr.:

Pode, ainda, ser estabelecida uma discussão sobre a validação científica dos métodos de análise, ou seja, discutir a validade dos testes a partir da natureza das amostras biológicas utilizadas, por exemplo.²⁹

²⁷ BECK, Francis Rafael; RITTER, Ruiz. A coleta de perfil genético no âmbito da Lei nº 12.654/2012 e o direito à não autoincriminação: uma necessária análise. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 42, n. 137, p.331, mar. 2015.

²⁸ LOPES JR, Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere). **Boletim IBCCRIM** – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, p. 6. jul. 2012.

²⁹ Op. Cit., p. 6

Outro ponto que merece destaque é a necessidade da comprovação do nexo causal, que não é abrangido pela prova pericial. Sendo assim, a prova apurada a partir da coleta de material genético possui relevante importância na processualística penal, contudo, não deve ser recepcionada como uma “superprova” e, sim, como mais um meio de construção do parecer judicial. Nesse sentido, o professor Aury Lopes Jr. conclui:

Portanto, o exame de DNA é muito importante, e com certeza terá uma grande influência na formação da convicção do julgador, mas é apenas *mais uma prova*, sem qualquer supremacia jurídica sobre as demais.³⁰

Talvez este seja o ponto mais importante a ser debatido por juristas e estudiosos do Direito, pois a necessidade de se afastar a esperança de que a coleta de material genético põe fim à impunidade é imperiosa. Isso porque, como visto, há que se garantir os direitos fundamentais do acusado, sob pena de se cometer atrocidades, tendo em vista que o encontro de material genético na cena do crime não constitui o nexo causal necessário à condenação.

³⁰LOPES JR, Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere). **Boletim IBCCRIM** – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, p. 6. jul. 2012.

3. A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.654/2012

3.1. Formação de banco de dados genético

Como já explanado supra, a lei em estudo definiu duas possibilidades de coleta de material genético. A primeira delas para fins de investigação criminal, logo, no curso de processo penal a fim de se definir a autoria do delito; e a segunda, nos termos da lei, se traduz em uma obrigatoriedade para os condenados por crimes cometidos com violência grave ou condenados por crimes hediondos.

A imposição da obrigatoriedade de fornecer material genético para formação do banco de dados tem gerado diversas discussões doutrinárias, tais como a ofensa ao princípio da não autoincriminação e ao princípio da presunção de inocência.

Como dito, a formação de banco de dados com os perfis genéticos dos condenados não tem por finalidade auxiliar em investigações processuais penais em curso, mas sim facilitar a possível identificação em crimes que possam vir a ser cometidos.

Nesta senda, argumenta-se clara ofensa ao princípio da presunção de inocência, haja vista que, o fato de o indivíduo ter sido condenado por um crime, não significa necessariamente que este se tornará reincidente.

Neste sentido:

Na verdade, esse banco de perfis genéticos para criminosos já condenados, cujo crime, obviamente, já foi esclarecido e definitivamente julgado, é uma providência de constitucionalidade no mínimo duvidosa. 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.³¹

Ademais, ao estabelecer o art. 9º-A da lei em comento, o qual instituiu alterações na LEP, que apenas serão submetidos ao banco de dados os condenados por crimes praticados

³¹MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação criminal pelo DNA.** Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf> Acesso em 14 jan. 2016.

com violência grave ou condenados por crimes hediondos, a lei instituiu clara discriminação em face destes condenados.

