

# BANCO NACIONAL DE PERFIS GENÉTICOS: EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA

**BRUNO RODRIGUES TRINDADE**

POLÍCIA FEDERAL - BRASIL

**JOÃO COSTA NETO**

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - BRASIL



## RESUMO

O direito à efetividade da jurisdição e do processo é reconhecido como fundamental. Contudo, estatísticas de taxa de resolução de crimes revelam uma precária situação no Brasil, a qual se agrava por episódios de condenações de inocentes e de torturas, decorrentes de uma persecução penal medieval, que teima em não agregar ferramentas técnico-científicas modernamente disponíveis. Nesse contexto, com o intuito de aumentar a efetividade da persecução penal, foi promulgada a Lei 12.654/2012, regulamentada pelo Decreto 7.950/2013, instituindo o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG). Como em um Estado Democrático de Direito não é aceitável buscar-se justiça a qualquer custo, o objetivo geral deste trabalho é analisar a constitucionalidade do BNPG e, portanto, da Lei 12.654/2012. Na análise são utilizadas a ponderação, a proporcionalidade e a concepção minimalista da dignidade humana que engloba valor intrínseco, autonomia e valor comunitário. O artigo aborda a identificação genética, bem como a Lei 12.654/2012 especificamente, seus efeitos e garantias, concluindo ser constitucional a norma examinada.

**PALAVRAS-CHAVE:** DNA. Banco de Dados de Perfis Genéticos. Dignidade humana. *Nemo tenetur se detegere*. Constitucionalidade.

## **INTRODUÇÃO**

O direito à efetividade da jurisdição e do processo é reconhecido como fundamental pela Constituição de 1988. Contudo, no Brasil, além de a taxa de resolução dos crimes ser extremamente baixa, um grave problema adicional refere-se ao fato de que uma condenação não implica necessariamente que o autor do crime tenha sido identificado. Existem indicações de que condenações equivocadas não são eventos raros ou isolados.

Uma das medidas para reverter esse quadro de insegurança é agregar ferramentas avançadas e efetivas para a correta identificação dos criminosos e para resolução dos crimes, o que por consequência deve reduzir a criminalidade, a impunidade, a quantidade de injustiçados pela persecução penal e o número de indivíduos que realizam crimes em série sem intervenção estatal.

A tipagem genética e o banco de perfis genéticos são tecnologias amplamente utilizadas em termos mundiais, notadamente na América do Norte e na Europa. Contudo, a despeito dos expressivos resultados práticos, principalmente como instrumentos para evitar ou para demonstrar condenações equivocadas, bem como para possibilitar a interrupção de crimes em série e identificar pessoas desaparecidas, esses instrumentos motivam intensos debates, que contrapõem eficientismo e garantismo penal, em função da potencial afetação de direitos e garantias do cidadão.

Como em um Estado Democrático de Direito não é admissível buscar justiça a qualquer custo, o objetivo deste artigo será discutir a constitucionalidade do Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) nos termos estabelecidos pela Lei 12.654/2012, utilizando-se notadamente a ponderação, a proporcionalidade e a concepção minimalista da dignidade humana.

Destaque-se que a Lei 12.654, de 28/05/2012, ao modificar dispositivos das Leis 12.037, de 01/10/2009 (Lei de Identificação Criminal), e 7.210, de 11/07/1984 (Lei de Execução Penal), prevê a possibilidade de coleta de perfil genético como forma de identificação criminal e, também, determina que os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei 8.072, de 25/07/990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico –, por técnica adequada e indolor. Os dados relacionados à

coleta deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

Por sua vez, o Decreto 7.950/2013 instituiu, no âmbito do Ministério da Justiça, o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG). O BNPG tem como objetivo armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes e à identificação de pessoas desaparecidas. A RIBPG permite o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de dados de perfis genéticos (BDPG) da União, dos Estados e do Distrito Federal.

## 1. IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA

### 1.1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

Atualmente, os principais bancos de perfis genéticos para fins criminais no mundo são o CODIS (*Combined DNA Index System*, Estados Unidos da América), o NDNAD (*National DNA Databank*, Inglaterra), o EMBL – Bank (*European Molecular Biology Laboratory – Bank*) e o Interpol DNA Database<sup>1</sup>.

