

# A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL POR MEIO DA COLETA DE MATERIAL GENÉTICO

Lei 12.654/12 e o Princípio *Nemo Tenetur se Detegere*

Ana Luísa Pimentel Resende Côrtes<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho de modo geral faz uma análise a respeito da identificação criminal realizada por meio da coleta de material genético do indivíduo, frente ao princípio da não autoincriminação. Para isso, é realizado um estudo no que se refere ao princípio *nemo tenetur se detegere*, uma breve contextualização histórica e a sua origem no ordenamento jurídico brasileiro, além de tratar dos principais princípios do processo penal relevantes para o tema. Aborda-se a prova no direito processual penal brasileiro. Posteriormente, se discute a Lei 12.654/12 assim como as alterações que ela causou nas Leis 12.037/09 e Lei de Execução Penal 7.210/84, além da inclusão recente da Lei 13.964/19 - Pacote Anticrime. Ocorre que o consentimento e a colaboração do indivíduo são controversos diante dos princípios e garantias previstos na Constituição Federal como o direito ao silêncio e o direito à liberdade. Sendo assim, o trabalho tem por objetivo apurar se a coleta de material genético instituída na Lei 12.654/12 possui concordância com os princípios constitucionais e a garantia da não autoincriminação.

**Palavras-chave:** Identificação Criminal; Princípio *Nemo Tenetur se Detegere*; Coleta de material genético; Consentimento; Lei 12.654/12; Garantias do acusado.

## ABSTRACT

This research analyzes criminal identification by collecting the individual's genetic material, and the principle of non-self-incrimination. The study itself consists initially in exploring the *Nemo Tenetur se Detegere* principle, its brief historical context, and its origin in the Brazilian legal system, and also deals with the main principles of criminal process relevant to the theme. Subsequently, it discusses the evidence in the Brazilian criminal procedural law, conceptualizing the different means of evidence and relating to the consent of the accused. Law 12.654/12 is addressed, as well as changes that it has caused in Laws 12.037/09 and the Law of Criminal Execution 7.210/84, and also discuss the changes of Law 13.964/19 "Pacote Anticrime". It happens that the individual's consent and collaboration are controversial because of the principles and guarantees provided in the Federal Constitution of 1988, such as the right to silence and the right to freedom. Therefore, this paper aims to determine whether the collection of genetic material instituted in Law 12.654/12 is compliant with the constitutional principles and guarantee of non-self-incrimination

---

<sup>1</sup> Aluna do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito "Professor Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia. Email: analuisaprcortes@hotmail.com

**Keywords:** Criminal Identification; *Nemo Tenetur se Detegere* principal; Collect of genetic material; Consent; Law 12.654/12; Defendant's guarantees.

## INTRODUÇÃO

Define-se identificação como o ato de reconhecer algo ou alguém, reconhecer se determinada pessoa é aquela que está à procura. Está diretamente relacionada com a identidade, conjunto de características particulares que tornam possível identificar um indivíduo, como o seu nome, data de nascimento, filiação e impressão digital.

A necessidade de se identificar esteve presente entre os humanos desde as primeiras civilizações, seja pelos trajes, pelo nome ou até mesmo por marcas e tinturas corporais, o objetivo era se diferenciar uns dos outros. Mesmo com o passar dos anos, esta ainda é uma necessidade presente em nossa sociedade.

O presente trabalho pretende analisar se a identificação criminal pela coleta do material genético, mais especificamente o disposto na Lei 12.654/12, que trouxe a possibilidade de se identificar criminalmente mediante o material genético, fere os princípios e garantias norteadores do processo penal brasileiro. O novo diploma legal foi considerado uma inovação no procedimento criminal, tendo em vista que nos regramentos anteriores, eram utilizadas para o reconhecimento do indivíduo as modalidades da datiloscopia e fotografia.

A importância da pesquisa é devido à inclusão da obrigatoriedade da coleta do material biológico como modo distinguir o indivíduo, circunstância que gerou grande repercussão nacional e criou discussões de relevância constitucional. O impasse é entre o dever do Estado de punir e apurar a autoria dos delitos nas investigações *versus* a garantia do acusado de não produzir provas contra si mesmo (princípio *nemo tenetur se detegere*), abrangendo o direito ao silêncio, direito de não colaborar com as investigações e o direito de ter sua integridade física resguardada em casos de utilização de meios de prova invasivos.

Questiona-se, portanto, se tal forma de identificação é constitucional. Devemos relativizar direitos e garantias individuais em prol do coletivo, da segurança da população? Diante de sua complexidade, a matéria chegou ao Supremo Tribunal

Federal pelo Recurso Extraordinário nº 973.837, ainda em trâmite, com repercussão geral reconhecida.

A extração do material biológico é considerada um procedimento indolor, todavia, possibilita a inobservância de direitos individuais diante da sua obrigatoriedade. Analisando a produção de provas segundo o Estado Democrático de Direito, trata-se de um direito limitado, pois, é preciso ponderar com os demais direitos norteadores do processo penal-constitucional.

Dito isso, quanto à elaboração, o trabalho foi dividido em quatro capítulos, o primeiro capítulo trata do princípio do *Nemo Tenetur se Detegere*, breve análise histórica acerca de suas origens, assim como sua incidência no ordenamento jurídico brasileiro. O segundo capítulo faz uma explanação sobre os principais princípios constitucionais do processo penal brasileiro, isto é: princípio da presunção de inocência; não autoincriminação; devido processo legal; contraditório e ampla defesa e proporcionalidade

O terceiro capítulo trata sobre a prova no direito processual penal brasileiro, explana sobre as provas invasivas, provas não invasivas, assim como as provas ilícitas.

Por fim, o quarto capítulo explica a identificação criminal, abordando criticamente os diplomas legais relacionados, quais sejam: a Lei de Identificação Criminal 12.037/09, Lei de Execução Penal 7.210/84, o Pacote Anticrime Lei 13.964/19 e suas alterações, assim como uma breve exposição sobre banco de dados e o Recurso Extraordinário nº 973.837, estabelecendo um debate sobre a constitucionalidade da nova lei.