Nesta linha de raciocínio, vejamos as palavras de Vinícius Gomes de Vasconcellos:

Tal critério de seleção sofre pesadas críticas, juntamente com a criação de um banco de dados, pois gerar-se-ia um lastro de informações de “futuros suspeitos”, com uma latente aceitação de um questionável direito penal do autor, inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Neste sentido, concluem Mahmoud e Assis Moura que “a modificação da Lei de Execução Penal assenta-se num ideal político-criminal de direito penal máximo, que não pode ser chancelado pela ordem constitucional vigente”, pois viola os princípios da humanidade das penas, da igualdade e da culpabilidade. Assim também se posiciona o editorial do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ao apontar que “a inconstitucionalidade se agiganta no referido art. 9o-A”, por esta razão e por não haver previsão de exclusão dos dados, criando uma perpetuidade que não se compatibiliza com o artigo 5o, inciso LXVII, alínea “b”, da Constituição Federal.³²

Igualmente, assim se posiciona Aury Lopes Jr.:

A única restrição legal diz respeito à natureza do crime objeto da condenação. Optou o legislador por (re)estigmatizar os crimes hediondos e o chamado agora “crime doloso cometido com violência de natureza grave contra pessoa” (lesões graves, gravíssimas ou morte da vítima).³³

Há, inclusive, aqueles que argumentam estar a formação do banco de dados genéticos inspirada em ideais lombrosianos, ao passo que se estaria definindo previamente qual o tipo de criminosos possui maior probabilidade de reincidir:

O primeiro passo foi dado por Lombroso com sua famosa Teoria do delinquente nato, onde apoiado ao método científico empírico, buscou encontrar características anatômicas, fisiológicas e psicológicas em alguns delinquentes, chegando à conclusão que os delinquentes assim caracterizados estava determinado a delinquir, motivo pelo qual não seria cabível nele apreciar uma responsabilidade moral. Essa teoria foi posteriormente desmentida, mas manteve até os dias atuais discussões a partir de outras reflexões. A pena estaria baseada na periculosidade revelada pelo delinquente, **no risco que apresentaria de voltar a cometer delitos** (CASABONA, 1999, p. 110-111). (grifamos)³⁴

³² VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Dados genéticos no processo penal**: tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/12. Disponível em <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/13.pdf>> Acesso em 14 jan. 2016.

³³ LOPES JR, Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemotetur se detegere). **Boletim IBCCRIM** – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, p. 5-6. jul. 2012.

³⁴ CORAZZA, Thais Aline Mazetto; CARVALHO, Gisele Mendes de. A implementação do banco de perfis criminais pela lei 12.654/2012 e o limite da diversidade genética. **Revista do Direito Unisc**, Santa Cruz do Sul, n. 44, p.134-163, set./dez. 2014.

E também:

Enfim, a constituição de um banco de dados genéticos, destinado a armazenar os perfis de criminosos, a par de ser uma medida que ameaça a intimidade e a confidencialidade de dados do genoma humano, favorecendo a ressurreição de teses e delírios tipicamente lombrosianos, é algo que afronta os princípios liberais da presunção de inocência, da não autoincriminação e da ampla defesa, numa convivência problemática com a ordem constitucional vigente.³⁵

Portanto, a constitucionalidade da Lei 12.654/12 é questionada, neste primeiro momento, pois afronta os princípios da presunção de inocência e da não auto-incriminação, na medida em que o condenado seria estigmatizado, acreditando-se na sua possível reincidência, bem como produziria de imediato uma “pré-prova” contra si mesmo.

Quanto ao primeiro aspecto, temos que a lei desacredita o próprio fim de ressocialização da pena, pois cria uma presunção de que aquele condenado voltará a delinquir. Ademais, afrontaria também o princípio da individualização da pena, pois considera todos os praticantes de um determinado crime como aptos a reincidirem. Aproxima-se, assim, da teoria de Lombroso, ao passo que considera certos crimes mais aptos à reincidência do que outros.

No que refere ao segundo aspecto, a formação do banco de dados genéticos pode ser considerada inconstitucional, pois fere a presunção de inocência, na medida em que já cria uma pré-prova contra o condenado. É dizer que este já terá contra si uma possível prova a ser utilizada em crime que sequer foi cometido, tendo em vista que as informações armazenadas no banco de dados poderão ser utilizadas em caso de reincidência.