Em termos históricos, convém mencionar que a técnica de obtenção de perfil genético, denominada “DNA<sup>2</sup> fingerprinting” ou DNA *typing* (*profiling*), como é atualmente conhecida, foi descrita primeiramente por um geneticista inglês chamado Alec Jeffreys, em 1985<sup>3</sup>.

Para ilustrar o enorme potencial da técnica é interessante apresentar, mesmo que sucintamente, o primeiro caso no qual o exame foi utilizado para fins forenses, em Leicestershire, na Inglaterra, em meados de 1980<sup>4</sup>.

- 1 SAUTHIER, R. A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12. Curitiba: Editora CRV, 2015, p. 62 e 63. Apenas para citar alguns exemplos de países que possuem bancos de perfis genéticos: Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, Colômbia, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Holanda, Hungria, Itália, Islândia, Letônia, Noruega, Nova Zelândia, Panamá, Polônia, Portugal, República Tcheca, Singapura, Suécia e Suíça.
- 2 *Deoxyribonucleic acid* (Ácido Desoxirribonucleico): material genético dos organismos. É composto por duas fitas complementares de nucleotídeos na forma de uma dupla hélice. (RUDIN; INMAN, 2002, Appendix A, p. 3)..
- 3 BUTLER, J. M. *Fundamentals of Forensic DNA Typing*. San Diego: Elsevier, 2009, p. 4.
- 4 FRANCEZ, P. A. C.; SILVA, E. F. A. *Biologia Forense*. In: VELHO, J. A.; GEISER, G. C., ESPÍNDULA, A. (Org.). *Ciências Forenses: uma introdução às principais áreas da Criminalística*

Duas jovens garotas, Lynda Mann e Dawn Ashworth, foram abusadas sexualmente e brutalmente assassinadas em 1983 e em 1986, respectivamente, na Inglaterra. Richard Buckland assumiu a autoria de um dos crimes<sup>5</sup>. A polícia suspeitava que ele tivesse cometido ambos. Contudo, realizado o confronto do DNA do suspeito com o DNA obtido do sêmen encontrado nas duas cenas de crime, não foi constatada coincidência<sup>6</sup>. Portanto, a primeira utilização do DNA para fins forenses foi a demonstração da inocência de um indivíduo que poderia ter sido condenado indevidamente<sup>7,8</sup>. Desde então, milhares de casos foram fechados com a condenação dos culpados e a liberação de inocentes em função de uma testemunha silenciosa na cena de crime, o DNA<sup>9</sup>.

No Brasil, os primeiros laboratórios de Genética Forense surgiram na década de 1990<sup>10</sup> e há cerca de três anos foi criada a RIBPG, interligando laboratórios e inserindo o país em um grupo de mais de sessenta nações que utilizam o banco de dados de DNA como ferramenta de investigação<sup>11</sup>.

A Lei 12.654/2012 e, por consequência, a criação do BNPG e da RIBPG, foi resposta legislativa à ineficiência da investigação criminal<sup>12</sup>. À guisa de ilustração, pode ser citado o chamado caso do “Maníaco de Contagem”. Em 2009, M. A. T. estuprou e matou cinco mulheres de forma cruel. Caso o BNPG fosse uma realidade à época dos crimes, as vidas de pelo menos quatro mulheres provavelmente teriam sido salvas, pois o maníaco tinha condenação prévia por roubar e matar um taxista. Dessa forma, logo após a morte da primeira mulher, o DNA do assassino teria sido coletado na cena do crime, o perfil genético comparado com os dados do BNPG,

---

Moderna. Campinas: Millenium Editora, 2012. p. 205.

5 PERLIN, M. W. DNA Identification Science: An Introduction for Lawyers. Cybergenetics. 2012.

6 JEFFREYS, A. Genetic Fingerprinting. Nature Medicine. v. 11, n. 6, p. 1036-1039, 2005.

7 JEFFREYS, A. Op. cit., p. 1036-1039, 2005.

8 Esse aspecto do exame de DNA é crucial e levou o Innocence Project nos Estados Unidos da América a empreender exames sistemáticos de DNA em condenados. Estatísticas informam que 344 indivíduos que haviam passado anos ou mesmo décadas na cadeia, alguns inclusive no corredor da morte, eram inocentes (INNOCENCE PROJECT. Disponível em: <<http://www.innocenceproject.org/all-cases/>> Acesso em: 28/12/2016).