Sobre o procedimento técnico, utilizar-se-á da análise de artigos científicos e livros pertencentes ao Direito Processual Penal, em formato físico ou virtual, assim como o exame da legislação e a leitura de jurisprudência sobre o tema. Como método, será utilizado o científico-dedutivo, que consiste em uma cadeia de raciocínio descendente, partindo de um exame geral para o particular, chegando-se à conclusão, pelo raciocínio lógico-dedutivo.

## 1 PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE

### 1.1 Conceito

Inserido no ordenamento como o direito do acusado de não produzir provas contra si mesmo, o princípio tem grande importância na limitação do poder de punir do Estado e revela-se como uma garantia e resguardo do indivíduo durante o interrogatório e a produção de provas na persecução penal.

Está consagrado no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, assim como na Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>2</sup> e no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos<sup>3</sup> que entrou em vigor em 1976. Tem o intuito de evitar que a autoridade convença o indivíduo a praticar atos forçosamente, impedindo que ele preste declarações ou participe de coleta de provas que sirvam para incriminá-lo.

Uma das manifestações mais evidentes do *nemo tenetur se detegere* é o direito ao silêncio garantido ao acusado no seu interrogatório. Diante do uso dessa garantia, não é possível que ele sofra nenhum prejuízo por permanecer calado<sup>4</sup>, identicamente ocorre quando se fala na participação ativa em demais atos que possam levar à sua incriminação, a sua cooperação não é obrigatória e em caso de recusa, também não se pode extrair nenhuma consequência negativa para ele.

Sobre o tema pontua Aury Lopes Júnior<sup>5</sup>:

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

A Constituição faz previsão no artigo 5º, LXIII: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”. Tal direito relaciona-se diretamente com a

---

<sup>2</sup> Artigo 8. [...] 2. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

<sup>3</sup> Artigo 14 [...] §3: Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: 7. a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

<sup>4</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 153

<sup>5</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. Porto Alegre: Ed. Lumen Juris. 2º. Ed. 2009, p. 192.

ampla defesa e presunção de inocência, e o fato de o indivíduo utilizar essa garantia, não deve gerara ele uma presunção de culpabilidade.

O *nemo tenetur se detegere* possui diversas manifestações, sendo o direito ao silêncio apenas uma das formas em que ele se apresenta no ordenamento jurídico brasileiro, outras manifestações incluem o direito de não confessar e o direito de não colaborar com a investigação.

## 1.2 Breve Análise Histórica

Observando o contexto histórico, desde o Código de Hamurabi existia a possibilidade de o acusado ser ouvido sob juramento, especialmente quando não houvesse outra prova testemunhal ou documental<sup>6</sup>, entretanto, para alguns doutrinadores não é possível identificar o momento exato da origem do princípio *nemo tenetur se detegere* por considerarem que ele está inserido nas regras gerais do direito<sup>7</sup>.

Nas civilizações clássicas, como na Grécia, não se aplicava tal garantia ao acusado, ao contrário disso, o interrogatório era marcado pela tortura para a obtenção da confissão e da delação de cúmplices<sup>8</sup> e do mesmo modo aconteceu na Idade Média, inexistia direito ao silêncio, muitas atrocidades eram permitidas com o objetivo de alcançar a confissão do sujeito e o interrogatório era tido como meio de prova.

Afirma Maria Elizabeth Queijo<sup>9</sup>:

Na realidade, no processo inquisitório da Idade Média havia uma prévia convicção sobre a culpabilidade do acusado e a tortura era o instrumento para alcançar a confirmação dessa culpabilidade, por meio da confissão. No interrogatório, o acusado tinha o dever de responder.

O período do Iluminismo, já na Idade Moderna, é considerado o momento que tal princípio efetivamente se tornou um direito do acusado durante o interrogatório.

---

<sup>6</sup> ROMEIRO, Jorge Alberto. Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado, 1942. In: QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29.

<sup>7</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29.

<sup>8</sup> Ibid., p.30.

<sup>9</sup> Ibid., p. 31.

Aos poucos foi se instalando na sociedade uma nova mentalidade, as pessoas buscavam a liberdade, a igualdade jurídica e se opunham ao absolutismo.

A tortura que anteriormente era comum passou a ser combatida, o acusado começou a ser visto como um ser de direitos e garantias e não mais como mero e exclusivo objeto de provas, além disso, os meios utilizados para se atingir a confissão eram considerados imorais para os iluministas<sup>10</sup>.

Todavia, mesmo nesse período, a construção teórica do *nemo tenetur se detegere* foi marcada por diversas controvérsias e autores importantes como Jeremy Bentham e Cesare Beccaria negavam a sua aplicação.

A doutrinadora Queijo<sup>11</sup>, citando Beccaria, explica que para o autor:

(...) aquele que, durante o interrogatório, insistir em não responder às perguntas feitas, merece pena fixada pelas leis, pena das mais graves entre as cominadas, para que os homens não faltem à necessidade do exemplo que devem ao público.

Para eles, o interrogatório era predominantemente meio de instrução e por tal razão, negavam o direito ao silêncio. Bentham afirmava que o princípio é um produto irracional, com o efeito inevitável de excluir a mais fidedigna prova da verdade, que é a confissão<sup>12</sup>. O acusado silente deveria ser seriamente punido por representar ofensa à Justiça.

O reconhecimento do princípio em alguns diplomas internacionais efetuou-se na Idade Contemporânea, como em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que mesmo sem tratá-lo de modo expresso, mencionou outras garantias diretamente relacionadas, como presunção de inocência.<sup>13</sup> Em 1969 o Pacto de São José da Costa Rica assumiu expressamente o *nemo tenetur se detegere* como um requisito a ser analisado quando qualquer pessoa estiver sendo acusada de um delito<sup>14</sup>.

Dispõe o Pacto:

---

<sup>10</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32.

<sup>11</sup> Ibid., p. 33.

<sup>12</sup> BENTHAM, Jeremy. *Traité despreuves*, 1823. In QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 34.

<sup>13</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49.

<sup>14</sup> Ibid., p. 50.

#### 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.

Por último, como já dito anteriormente, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 também estabeleceu de modo expreso a garantia da não autoincriminação.

### 1.3 Princípio do *Nemo Tenetur se Detegere* no ordenamento jurídico brasileiro

A história brasileira demonstra que o término do regime ditatorial e o restabelecimento do Estado Democrático de Direito inspiraram a promulgação da Constituição Federal de 1988, símbolo do fim do autoritarismo dos militares.

O inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal inseriu de forma expressa o direito ao silêncio – uma das faces do *nemo tenetur se detegere*, dispondo que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Maria Elizabeth Queijo<sup>15</sup> afirma que mesmo antes de ser reconhecida expressamente, já era possível extrair a incidência da garantia da não autoincriminação na cláusula do devido processo legal, do direito à ampla defesa, com relevo para o direito ao silêncio e do princípio da presunção de inocência, pois, tais dispositivos realizam uma interpretação extensiva da referida garantia.

A partir da disposição na Constituição de 1988, o silêncio do acusado não poderia mais gerar conseqüências negativas para a sua defesa como anteriormente.

Queijo<sup>16</sup> enfatiza:

Antes da promulgação do citado texto constitucional, admitia-se o silêncio do acusado, mas dele poderiam ser extraídas conseqüências desfavoráveis para a defesa, com repercussões sobre o convencimento do julgador. Vale dizer, não havia, efetivamente, direito ao silêncio, pois do exercício regular

<sup>15</sup> Ibid., p. 93

<sup>16</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 154

de um direito não pode advir qualquer consequência negativa para o seu titular.

Nesse sentido, o direito ao silêncio foi reconhecido entre os direitos fundamentais como elemento imprescindível que compõe a autodefesa do réu.

Ocorre que a forma com que tal direito foi disposto na Carta Magna, fez surgir diversas discussões na doutrina quanto à sua titularidade devido ao uso da palavra “preso”, questionava-se se os sujeitos em liberdade também seriam incluídos. Dessa forma, a doutrina mais aceita entende que tal dispositivo não tem o objetivo de proteger apenas as pessoas presas, mas sim, qualquer pessoa que esteja sendo acusada de cometer algum crime.

Sobre o tema, aduz o professor Renato Brasileiro de Lima<sup>17</sup>:

Pouco importa se o cidadão é suspeito, indiciado, acusado ou condenado, e se está preso ou em liberdade. Ele não pode ser obrigado a confessar o crime.

O titular do direito de não produzir prova contra si mesmo é, portanto, qualquer pessoa que possa se autoincriminar. Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de não produzir prova contra si mesmo: *nemo tenetur se detegere*.

Isto posto, não é razoável entender que tal garantia seja destinada apenas ao sujeito encarcerado, assim como não se deve deduzir que o direito de permanecer calado somente confere ao sujeito a garantia de que ele não pode ser obrigado a falar.

Lima<sup>18</sup> complementa que o que o constituinte diz quando assegura o direito de permanecer calado é que a pessoa não pode ser obrigada a incriminar-se, assim, o direito ao silêncio transmuta-se em apenas um dos vários desdobramentos de uma garantia maior, qual seja, a não autoincriminação.

A incorporação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao direito interno, em 1992, teve importante destaque na ascensão da garantia da não autoincriminação, visto que com a ratificação, o Brasil se comprometeu perante o direito internacional a

---

<sup>17</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual **de Direito Processual Penal**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 114.

<sup>18</sup> Ibid., p. 117.

resguardar o direito do acusado de não se declarar culpado ou depor contra si mesmo.

Além dos diplomas legais citados, o *nemo tenetur se detegere* encontra previsão no artigo 186 do Código de Processo Penal, que preceitua:

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.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Vale ressaltar que o referido artigo foi alterado em 2003, sua redação antiga previa que o réu não estava obrigado a responder as perguntas formuladas, no entanto, seu silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa. Da mesma forma, o artigo 198 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois, determina que “o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”, logo, não é possível interpretar o silêncio do réu como consentimento.

## **2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

### **2.1 Princípio da Presunção de Inocência**

Tem suas origens no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão no século XVIII, período que a Revolução Francesa ascendeu os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade na sociedade. Posteriormente, em 1948, foi proclamado na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Dispõe o artigo 11, §1º:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Nas palavras de Aury Lopes Junior<sup>19</sup>, trata-se de um “princípio reitor do processo penal” em que é possível verificar a “qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância”, além disso, extrai-se da presunção de inocência que o contraditório é peça essencial para a formação do convencimento do juiz, devendo o processo ser orientado pela estrutura acusatória.

No Brasil foi consagrado na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso LVII, que diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Nesse sentido, durante o processo, não cabe ao réu provar a sua inocência, mas sim ao acusador provar a sua culpa, a presunção de inocência é um dever de tratamento imposto ao juiz determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador<sup>20</sup> e para a condenação, o juiz deve ter elementos e a convicção de que ele é o responsável pelo cometimento do delito.

No que tange a seu desdobramento, Fernando Capez<sup>21</sup> faz a seguinte ponderação:

O Princípio da Presunção de Inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.

Diante disso, a figura de um juiz com poderes investigatórios e instrutórios deu lugar a um juiz garantidor, que deve zelar pelo correto tratamento do imputado durante todo o curso do processo, partindo-se da idéia de que ele é inocente e no final, caso a culpabilidade não fique suficientemente comprovada, resta impor a absolvição.

## 2.2 Princípio do Devido Processo Legal

Considerado o mais importante dos princípios constitucionais, o devido processo legal se encontra na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso LIV que dispõe “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido

---

<sup>19</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 106

<sup>20</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019, p.107

<sup>21</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 44

processo legal”. Respeitá-lo garante um processo estruturado, com todas as etapas previstas em lei e todas as garantias constitucionais.

O dispositivo tem por finalidade estabelecer que qualquer descumprimento das formalidades previstas em lei pode levar à nulidade da ação penal, absoluta ou relativa. Para toda espécie de crime tem que haver uma lei que regulamenta o procedimento para a sua apuração<sup>22</sup>.

A importância do princípio do devido processo legal é pelo fato de que dele decorrem muitos outros postulados, quais sejam, a garantia do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, igualdade processual, duração razoável do processo, publicidade, dever de motivar as decisões judiciais, entre outros.

Nos dias atuais, é analisado sob duas óticas, o devido processo legal formal e o devido processo legal substancial. O primeiro está ligado ao princípio em sentido estrito, ao seu procedimento, que impõe o contraditório e ampla defesa e o outro está ligado ao aspecto da obrigatoriedade da fundamentação das decisões, assim como seu dever de fazer prevalecer a supremacia das normas e dos princípios<sup>23</sup>, aplicando-se a todos os ramos do direito.