Neste sentido, observa-se que o condenado será obrigado a contribuir na produção de uma prova desfavorável a si mesmo, pois nos termos da lei a coleta será obrigatória para tais delitos, levando-nos a analisar um outro aspecto possivelmente inconstitucional da lei, que é aquele relativo à coleta coercitiva, conforme se passa a analisar abaixo.

³⁵MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação criminal pelo DNA**. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf> Acesso em 14 jan. 2016.

3.2. Coleta coercitiva

Conforme já exposto, o art. 9º-A da Lei 12.654/12 prevê a coleta obrigatória de material genético para os condenados por crimes cometidos com violência grave e crimes hediondos. Quanto a este aspecto, a discussão da constitucionalidade da lei faz-se ainda mais forte, pois esta disposição feriria frontalmente o princípio da não auto-incriminação.

Neste sentido:

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*.

³⁶

De acordo com o já salientado supra, a jurisprudência pátria há muito afasta esta possibilidade de se coibir o acusado a colaborar com a produção de prova contra si, conforme elucidam os julgados colacionados no Capítulo 1.

Desta feita, parece haver consenso doutrinária e jurisprudencialmente de que, no curso da investigação criminal, o acusado não poderá ser forçado a fornecer material genético para produção de prova, haja vista a clara ofensa ao princípio *nemo tenetur se detegere*.

Corroborando o raciocínio, tem-se a lição de Maria Elizabeth Queijo:

Tem predominado, assim, na doutrina o entendimento de que, por incidência do *nemo tenetur se detegere*, não se admitem medidas coercitivas contra o acusado para compeli-lo a cooperar na produção das provas; a recusa do réu não configura crime de desobediência; e não se permite extrair da sua recusa a veracidade da imputação, nem presunção de culpabilidade.³⁷

Por outro lado, há que se analisar a inconstitucionalidade da lei no que se refere à coleta coercitiva para formação do banco de dados para os já condenados por crimes hediondos ou cometidos com violência grave.

Nestes casos, como já mencionado à exaustão, a finalidade da coleta não será a produção de prova para o processo penal que culminou na condenação, mesmo porque a

³⁶MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação criminal pelo DNA**. Disponível

em:<http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf> Acesso em 14 jan. 2016.

³⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de não produzir provas contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 315.

coleta se dará após o trânsito em julgado, mas servirá para a formação de banco de dados para a solução de eventuais futuros crimes.

Aqui, ao que parece, os legisladores acreditaram não estar ofendendo os direitos fundamentais do condenado, tendo em vista que o material genético não será utilizado para aquele processo penal.

A doutrina majoritária crê na existência de afronta ao princípio da não auto-incriminação, no entanto, há doutrinadores que entendem não estar a ofensa presente. Senão vejamos:

Em atenção específica à Lei nº 12.654/2012, considerando que o fornecimento do material genético é obrigatório para os condenados pelos crimes antes referidos, parte expressiva da doutrina vem sustentando a inconstitucionalidade do dispositivo, sob o argumento de que implica violação ao direito de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Avena, no entanto, discorda desta posição, tendo em vista que a situação prevista no art. 9º-A da Lei nº 7.210/1984 não envolveria um comportamento ativo no sentido do fornecimento de provas para uma investigação ou processo em andamento, mas simplesmente o abastecimento de um banco de dados que permanecerá inerte (passivo), podendo ser acessado pelas autoridades policiais para fins de investigações de crimes apenas por ordem judicial. Tal raciocínio, ademais, guardaria simetria com o entendimento adotado pela Suprema Corte norte-americana ao apreciar o célebre caso *Schmerber v. Califórnia*, de 1966, oportunidade em que foi realizada a distinção entre os procedimentos que exigem a participação ativa do acusado e aqueles em que o acusado é apenas uma fonte passiva de elementos de prova, entendendo-se que, neste último caso, não haveria ofensa ao *nemo tenetur se detegere*.³⁸

Todavia, ao nosso ver, a ofensa se mantém. Isso porque, como já ressaltamos, o banco de dados constitui uma “pré-prova” para a investigação de crimes ainda não cometidos. Desta feita, o condenado estará, igualmente, produzindo prova contra si mesmo, a única diferença é que, neste caso, a produção será antecipada.