9 BUTLER, J. M. op. cit., 2009, p. 2.

10 FRANCEZ, P. A. C.; SILVA, E. F. A. op. cit., 2012, p. 205.

11 IV Relatório da RIBPG. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/relatorio>> Acesso em: 05/12/2016.

12 PRADO, L. R. (Coordenação) Direito de Execução Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 53.

ocasionando sua identificação imediata<sup>13,14</sup>. Investigação ineficiente, portanto, resulta em maior número de vítimas.

Nesse contexto, segundo o mapa mundial da violência, o Brasil - com uma taxa estimada de 32,4 homicídios a cada 100.000 habitantes -, seria responsável por mais de 13% dos homicídios do mundo<sup>15</sup>. Cabe mencionar, com fulcro em dados da Associação Brasileira de Criminalística, que o índice de resolução de homicídios varia entre 5% e 8%<sup>16,17</sup>. Outras espécies de crimes também alcançam patamares exorbitantes, notadamente os crimes contra a dignidade sexual. Segundo o 10º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, em 2015, foram registrados 45.460 casos de estupro no país<sup>18</sup>.

## 1.2 ANÁLISE COMPARADA

A técnica de identificação por Biologia Molecular, também conhecida como confronto genético ou exame de DNA, é realizada mediante o confronto de amostras questionadas coletadas, por exemplo, em locais de crimes, com amostras de referência que possuem origem conhecida<sup>19</sup>. O método de colheita de amostras de referência atualmente utilizado é precipuamente a coleta de células da mucosa oral (suabe bucal), técnica reconhecida como adequada e indolor<sup>20</sup>. Deve-se mencionar que as coletas de

13 Brasil terá banco de dados com amostras de DNA de criminoso. Senado Federal, 30/05/2012. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/brasil-tera-banco-de-dados-com-amostras-de-dna-de-criminoso>> Acesso em: 05/12/2016.

14 Parentes de vítimas de maniaco denunciam falhas nas investigações. Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 23/02/2010. Disponível em: <<http://al-mg.jusbrasil.com.br/noticias/2093437/parentes-de-vitimas-de-maniaco-denunciam-falhas-nas-investigacoes>> Acesso em: 05/12/2016.

15 WHO World Health Organization. Global status report on Violence Prevention, p. 231. Disponível em: <[http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/status\\_report/2014/en/](http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/status_report/2014/en/)> Acesso em: 10/01/2017.

16 ENASP Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública. A impunidade como alvo. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio\\_enasp\\_FINAL.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf)> p. 22. Acesso em: 08/12/2016.

17 AGUIAR, S.M. *et al.* Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos e a implantação do CODIS no Brasil. In: III CONGRESSO BRASILEIRO DE GENÉTICA FORENSE, 3. ed. Porto Alegre. Disponível em: <[http://web2.sbg.org.br/congress/CongressosAnteriores/Pdf\\_resumos/IIICBGF/CBGF033.pdf](http://web2.sbg.org.br/congress/CongressosAnteriores/Pdf_resumos/IIICBGF/CBGF033.pdf)> 2011. Acesso em: 08/12/2016.

18 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Edição X. São Paulo, 2016. Disponível em: <[http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/anuario\\_site\\_18-11-2016-retificado.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf)>. Acesso em: 05/12/2016.

19 FRANCEZ, P. A. C; SILVA, E. F. A. Op. cit., 2012, p. 204.

20 Resolução nº 3 - Procedimentos para a Coleta de Material Biológico de que trata a Lei nº

saliva e de células da boca são consideradas, no Reino Unido, desde 1994, como não invasivas<sup>21</sup>.

No caso de amostras não invasivas, o *Police and Criminal Evidence Act*, do ano de 1984 (revisado), apresenta hipóteses, a depender da gravidade do crime investigado e da utilidade da prova, nas quais amostras podem ser colhidas sem o consentimento do acusado<sup>22</sup>.

Em Portugal, o artigo 172.º, 1, do Código de Processo Penal, estabelece quanto à sujeição a exame que “se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”.

Sobre as intervenções corporais como modo de obtenção de prova, como por exemplo a colheita de amostras com a utilização de suabe oral, para identificação de perfil genético, o Tribunal da Relação do Porto (TRP), por meio de Acórdão de 10/07/2013<sup>23</sup>, decidiu que podem ser obtidas por via compulsiva.