### 2.3 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa

Consiste o contraditório no direito de fazer com que o sujeito que está sob investigação participe do processo e seja ouvido. Não é permitido que uma sentença recaia sobre alguém sem que essa pessoa tenha tido a oportunidade de ser ouvida.

Está expresso na Constituição Federal no artigo 5º, inciso LV, que diz “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”, nesse sentido, entende-se que o princípio só existe após o efetivo início da ação penal, não vigorando na fase de inquérito, que possui caráter inquisitivo.

Insta salientar que é justamente pelo seu caráter inquisitivo que o inquérito não pode constituir fonte única para a condenação, por não abrigar o contraditório,

---

<sup>22</sup> GONÇALVEZ, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 66.

<sup>23</sup> THEODORO JR. Humberto - **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009 Pág. 25.

como dispõe o artigo 155 do Código de Processo Penal: “o juiz formará sua livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”.

Já a ampla defesa, corresponde ao direito do indivíduo de utilizar de todos os meios permitidos pelo direito para realizar a sua defesa, apresentando provas que acredita serem pertinentes e recursos. Embora exista uma tendência em igualar os princípios do contraditório e ampla defesa como se ambos fossem um só, essa interpretação é equivocada.

Assim entende Gustavo Henrique Badaró<sup>24</sup>:

Destacar e distinguir a defesa do princípio do contraditório é relevante na medida em que, embora ligados, é possível violar o contraditório, sem que se lesione o direito de defesa. Não se pode esquecer que o princípio do contraditório não diz respeito apenas à defesa ou aos direitos do réu. O princípio deve aplicar-se em relação a ambas as partes, além de ser observado pelo próprio juiz.

Por isso, as partes têm o direito de serem ouvidas e de se manifestarem em condição de igualdade, na medida em que a não observância do contraditório e ampla defesa é capaz de gerar nulidade, inclusive absoluta, quando demonstrado o prejuízo para o acusado.

## 2.4 Princípio da Proporcionalidade

Consagrado de forma implícita na Constituição Federal de 1988, a proporcionalidade decorre do devido processo legal e possui grande importância diante da limitação ao poder de punir, a fim de resguardar a integridade física e moral dos indivíduos.

Tal princípio está diretamente ligado à possibilidade de os direitos fundamentais e individuais sofrerem restrições por parte do Estado e atua como uma garantia para os indivíduos. Para isso, três elementos que o compõem devem ser analisados, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No entendimento de Robert Alexy<sup>25</sup>:

---

<sup>24</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2016

Necessidade, adequação e proporcionalidade são “parcelas” do princípio da proporcionalidade, onde *necessidade* implica dizer se um princípio tem mais ou menos peso em certa situação conforme as circunstâncias da situação tornem o valor que ele tutela ou promove mais ou menos necessário; *adequação* significa dizer que um princípio deve ser aplicado a uma situação quando é adequado para ela; e proporcionalidade em sentido estrito, onde “os ganhos devem superar as perdas”.

As decisões que limitam os direitos devem observar os critérios acima mencionados e mesmo que as restrições sejam operadas por lei, não poderão ser tamanhas para esvaziar o conteúdo do direito fundamental<sup>26</sup>.

No mesmo sentido afirma Gilmar Mendes<sup>27</sup>:

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a posituação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Nesse contexto, as decisões proferidas no processo penal devem ser congruentes com o princípio da proporcionalidade, pois, ao se tratar de garantias individuais, como a liberdade, cabe ao magistrado decidir com a máxima efetividade e caso necessário, restringindo minimamente os direitos individuais e de maneira proporcional ao caso concreto

### 3 PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

#### 3.1 Meios de Prova: Provas invasivas e não invasivas

A prova é o recurso utilizado pelas partes com o intuito de convencer o juiz acerca da existência ou inexistência de um fato e da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Para Nucci<sup>28</sup>, *“a prova é a demonstração lógica da realidade, no processo, por meio de instrumentos legalmente previstos, buscando gerar, no espírito do julgador, a certeza em relação aos fatos alegados”*.

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.161. (título original: Teoria de los Derechos Fundamentales).

<sup>26</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 76.

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 143.

<sup>28</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 15.

Nas lições de Renato Brasileiro de Lima<sup>29</sup>:

A palavra prova só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório (ainda que diferido) e da ampla defesa. O contraditório funciona, pois, como verdadeira condição de existência e validade das *provas*, de modo que, caso não sejam produzidas em contraditório, exigência impostergável em todos os momentos da atividade instrutória, não lhe caberá a designação de *prova*.

No processo penal brasileiro, com relação aos sistemas de valoração da prova, foi adotado o sistema do livre convencimento motivado do juiz, disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Segundo o livre convencimento motivado do juiz, o magistrado é livre para apreciar as provas e formar a sua decisão, entretanto, deve-se ater aos elementos apresentados nos autos e toda e qualquer decisão deve ser fundamentada. Dentre os meios de prova mais utilizados podemos citar documental, testemunhal e pericial.

Dividem-se em dois grupos as provas que dependem da colaboração do acusado, as invasivas e não invasivas. Provas invasivas são aquelas que incluem a penetração de substâncias ou instrumentos no organismo, incidem sobre a esfera íntima do sujeito, como a coleta sanguínea, e de acordo com Queijo<sup>30</sup>, devem ser realizadas apenas com o consentimento dele, não podendo suprir com autorização judicial.

Provas não invasivas são aquelas em que não há infiltração no organismo do indivíduo e não demandam de sua participação ativa, apenas passiva. Mesmo que implique em uma intervenção corporal, ela não é considerada invasiva, como por exemplo, os testes de ácido desoxirribonucléico (DNA) realizados por meio da análise dos fios de cabelo e as identificações datiloscópicas.

Sobre a ótica da Política Criminal, o método da identificação criminal pela extração do DNA é uma vantagem, pois, como meio de prova, pode-se apontar com

---

<sup>29</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Direito Processual Penal**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 793.

<sup>30</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 363

convicção a autoria do delito, evitando a condenação de pessoas inocentes. Entretanto, cumpre ressaltar que a prova biológica não poderá ser considerada por si só, como capaz de incriminar o acusado.