Vejamos o posicionamento dos doutrinadores

De fato, como lembra M. E. Queijo, “o fato de a Lei assegurar que será empregada técnica indolor e adequada para extração de material genético, nem de longe é suficiente para garantir o respeito à dignidade humana, valor sobre o qual o Estado Democrático de Direito Brasileiro se alicerçou”. A mesma autora sustenta que o *nemo tenetur se detegere*, embora consubstancie direito fundamental, não é princípio absoluto, como todos os demais, podendo sofrer restrições. Em face disso, poder-se-ia argumentar

³⁸ BECK, Francis Rafael; RITTER, Ruiz. A coleta de perfil genético no âmbito da Lei nº 12.654/2012 e o direito à não autoincriminação: uma necessária análise. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 42, n. 137, p.321-341, mar. 2015.

que a Lei nº 12.654/2012 seria o diploma para esse fim. Contudo, não é esse o caso, tendo em vista que a lei em questão, não obstante disponha que a coleta de dados genéticos seja determinada pelo juiz competente, não propõe critérios pautados na proporcionalidade a nortear a decisão judicial, conferindo amplitude excessiva à coleta de material genético para fins criminais. Ao mesmo passo, a mesma lei estabelece hipóteses nas quais a identificação por coleta de material genético será obrigatória, suprimindo, portanto, a apreciação judicial no caso concreto. Dessa forma, a Lei nº 12.654/2012 não se presta a restringir o princípio em tela, incorrendo nitidamente em inconstitucionalidade, ao impor ao investigado e ao acusado o dever de produzir prova contra si mesmo, da mesma forma que ao condenado, que terá contribuído obrigatoriamente para a produção de prova em seu desfavor, para persecuções penais eventuais e futuras.³⁹

Ainda, importante a lume do preceito Constitucional brasileiro de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo (art. 5º, II). Da mesma forma, são invioláveis a intimidade e a vida privada (art. 5, X do CFB). Com base nessas disposições, a única possibilidade é a coleta do material com o consentimento do disponente.⁴⁰

Portanto, quer para a produção da prova no curso do processo penal, quer para a formação do banco de dados genéticos, o entendimento predominante é de que a Lei 12.654/12 incorre em afronta ao princípio da não auto-incriminação, salientando a doutrina que a coleta de material genético, ainda que de maneira não invasiva e indolor, apenas poderá ser realizada com a autorização do acusado ou condenado.

3.3. Aspectos da lei que dependem de regulamentação

Como se pôde perceber ao longo do presente trabalho, a Lei 12.654/12 deixou diversos dispositivos dependentes de regulamentação, não sendo aplicável de imediato em todos os seus regramentos. Tais lacunas, até o momento, estão sendo preenchidas pela doutrina.

A lei já deixa em aberto o método a ser utilizado na coleta, apenas definindo que deve ser este “adequado e indolor”. A palavra “adequado” comporta inúmeros significados, tornando a norma totalmente aberta e dependente de regulamentação. Ademais, a ausência de definição do método pode tornar mais difícil a sua aplicação, na medida em que as

³⁹BECK, Francis Rafael; RITTER, Ruiz. A coleta de perfil genético no âmbito da Lei nº 12.654/2012 e o direito à não autoincriminação: uma necessária análise. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 42, n. 137, p.321-341, mar. 2015.

⁴⁰ALMEIDA NETO, João Beccon de. **Banco de Dados Genéticos para fins criminais**: aspectos jurídicos.