Na Espanha, a doutrina e o Tribunal Constitucional, em relação ao *nemo tenetur se detegere*, entendem que as intervenções corporais não correspondem a atos de admissão de culpa. São meios probatórios, podem ser favoráveis ou contrários ao acusado<sup>24</sup>.

Na Alemanha, em certos casos, com base na ponderação dos bens jurídicos e na proporcionalidade, prevalece o interesse de investigar a verdade sobre o interesse do acusado em conservar informação sobre seu corpo em segredo e impedir seu uso como prova<sup>25</sup>. A seção 81, a, do capítulo VII (Peritos e Inspeções), da StPO, o “CPP” alemão, prevê a possibilidade de realização de exames, mesmo invasivos, como colheita de amostras de

---

12.654/2012. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/resolucoes>> Acesso em: 05/12/2016.

21 CAROLLO, J. C. GARANTISMO PENAL: O Direito de não Produzir Prova Contra Si Mesmo e o Princípio da Proporcionalidade. 1. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2013, p. 151.

22 THE NATIONAL ARCHIVES (Ministry of Justice/UK) Police and Criminal Evidence Act (revised). Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/63>> Acesso em: 13/01/2017.

23 PGDL Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=101&artigo\\_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nverso=&so\\_miolo=>](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nverso=&so_miolo=>)> Acesso em: 17/12/2016.

24 CAROLLO, J. C. op. cit., 2013, p. 149.

25 Ibid., p. 143.

sangue, sem o consentimento do acusado, desde que não impliquem riscos para a saúde do indivíduo.

Impende destacar, no que concerne aos direitos fundamentais, nossa parcial aproximação aos modelos lusitano e espanhol, ambos, por sua vez, marcados pelos influxos da doutrina e jurisprudência constitucionais germânicas<sup>26</sup>.

Convém mencionar que, nos EUA, foi ressaltada a mínima intrusão representada pela colheita de amostras de DNA realizada pelas forças de segurança com a utilização de um suabe oral. Ademais, a colheita ocorre somente depois que as forças de segurança determinam que existem fundamentos para se acreditar que o indivíduo cometeu um crime. Como argumentos favoráveis à colheita também foram enumerados: o fato de que apenas pequena porção de DNA é examinada, somente o suficiente para a identificação; a previsão, nas legislações estaduais e federais, de duras penas a quem faça uso indevido das informações de DNA; a semelhança entre a colheita de material genético com o procedimento de colheita das impressões digitais, feita por décadas sem objeções constitucionais sérias; e a eficiência do exame de DNA para identificar detidos, resolver crimes e exonerar inocentes suspeitos<sup>27</sup>.

Sopesados os argumentos favoráveis à colheita *vis-à-vis* ao interesse por privacidade dos detidos, firmou-se entendimento de que o procedimento não viola a “*Fourth Amendment*”<sup>28</sup>. Quando um oficial faz uma prisão fundamentada em função de uma ofensa grave e traz o suspeito em custódia, colhe e analisa o suabe com o DNA do preso, esse é um procedimento de identificação razoável sob a égide da “*Fourth Amendment*”, assim como a colheita de digitais e a fotografia<sup>29</sup>.

Impende destacar que perscrutar experiências alienígenas não implica negar a existência de idiosincrasias interna e externamente. Significa, neste estudo, promover dialética visando ao aprendizado a partir de outras sociedades democráticas e reconhecer que a ordem política atual “conjuga unidade e pluralidade de tal como que, sem perder sua identidade, abre-se para esse mundo novo em transformação”<sup>30</sup>.

26 SARLET, I. W. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 23.

27 Haskell v. Harris, 669 United States Court of Appeals F.3d 1049 (9th Cir. 2012).

28 Ibid., 2012.

29 Maryland v. King, 569 U.S. \_\_\_\_ (2013).

30 MALISKA, M. A. Fundamentos da constituição: abertura, cooperação, integração. Curitiba: Juruá, 2013. p. 130.

## **2. CONSTITUCIONALIDADE**

A análise da constitucionalidade dos Bancos de Dados de Perfis Genéticos foi segmentada em duas partes. Na primeira, examina-se a coleta de material genético obtido dos diversos materiais, sangue, saliva, esperma, células epiteliais, etc., nas cenas de crimes. Nessa abordagem primeira, item 2.1, serão também tratados os casos de fornecimento sem resistência, seja no contexto da identificação criminal (art. 1º e 2º, Lei 12.654/2012), seja no contexto da coleta de material genético de condenados (art. 3º, Lei 12.654/2012).