### 3.2 Provas Ilícitas

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVI, dispõe que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*” e no mesmo sentido o Código de Processo Penal acrescenta ainda serem inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas.

É evidente que a busca pela verdade dos fatos é o que importa para o processo penal, entretanto, o direito à prova, por não ser um direito absoluto, sofre limitações e proíbe a busca pela verdade a qualquer custo.

Maria Elizabeth Queijo<sup>31</sup> afirma:

Se não houvesse limitações ao direito à prova, todo e qualquer material probatório, mesmo que produzido à custa de violações a direitos, poderia ser introduzido no processo e valorado, o que conduziria à adoção de um modelo de processo autoritário e distante da ética.

Nesse sentido, essa limitação ao direito à prova está diretamente relacionada à questão da prova ilícita e aos direitos fundamentais do acusado. Existe um confronto de interesses, por um lado não deve se admitir de forma irrestrita que as provas obtidas de maneira ilegal sejam juntadas aos autos e, do outro lado está o interesse público e a segurança, que na grande maioria das vezes espera uma postura punitivista e ações mais rígidas por parte do Estado no caso de provas que comprometam o sujeito na persecução penal.

Importante ressaltar que os conceitos de prova ilícita e prova ilegítima são diferentes. Segundo Fernando Capez<sup>32</sup>, quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima e no caso da prova ser vedada por ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita. Todavia, com a modificação do artigo 157 do Código de Processo Penal pela Lei 11.690/08 o entendimento mudou.

---

<sup>31</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 421

<sup>32</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo : Saraiva, 2016, p.401.

Capez complementa:

Mencione-se que as provas ilícitas passaram a ser disciplinadas pela Lei n. 11.690/2008, a qual modificou a redação do art. 157 do CPP, dispondo que: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Portanto, a reforma processual penal distanciou-se da doutrina e jurisprudência pátrias que distinguiam as provas ilícitas das ilegítimas, concebendo como prova ilícita tanto aquela que viole disposições materiais como processuais.

Sendo assim, fica claro que é essencial que as provas sejam produzidas com observância às regras processuais e aos princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa para que não haja nenhuma ilegalidade ou desrespeito de garantias constitucionais.

## **4. A EXTRAÇÃO DO MATERIAL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL**

### **4.1 A identificação Criminal**

A identificação criminal é a coleta e o armazenamento de dados que possam determinar a identidade de alguém. É um procedimento essencial para a persecução penal, especialmente para que não haja dúvidas acerca da identidade do indivíduo, sendo que se reúnem as informações com o objetivo de individualizar determinada pessoa que está sujeita a um processo.

Tal forma de identificação já vinha prevista no Código de Processo Penal no artigo 6º, inciso VIII que dispõe: “*Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: (...) ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes.*”.

Após, em 1988, a Carta Constitucional dispôs, no artigo 5º, inciso LVIII, que: “*o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei*”, ou seja, sempre que for possível a identificação civil, fica vedada a criminal. Se antes a identificação criminal era sempre permitida, com a promulgação da Constituição ela passou a ser utilizada como exceção.

Em 2000, entrou em vigor a Lei 10.054/00<sup>33</sup> que regulamentou os casos em que mesmo o civilmente identificado poderia ser submetido à identificação criminal.

Seu artigo 3º dispôs:

O civilmente identificado por documento original não será submetido à identificação criminal, exceto quando:

I – estiver indiciado ou acusado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público;

II – houver fundada suspeita de falsificação ou adulteração do documento de identidade;

III – o estado de conservação ou a distância temporal da expedição de documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais;

IV – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

V – houver registro de extravio do documento de identidade;

VI – o indiciado ou acusado não comprovar, em quarenta e oito horas, sua identificação civil.

Atendendo ao comando constitucional, em 2009 o procedimento foi novamente regulamentado, dessa vez por meio da Lei 12.037/09, um diploma legal mais minucioso que se mostrou mais atento às garantias individuais e expressamente revogou a Lei 10.054/00.

Entende-se que é necessário demonstrar um fim útil para que se proceda à identificação criminal, não podendo ser utilizada como mera conveniência da instrução criminal, de modo que os motivos pelos quais se justificam devem ser indicados.

Entretanto, em 2012 a lei 12.037/09 sofreu mais alterações com a publicação da Lei 12.654/12, que acrescentou a coleta de material genético como forma de identificação criminal, e disciplinou sobre o banco de dados de perfis genéticos.

## **4.2 Lei de Identificação Criminal (12.654/12)**

A lei foi publicada na data de 28 de maio de 2012 e trouxe a criação de um banco de dados, além da possibilidade da identificação criminal pela coleta do material biológico em duas situações, a primeira, durante as investigações, quando

---

<sup>33</sup> A lei abordada foi alvo de severas críticas referente ao modo com que disciplinou a matéria, considerado omissivo e preconceituoso, por ter elencado no inciso I apenas crimes praticados em sua maioria pela população pobre, sem elencar os crimes como peculato, falsificação de medicamentos, contrabando, crimes contra as finanças públicas e demais crimes do colarinho branco.

for essencial para apuração da autoria do crime em que a decisão pode ser tomada de ofício pelo juiz ou requerida pela autoridade policial, membros do Ministério Público e da defesa.

A segunda situação é quando o réu já se encontra condenado pela prática de crimes dolosos, com violência de natureza grave contra a pessoa, ou por crimes hediondos e nesses casos, a lei prevê a obrigatoriedade da coleta.

Entende-se que a coleta de material biológico para o investigando tem a finalidade de produção de provas para o caso concreto e atual, enquanto que para o condenado, tem por objetivo a inserção em um bando de perfis genéticos para a apuração de crimes futuros.

Pode-se dizer que o referido diploma mitigou o princípio da garantia da não autoincriminação quando instituiu a obrigatoriedade da extração do DNA.

No entendimento de Wagner Marteleto Filho<sup>34</sup>:

No aspecto formal, a nova Lei também não pode ser classificada como uma norma processual penal, que confere disciplina a um meio de prova da complexidade, intensidade e alcance das intervenções corporais coercitivas, as quais afetam inúmeros direitos fundamentais (integridade física, liberdade ambulatoria, intimidade, etc), demandando regulamentação legal específica e detalhada

O autor questiona se a lei está em consonância com o princípio da legalidade. O fato de não ter disciplinado de forma específica questões relevantes, deixando diversas lacunas, faz surgir muitos questionamentos quanto à sua aplicação e conformidade com a Constituição Federal.