Disponível em:

<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/joao_beccon.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2016.

instituições responsáveis por realizar a coleta podem não estarem munidas do aparato necessário para o método eleito. Pensando em tais aspectos, deveria a lei ter estabelecido o mesmo método de coleta a ser utilizado em todo território nacional.

No que tange à coleta de material genético no curso da investigação criminal, a fim de se provar a autoria do delito, a lei não estabeleceu em quais tipos penais a análise de DNA poderá ser utilizada como meio de prova, limitando seu uso apenas à necessidade da investigação e à existência de decisão judicial.

Esse regramento, por ser aberto, traz consigo o perigo de abusos, nos quais a autoridade policial ou o órgão acusador justificam a necessidade da medida sem que esta realmente exista. Ademais, a lei apenas demonstra a necessidade de decisão judicial, a qual, conforme salienta a doutrina, pode ser emanada de ofício, situação inadmissível no sistema acusatório.

Nesta senda, vejamos as palavras do mestre Aury Lopes Jr.:

Sequer define a lei em que tipos de crime isso seria possível (situação diversa daquela disciplinada para o apenado, em que há um rol de crimes). Dessarte, basta uma boa retórica policial e uma dose de decisionismo judicial para que os abusos ocorram. Como se não bastasse, poderá o juiz atuar de ofício, rasgando tudo o que se sabe a cerca de sistema acusatório e imparcialidade.⁴¹

Corroborando a fala do ilustre doutrinador, temos as palavras de Vinícius Gomes de Vasconcellos:

Ou seja, o texto aprovado e em vigor aponta que a coleta de material biológico pode se dar quando for necessária para as investigações e autorizada judicialmente. Percebe-se que esses dois requisitos não parecem capazes de limitar e, assim, legitimar a utilização de material genético em um processo penal democrático, em razão de sua insuficiência e abstração, capaz de possibilitar as mais diversas (e injustificadas) motivações.⁴²

Portanto, a lei deveria ter elencado o rol dos delitos em que seria possível a utilização da coleta de DNA para a sua investigação, pois essa generalidade legal traz insegurança jurídica e fere direitos do acusado, o qual estará à mercê do entendimento do julgador e da

⁴¹LOPES JR, Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere). **Boletim IBCCRIM** – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, p. 5-6. jul. 2012.

⁴²VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Dados genéticos no processo penal:** tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/12. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/13.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2016.

acusação quanto à imprescindibilidade do exame para as investigações, dando margem a arbitrariedades.

Intentando uma melhor regulamentação normativa, Vasconcellos aponta que deveriam ser analisados cinco pontos para que a medida pudesse ser autorizada, são eles: “1) *imprescindibilidade para a investigação*; 2) *subsidiariedade da medida*; 3) *presença de indícios razoáveis*; 4) *proporcionalidade*; e, 5) *decisão judicial especificamente motivada*”.⁴³

Por outro lado, quanto à coleta de material genético para condenados, cuja destinação é a formação do banco de dados, a lei tentou estipular os delitos que estariam submetidos à coleta. Assim, estabeleceu que a coleta fosse obrigatória para os condenados por crimes hediondos e crimes cometidos com violência grave contra a pessoa.

Vê-se que, muito embora tenha a lei tentado estabelecer regras para a formação do banco de dados, não foi esta completamente feliz, visto que deixou lacuna, pois não há em lei ou doutrina a definição de “violência grave”. Conforme já salientado supra, a doutrina tem tentado estabelecer quais delitos se enquadrariam no conceito de violência grave, sendo defendido por Aury Lopes Jr tratarem-se estas de lesões corporais graves, gravíssimas ou morte da vítima⁴⁴.

Quanto à coleta de material genético para condenados, o diploma normativo deixou ainda de estabelecer o prazo para manutenção no banco de dados, fato este que gerou inúmeras críticas, haja vista a não aceitação pela doutrina de efeitos perpétuos da condenação.