Em um segundo momento, item 2.2, buscar-se-á abordar a constitucionalidade de uma medida que aduz certa polêmica, a inserção de perfis genéticos em BDPG a partir da coleta obrigatória, coercitiva, do material genético de condenados em ambos os contextos elencados acima, nas ocasiões em que eventualmente ocorra recusa por parte do indivíduo que tenha o dever legal de fornecer.

### **2.1 CONSTITUCIONALIDADE CHAPADA**

Quando os perfis genéticos a serem inseridos em BDPG forem obtidos de vestígios como, por exemplo, sangue, saliva, esperma, tecidos orgânicos e outras amostras contendo material biológico encontrados em local de crime, não há colisão de princípios constitucionais. A coleta e o processamento dos vestígios representam o cumprimento da legislação que determina ser indispensável o exame de corpo de delito direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado<sup>31</sup>; da Lei 12.654/2012 – e das suas normas regulamentares –; dos direitos fundamentais constitucionalmente defendidos, como direito à vida, à propriedade e à segurança<sup>32</sup>.

Quando a fonte do material biológico for desconhecida, não há necessidade de prévia autorização judicial<sup>33</sup>. Nesse caso, poder-se-ia dizer que existe uma constitucionalidade “chapada”<sup>34</sup>, ou seja, óbvia ou evidente, com relação à obtenção dos perfis genéticos e às inserções nos BDPG.

---

31 Art. 158, CPP.

32 Art. 5º, CRFB.

33 LIMA, R. B. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3ª ed. Jus Podivm, 2015, p. 128.

34 Aqui foi feita uma adaptação da expressão “inconstitucionalidade chapada”, originalmente utilizada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, do STF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.802-3-DF.

Tais considerações são extensíveis também às situações em que não exista resistência do fornecedor, seja no caso de identificação civil (art. 1º e 2º, Lei 12.654/2012), seja no contexto da coleta de material genético de condenados (art. 3º, Lei 12.654/2012), pois não há um conflito de interesses. Nem mesmo há que se falar em *conflito aparente*<sup>35</sup> entre direitos fundamentais, pois existe um interesse estatal que é anuído pelo particular, segundo sua autodeterminação. Em momento algum essa anuência fere o que se chama de núcleo essencial da dignidade da pessoa<sup>36</sup>, não há qualquer intervenção nos direitos de defesa do imputado<sup>37</sup>.

Ademais, nesse caso, além de não haver oposição, a Lei 12.654/2012 prevê limites razoáveis e proporcionais para evitar-se usos abusivos dos instrumentos nela prescritos:

- 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.
- b) As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.
- c) 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.
- d) A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento expedido pelo Poder Executivo.
- e) A colheita de material genético deve ser realizada por técnica adequada e indolor.
- f) O acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético, por parte de autoridade policial, federal ou estadual, no caso de inquérito instaurado, dependerá de requisição ao juiz competente.

35 WOLFGANG, R. *apud* MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 420.

36 MENDES, G. F. *et al.* op. cit., 2010, p. 473.

37 SAUTHIER, R. op. cit., 2010, p. 188.

## 2.2 HARD CASE

Tratadas das situações de coleta de vestígios em cenas de crimes e das ocasiões de identificação criminal e de condenados, prescritas em lei, nas quais existam anuência do fornecedor, passa-se agora para o exame da constitucionalidade da inserção de perfis genéticos mediante a colheita coercitiva do material, dada a obrigatoriedade imposta pela Lei 12.654/2012.

Nesses casos, existe um embate entre direitos fundamentais, representados pela segurança pública, pela vida, pela dignidade sexual, pela proteção contra a tortura e contra condenações indevidas, entre outros direitos fundamentais que são protegidos e fortalecidos pelos ditames da Lei 12.654/2012 (e regulamentos), *versus* direitos individuais do cidadão que, segundo defendido por corrente doutrinária e jurisprudencial, não é obrigado a produzir prova contra si mesmo (princípio do *nemo tenetur se detegere*). Outro argumento contrário à obrigatoriedade de fornecimento de material genético seria o suposto caráter invasivo da técnica e que, portanto, contrariaria os princípios da intimidade, da dignidade e da intangibilidade corporal, além da presunção de inocência<sup>38,39</sup>.