O novo diploma legal alterou a Lei de Identificação Criminal nº 12.037/09 e a Lei de Execução Penal nº 7.210/84.

### **4.3 Lei de Identificação Criminal (12.037/09) e suas alterações**

A lei dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, em seu primeiro artigo, consoante à Constituição Federal, determina que o civilmente identificado só passe pela identificação criminal em casos excepcionais.

---

<sup>34</sup> MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 162.

Para a identificação civil, são admitidos diversos documentos, quais sejam, a carteira de identidade, carteira de trabalho, carteira profissional, passaporte, carteira de identificação funcional ou outro documento público que permita a identificação do indiciado.

Entretanto, o artigo 3º determina os casos em que mesmo com a apresentação do documento, poderá ocorrer a identificação criminal:

Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

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

Diante da vaga expressão “essencial às investigações” no inciso IV, a doutrina fez severas críticas. Aury Lopes Junior<sup>35</sup> entende que é um tipo de inobservância à garantia de não produzir provas contra si mesmo, pois, com a recusa do acusado, a identificação criminal fica a critério do juiz, que pode determinar a coleta de digitais, por exemplo, fundamentando que o procedimento é essencial para as investigações.

A lei 12.654/12 incluiu o parágrafo único do artigo 5º-A, que dispõe “a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético”, além disso, determinou que os dados relacionados à coleta deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, que serão gerenciados por unidade oficial de perícia criminal.

Também foram incluídos os artigos 7º-A e 7º-B que versam sobre o armazenamento e a exclusão dos perfis genéticos do banco de dados, estabeleceu que os dados fossem excluídos no prazo prescricional do delito. Nada foi

---

<sup>35</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019, p.732

determinado acerca da possibilidade de exclusão pelo arquivamento do inquérito ou absolvição do acusado.

#### **4.4 Alterações feitas na Lei de Execução Penal (7.210/84)**

A lei 12.654/12 acrescentou à Lei de Execução penal o artigo 9º-A, que dispõe:

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

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

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

Nota-se que o artigo impõe a coleta compulsória em crimes que o legislador considera como graves: crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou ainda os crimes hediondos, previstos em rol taxativo na Lei 8.072/90. Não há previsão do procedimento no caso de condenados por crimes equiparados aos hediondos.

Além disso, não fica determinado de forma expressa que para realizar a coleta do material biológico deve ter ocorrido o trânsito em julgado, entretanto, a doutrina acredita que é necessário aguardá-lo, com a justificativa de que tal exigência decorre logicamente do princípio da presunção de inocência.

O debate jurídico versa sobre esse ponto, questiona-se se há ou não violação ao *nemo tenetur se deteger* ao determinar que uma apenas uma parcela de condenados seja obrigatoriamente conduzidos à produção de provas contra si, para crimes futuros.

#### **4.5 Alterações trazidas pela Lei 13.964/19 - Pacote Anticrime**

Recentemente, com o advento da Lei 13.964/19 – Pacote Anticrime – a Lei de Execução Penal sofreu importantes modificações em sua redação, dentre elas se destaca a do artigo 9º-A e o acréscimo de seus parágrafos.

Art. 9º-A. O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional.

§ 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense

§ 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa

§ 4º O condenado pelos crimes previstos no caput deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena

§ 5º A amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar

§ 6º Uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do caput deste artigo deverá ser correta e imediatamente descartada, de maneira a impedir a sua utilização para qualquer outro fim.

§ 7º A coleta da amostra biológica e a elaboração do respectivo laudo serão realizadas por perito oficial.

§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

Tais modificações geraram diversas discussões tanto na doutrina quanto nos poderes Executivo e Legislativo.

O Presidente da República vetou vários dispositivos da referida lei e dentre os que interessam a este trabalho estão: o artigo 9º-A, caput, por entender que a medida *“contraria o interesse público, por excluir alguns crimes hediondos considerados de alto potencial ofensivo, a exemplo o crime de genocídio”*; o § 5º por entender que ao utilizar a amostra para fenotipagem e busca familiar poderia *“auxiliar a desvendar crimes reputados graves”*; o § 6º com a justificativa de que o poder público não deveria ser obrigado a descartar imediatamente a amostra biológica após a identificação do perfil genético e por último, o § 7º afirmando que seria suficiente que a coleta fosse *“supervisionada pela perícia oficial, não necessariamente realizada por perito oficial”*.

Todavia, no dia 19 de abril de 2021, o Congresso Nacional rejeitou 16 dos 24 vetos do Presidente, incluindo o artigo 9º-A *caput* e seus incisos, assim, os novos dispositivos já estão em vigor.

Sem dúvida alguma, dentre as modificações, o ponto que mais chama atenção é fato de se instituir como falta grave a recusa do condenado em se submeter ao procedimento de identificação do perfil genético, o artigo 50 ainda determina “*Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: [...] VIII - recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.*”

Se antes existiam dúvidas acerca da finalidade da coleta do material genético e armazenamento no banco de dados, agora, com a redação do § 8º fica evidente a coação sobre o sujeito, o procedimento adquire status de punição, existe uma tentativa de impor a sua colaboração para uma suposta investigação de um crime futuro, projetando uma futura reincidência<sup>36</sup>.

Quanto à Lei de Identificação Criminal 12.037/09, dentre as modificações relevantes, o pacote anticrime alterou o artigo 7º-A, já mencionado anteriormente. A redação atual prevê que a exclusão dos perfis genéticos ocorrerá “*no caso de absolvição do acusado ou no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos 20 anos do cumprimento de pena.*”

Além disso, também ficou autorizada a criação do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, que será integrado pelos registros biométricos, de impressões digitais, de íris e voz colhidos em investigações criminais ou por ocasião da identificação criminal, regulamentado em ato do Poder Executivo Federal.

#### **4.5 Recurso Extraordinário nº 973.837**

Diante da polêmica, o tema chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário (RE) nº 973.837, situação em que um condenado por praticar um crime hediondo alegou a impossibilidade da coleta devido à lei 12.654/12 ser inconstitucional.