Neste sentido, novamente é a lição de Vasconcellos:

Tal lacuna ressalta ainda mais a insuficiência da nova regulamentação, posto que em nenhum momento determina hipóteses de exclusão dos dados. Ou seja, a simples leitura do texto pode acarretar a ideia de que tal banco genético seria eterno, o que, por óbvio, viola diversos pressupostos de um processo penal adequado ao Estado Democrático de Direito.⁴⁵

⁴³ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Dados genéticos no processo penal:** tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/12. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/13.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2016.

⁴⁴ LOPES JR, Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere). **Boletim IBCCRIM** – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, p. 5-6. jul. 2012.

⁴⁵ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Dados genéticos no processo penal:** tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/12. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/13.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2016.

Quanto a este aspecto, Aury Lopes Jr sugere que seja utilizado, por analogia, o instituto da reabilitação, ou seja, os dados do condenado deverão ser retirados do banco após dois anos da data em que for extinta a pena ou terminada a execução⁴⁶.

Vê-se, assim, que a nova *legis* não está totalmente pronta para ser aplicada, dependendo em muito da doutrina para a definição de seus pormenores. No entanto, quanto à sua aplicação prática, temem-se abusos e arbitrariedades, as quais podem partir do órgão investigatório ou do órgão acusatório, bem como do Poder julgador, tendo em vista que, como a experiência nos mostra, as brechas legais permitem tais situações.

⁴⁶ LOPES JR, Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere). **Boletim IBCCRIM** – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, p. 5-6. jul. 2012.

4. CONCLUSÃO

Como visto, a Lei 12.654/12 possui diversos pontos controversos, sendo clara a colisão com o princípio da não-autoincriminação, principalmente no que se refere à obrigatoriedade de o condenado se submeter à coleta.

Restou claro, principalmente ao se analisar as justificativas dos parlamentares ao votarem favoravelmente à tal regulamentação, que esta lei foi editada como forma de se dar uma resposta a uma população desiludida com a justiça brasileira.

Vive-se na atualidade um momento histórico de descrença na existência de efetiva punição em face dos sujeitos praticantes de crimes, o que leva nossos legisladores – muitas vezes motivados mais por marketing eleitoral do que por real preocupação – a tenderem à elaboração de normas punitivas cada vez mais rigorosas.

Também contribuem para esta atitude o apelo da cultura internacional, a qual adentra as casas dos brasileiros, quer através dos telejornais, quer através dos seriados norte-americanos tão presentes no cotidiano atual das pessoas.

A contribuição para tal crença surge a partir de uma comparação fria e descontextualizada realizada pela população quando confronta o sistema punitivo internacional – especialmente o norte-americano – com o nosso sistema acusatório.

Assim, surge o clamor popular por leis mais rígidas que punam com mãos de ferro os autores de fatos criminosos, quase sempre acompanhado das célebres frases de que “no Brasil, o crime compensa”, “no Brasil, não há punição”, “ninguém fica preso no Brasil”, dentre outras rotineiramente repetidas pela população de uma maneira geral.

Neste contexto, a Lei 12.654/2012 foi criada num momento propício para atender intenções politiqueras, sem observar necessariamente o verdadeiro compromisso com a norma suprema da república, a Constituição Federal.

Partindo-se de uma análise superficial da questão, poder-se-ia dizer que tal lei representa verdadeiro avanço em termos de persecução penal, tornando possível a real identificação do sujeito infrator e, assim, tornando efetivo o cumprimento das normas penais.

Tal fato pode ser verdade, mas uma verdade relativa. Isso porque, conforme adverte a doutrina e já salientamos supra, o exame de DNA pode colocar o sujeito na cena do crime, mas isto não é suficiente para torna-lo culpado.

Por outro lado, a busca desesperada por punição, não pode permitir que deixemos de observar a necessidade de ponderação entre os interesses colidentes no caso.