A defesa argumentou a violação da garantia da não autoincriminação, afirmando que não é razoável coagir alguém que já está condenado definitivamente,

---

<sup>36</sup> SILVA, Mariana Lins de Carli. **Capital genético da miséria: a proposta de expansão do Banco Nacional de Perfil Genético**. Disponível em: <<http://ibccrim.org.br/noticias/exibir/215>>. Acesso em 13 de maio de 2021.

cumprindo pena, à extração do material biológico, tendo em vista não restar dúvidas quanto à sua identidade.

Em 2016 o STF reconheceu, por unanimidade, a existência de repercussão geral na controvérsia. Manifestou o relator, Ministro Gilmar Mendes:

Trata-se de questão constitucional que tem relevância jurídica e social.

No caso concreto, o recorrente, condenado por crimes praticados com violência contra a pessoa e por crimes hediondos, insurge-se contra a inclusão e manutenção de seu perfil genético em banco de dados, sob a alegação de violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se autoincriminar.

Ante o exposto, voto por reconhecer a repercussão geral da alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos.

Raquel Dodge, enquanto ocupava o cargo de Procuradora-Geral da República se manifestou sobre o tema e entendeu que *“a identificação da pessoa é direito estatal voltado à preservação da segurança pública”*, segundo ela, *“a coleta de perfil genético mostra-se como reflexo da progressão científica, cuja eficiência e indiscutível relevância têm ensejado a adoção nos mais diversos países”*, posicionando-se, portanto, de forma favorável a extração forçada.

A Procuradoria Geral da República, em 2017, reiterou o parecer pelo desprovimento do recurso, afirmando que a referida lei não é inconstitucional e a limitação que ela traz do direito à privacidade face à segurança é proporcional.

Todavia, até a finalização deste trabalho, o RE nº 973.837 permaneceu sem julgamento.

#### **4.6 Banco de Dados**

Para a investigação criminal, a criação de um banco de dados se baseia no fato de que a instituição de um instrumento desse porte seria de grande ajuda para a identificação dos autores dos delitos, elucidação dos fatos e resolução de ações penais, contribuindo para a segurança pública.

A legislação determina que os dados coletados sejam armazenados em unidade oficial de perícia criminal, possuindo caráter sigiloso e aquele que promover

a sua utilização para fins diversos dos previstos na lei ou em decisão judicial poderá responder civil, penal e administrativamente<sup>37</sup>. Além disso, “as informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas”<sup>38</sup>.

O artigo 9º-A § 1º regulamenta que o banco de dados armazenará os perfis genéticos conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. Em 2013 foi expedido o decreto nº 7.950/13, instituindo o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

O Banco Nacional tem a finalidade de “armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes”<sup>39</sup>, enquanto que a Rede Integrada permite o “compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de perfis da União, dos Estados e do Distrito Federal”<sup>40</sup>.

Conclui-se que o objetivo da criação dos bancos de dados de perfis genéticos é conferir mais segurança pública. É indiscutível o potencial que eles têm de auxiliar as investigações criminais, porém, não se deve ignorar o fato de que juntamente com a sua implantação, surge a problemática situação de se obter o material biológico sem o consentimento do indivíduo e poder armazená-lo para o futuro.

#### 4.7 Críticas á Lei 12.654/12

Após o advento da Lei 12.654/12 o tema foi alvo de críticas e dividiu opiniões entre juristas.

Na fase de investigação, o autor Renato Brasileiro acredita que quando a identificação for solicitada pela defesa do indivíduo, é evidente que não há qualquer violação ao *nemo tenetur se detegere*, pois, “o objetivo é, eventualmente, excluir sua responsabilidade”<sup>41</sup>. Nesse sentido, ele conclui que o problema reside na hipótese em que o indivíduo “se negue a fornecer seu material biológico para a obtenção de seu perfil genético”, visto que não foi disciplinada pela Lei 12.654/12.

<sup>37</sup> Previsto no artigo 2º § 2º da Lei 12.654/12.

<sup>38</sup> Previsto no artigo 5º-A § 1º da Lei 12.654/12.

<sup>39</sup> Definição prevista no artigo 1º §1º do decreto nº 7.950/13.

<sup>40</sup> Definição prevista no artigo 1º § 2º do decreto nº 7.950/13.

<sup>41</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 131.

Destaca-se que na hipótese de estarmos diante de amostras de cabelo, sangue, urina, sêmen ou demais tecidos orgânicos deixados de forma involuntária pelo investigado na cena do crime ou em outros locais, não há qualquer impedimento quanto à coleta, assim como não é possível alegar eventual violação ao *nemo tenetur se detegere*<sup>42</sup>. Já na extração compulsória, ainda que seja feita de forma indolor e pouco invasiva, o corpo do sujeito continua sendo o alvo, o que vai à contramão dos princípios da dignidade da pessoa humana e integridade física.

Outro ponto digno de críticas é a falta de previsão expressa na Lei 12.654/12 sobre a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da sentença do indivíduo para que seja exigida a coleta do seu material biológico, ensejando dúvidas acerca da violação ou não do princípio da presunção de inocência.

Além disso, uma vez que o material biológico é coletado, ele passa a integrar o banco de dados, que pode, mediante simples requerimento judicial, ser acessado por autoridade policial, federal ou estadual, diante disso, a falta de um procedimento mais rígido para acesso ao banco de dados compromete a sua legalidade.

Quanto às alterações na Lei de Execução Penal, critica-se o fato de que a extração compulsória gera uma presunção de periculosidade e de uma possível reiteração de delitos.

Nesse sentido assevera Aury Lopes Junior<sup>43</sup>:

Neste caso o material genético irá para o banco de dados visando ser usado como prova em relação a fatos futuros. Aqui a intervenção corporal é obrigatória e não exige autorização judicial para obtenção (apenas para o posterior acesso ao banco de dados). A única restrição legal diz respeito a natureza do crime objeto da condenação. Infelizmente, parece que o legislador partiu de uma absurda presunção de “periculosidade” de todos os autores de determinados tipos penais abstratos. Trata-se de inequívoca discriminação e estigmatização desses condenados. Optou o legislador por (re)estigmatizar os crimes hediondos e o chamado agora “crime doloso cometido com violência de natureza grave contra pessoa.

A finalidade seria para a apuração de crimes que ainda não foram cometidos e cuja autoria seja desconhecida.