Neste sentido, veja-se a opinião de Carolina Grant:

Em um contexto contemporâneo de recrudescimento da atuação punitiva do Estado, em que é possível aludir-se às propostas de redução da maioria penal, a indícios de criação de um direito penal do inimigo e à edição de normas penais abertas, bem como outras que contém descrições por demais genéricas do fato típico (sobretudo na legislação penal extravagante), imperioso se faz um retorno à necessária observância da opção jurídico-política da sociedade brasileira por uma democracia constitucional.⁴⁷

É justamente neste aspecto que a Lei 12.654/12 se encaixa, colide com princípios constitucionais, além de trazer normas penais abertas, as quais dão azo à arbitrariedade e relativização dos direitos fundamentais dos acusados e condenados.

Novamente, são precisas as palavras de Grant:

O direito da maioria à segurança pública, garantido e salvaguardado pelo Estado, passa a imperar sobre os direitos e garantias do indivíduo. O juiz penal legalista, nesse diapasão, considera apenas a legislação penal especial a ser aplicada ao caso concreto e viola, às vezes sem a real dimensão das consequências destes atos, não apenas postulados processuais penais, mas, sobretudo, constitucionais; compreende o Direito Processual Penal como instrumento apenas do Direito Penal e não como mecanismo concretizador da Constituição Federal.⁴⁸

Portanto, o apelo social por efetividade não pode ser argumento absoluto capaz de afastar os princípios e garantias individuais expressamente previstos na Carta da República, bem como nos tratados e convenções de Direito Internacional ratificados pelo Brasil, assim como o é o princípio da não-autoincriminação.

Desta feita, concluímos pela inconstitucionalidade da Lei 12.654/12, vez que afronta o princípio *nemo tenetur se detegere*, o princípio da presunção de inocência, bem como da individualização da pena, ao estabelecer a obrigatoriedade de os condenados se submeterem à coleta coercitiva para abastecimento do banco de dados genéticos para elucidação de crimes futuros.

⁴⁷GRANT, Carolina. Limites e possibilidades constitucionais à criação do banco de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2011, vol. 3, n. 5, Jul.-Dez. p.332.

⁴⁸ Op. cit. p. 335.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA NETO, João Becon de. **Banco de Dados Genéticos para fins criminais: aspectos jurídicos.** Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/joao_beccon.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Edição eletrônica Ridendo Castigat Mores. P. 21. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf. Acesso em 15/09/2015.

BECK, Francis Rafael; RITTER, Ruiz. A coleta de perfil genético no âmbito da Lei nº 12.654/2012 e o direito à não autoincriminação: uma necessária análise. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 42, n. 137, p.321-341, mar. 2015.

BRASIL. **Lei 12.654/2012.** 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. Brasília, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Habeas Corpus nº 139.535-MS. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Autoridade Coatora: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, 18 de maio de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Habeas Corpus nº 77.135-SP. Impetrante: João Aparecido Pereira Nantes. Autoridade Coatora: Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 8 de setembro de 1998.

CORAZZA, Thais Aline Mazetto; CARVALHO, Gisele Mendes de. A implementação do banco de perfis criminais pela lei 12.654/2012 e o limite da diversidade genética. **Revista do Direito Unisc**, Santa Cruz do Sul, n. 44, p.134-163, set./dez. 2014.

GOMES, Raimundo de Albuquerque; ALVES, Rozinara Barreto. **Lei nº 12.654/2012 e a identificação criminal por “DNA”.** Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13863&revista_caderno=3>. Acesso em: 24 jun. 2015.

GRANT, Carolina. Limites e possibilidades constitucionais à criação do banco de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2011, vol. 3, n. 5, Jul.-Dez. p. 329-359.

LOPES JR, Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere). **Boletim IBCCRIM** – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, p. 5-6. jul. 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação criminal pelo DNA**. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf> Acesso em 14 jan. 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Breves notas sobre a não autoincriminação. **Boletim IBCCRIM** – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. 222 ed. Maio/2011.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de não produzir provas contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Dados genéticos no processo penal**: tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/12. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/13.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2015.