Por fim, a alteração trazida pelo Pacote Anticrime reconhecendo como falta grave a recusa do sujeito em fornecer o seu material genético também recebeu

<sup>42</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 131.

<sup>43</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.459.

inúmeros julgamentos e questionamentos. Um deles é sobre a incidência ou não do princípio da irretroatividade da lei penal.

Instituir a recusa do réu como falta grave faz com que a penalidade possa ser imposta apenas àqueles que cometessem o delito após a nova lei penal, ou seja, formam-se dois grupos de presos, aqueles que estão obrigados à identificação do perfil genético e aqueles desobrigados. E em face da recusa, um será penalizado e o outro não.

A prática de falta grave pelo condenado traz variadas conseqüências, como a possibilidade de sua inclusão no regime disciplinar diferenciado (RDD), que tem característica de sanção disciplinar, a perda de até um terço dos dias remidos<sup>44</sup>, perda do direito do livramento condicional<sup>45</sup>, regressão de regime<sup>46</sup>, dentre outras. Sendo assim, elevar a recusa ao patamar de falta grave implica em severos prejuízos para o apenado.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz das informações expostas, a identificação criminal é um excelente meio para auxiliar nas investigações acerca da autoria do delito e elucidação dos fatos.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* não é absoluto e não pode impedir todas as ações da persecução penal, por isso, a coleta do material biológico apenas como medida identificadora não fere a garantia da não autoincriminação. O debate surge na fase de execução da pena quando o legislador estabelece a sua obrigatoriedade diante do não consentimento, além de determinar conseqüências da recusa.

Embora exista uma justificativa para a coleta compulsória instituída pela Lei 12.654/12, qual seja, uma preocupação com o interesse público, a segurança e a necessidade de se desvendar um maior número de crimes em que a autoria seja

---

<sup>44</sup> Artigo 127 da Lei 7.210/84: Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

<sup>45</sup> Art. 83 do Código Penal: O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: III - comprovado: [...] b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses

<sup>46</sup> Art. 118 da Lei 7.210/84: A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

desconhecida, a obrigatoriedade de tal medida não está de acordo com os princípios constitucionais, principalmente do *nemo tenetur se detegere*, que garante ao acusado o direito de não produzir provas contra si mesmo.

Se o réu se encontra condenado, não restam dúvidas acerca de sua identificação, por isso, entende-se que a real intenção da norma é ter armazenado o perfil genético em bancos de dados, controlados pelo Estado, para a produção de provas futuras contra os donos dos perfis, supondo que os indivíduos voltarão a delinquir. Nesse sentido, a sanção no caso de recusa apenas demonstra o caráter ultrapunitivista do ordenamento jurídico brasileiro e sua frequente busca por ordem e controle dos indivíduos.

Dito isso, a instauração de falta grave como forma de punição a quem está protegido por normas constitucionais e internacionais de direitos humanos e não é obrigado a se incriminar, configura uma violação ao Estado Democrático de Direito. Não se pode punir o apenado por exercer seu direito constitucional. Da mesma forma que a sua recusa não pode gerar nenhuma consequência negativa, pois, atualmente o indivíduo é visto como um sujeito de direitos, não é mais dotado de presunção de culpabilidade, o contrário disso, possui presunção de inocência.

A dignidade da pessoa humana e os seus desdobramentos, que são a integridade física, liberdade e intimidade atuam no processo penal brasileiro como um obstáculo que visa evitar o retrocesso e impedir que o indivíduo volte a ser visto igual no passado, como um mero objeto de provas, que se sujeitava a diversas intervenções corporais independente do seu consentimento.

Conclui-se que o princípio da proporcionalidade serve como um intermediador quando existe a colisão de mais de um direito fundamental. Como demonstrado anteriormente, é preciso que haja adequação, necessidade e proporcionalidade para que um direito seja mitigado e no caso da identificação criminal pela coleta compulsória do material biológico não há a presença desses requisitos.

O conflito existe entre os direitos fundamentais individuais, como é o caso da garantia da não autoincriminação e o interesse da coletividade, representado pelo direito à segurança pública. Ocorre que os procedimentos da investigação criminal não podem romper com os direitos e garantias individuais, visto que falta proporcionalidade ao invadir a esfera individual quando não se tem nenhuma

evidência de que o armazenamento de perfis genéticos vai diminuir a criminalidade e fazer com que a sociedade se sinta mais segura.

Portanto, o problema que incide sobre a lei 12.654/12 é pelo fato de que o material coletado, contra a vontade do indivíduo, pode eventualmente ser utilizado como prova contra ele. A questão central é a falta de consentimento, pois, tanto no caso da coleta na investigação quanto no cumprimento de pena, se há o consentimento do sujeito ou se o material biológico é coletado fora do corpo dele, não há o que se falar em violação do *nemo tenetur se detegere*.

Sendo assim, resta aguardar a decisão do Supremo Tribunal de Federal no RE 973.837 com repercussão geral sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da extração compulsória do DNA para o armazenamento no banco de dados de perfil genético.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em Diário Oficial da União: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 12 de março de 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.072, de 25 de Julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências**. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm). Acesso em 17 de abril de 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.037/09 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 Diário Oficial da União: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm). Acesso em 17 de abril de 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.654/12 de 28 de maio de 2012. **Altera as leis 12.037/09 e 7.210/84 para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências**. Disponível em Diário Oficial da União: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm). Acesso em 17 de abril de 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.964/19 de 24 de Dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Brasília, DF. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm). Acesso em 10 de maio de 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**, Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)  
Acesso em: 17 de abril de 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 17 de abril de 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 973.837/MG** – Minas Gerais. Relator: Gilmar Mendes. Recorrente: Wilson Carmindo da Silva. Recorrido: Ministério Público de Minas Gerais. Ainda não julgado., disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4991018>. Acesso em: 04 de maio de 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>  
Acesso em: 21 de março de 2021.

GONÇALVEZ, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquemático**. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Editora. Impetus, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada: volume único**. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Mariana Lins de Carli. **Capital genético da miséria: a proposta de expansão do Banco Nacional de Perfil Genético**. Disponível em: <http://ibccrim.org.br/noticias/exibir/215>>. Acesso em 13 de maio de 2021.

THEODORO JR. Humberto - **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009.