Observa-se que de ambos os lados desse conflito está centralizado o argumento de proteção da dignidade da pessoa humana. Como todos os direitos fundamentais baseiam-se na dignidade, a colisão entre eles representa, em última análise, um conflito entre dignidades e será preciso resolver qual dignidade irá prevalecer<sup>40</sup>. Como os dois lados têm normas constitucionais a seu favor, não é possível resolver esse problema mediante subsunção dos fatos à norma aplicável, porque mais de uma postula incidência sobre a hipótese<sup>41</sup>.

Tendo em vista a natureza do embate, pode-se dizer que a problemática envolve o que se chama de caso difícil (*hard case*). Visto sob a perspectiva de que os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza de princípios e são

38 CAROLLO, J. C. op. cit., 2013, p. 136/137.

39 MACHADO, H.; SANTOS, F.; SILVA, S. Prisoners' expectations of the national forensic DNA database: Surveillance and reconfiguration of individual rights. *Forensic Science International*, p. 139-143, 2011.

40 ROTHENBURG, W. C. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 122.

41 BARROSO, L. R. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 38.

mandamentos de otimização<sup>42</sup>, a proporcionalidade é o melhor método para solucionar racionalmente colisões entre os objetivos de princípios contrapostos<sup>43</sup>. A utilização da máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais – necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito –, relaciona-se ao caráter principiológico dos direitos fundamentais<sup>44,45</sup>.

Para a classificação da intensidade da interferência e da importância do objetivo, deve-se recorrer a uma escala triádica com os níveis *leve, moderado e sério*<sup>46</sup>.

Quanto à adequação, verifica-se que por meio da integral implementação da Lei 12.654/2012, inclusive mediante a coleta coercitiva de amostras de material genético, a realização dos objetivos perseguidos é fomentada. Como apresentado anteriormente, BDPG podem ser considerados como o mais significativo impacto nos sistemas de justiça criminal nos últimos anos. Crimes em série têm sido conectados e resolvidos. Casos inicialmente sem suspeitos têm sido solucionados. A inocência de indivíduos encarcerados tem sido apontada quando, após condenações, os vestígios são vinculados a outro agressor<sup>47</sup>.

Para atendimento do requisito da adequação, o objetivo não precisa ser completamente satisfeito pelo emprego do meio, um fomento é suficiente<sup>48,49</sup>. Ou seja, embora a Lei em exame não impeça toda e qualquer condenação equivocada, algo que seria impossível de se atingir por uma norma isoladamente, o fato de que certamente contribuirá para evitar-se várias condenações indevidas, já é suficiente para o atendimento da *adequação*. Ademais, há dados que indicam que o custo marginal de prevenção de uma

42 ALEXY, R. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011, p. 575. (Tradução: SILVA, V. A. a partir de ALEXY, R. Theorie der Grundrechte. Suhrkamp Verlag, 2006.)

43 KLATT, M.; MEISTER, M. A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, nº 1, p. 23-41, 2014. (Tradução de JOÃO COSTA NETO)

44 ALEXY, R. op. cit., 2011, p. 588.

45 CAROLLO, J. C. op. cit., 2013, p. 108 a 113. A necessidade e a adequação representam a proporcionalidade em sentido amplo.

46 KLATT, M.; MEISTER, M. op. cit., p. 23-41, 2014.

47 BUTLER, J. M. op. cit., 2012, p. 213.

48 SILVA, V. A. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais. 798, p. 33 – 50, 2002.

49 KLATT, M.; MEISTER, M. op. cit., p. 23-41, 2014.

ofensa grave com a utilização do DNA *profiling* é inferior a 1% do custo decorrente do aumento de pena como política de prevenção desses delitos<sup>50</sup>.

Com relação à necessidade, é preciso determinar e comparar os efeitos dos meios alternativos e do meio efetivamente empregado, tanto no que se refere à persecução do objetivo legítimo quanto à restrição do princípio constitucional<sup>51</sup>. Considerando que o exame de DNA representou um marco revolucionário no sentido de corrigir injustiças da persecução penal, notadamente como meio de demonstração da inocência de indivíduos erroneamente condenados<sup>52</sup> e da inexistência de outras técnicas que alcancem eficiência e eficácia similares na vinculação entre vestígios encontrados em locais de crimes e sua fonte de origem<sup>53,54</sup>, inequívoca é a conclusão quanto ao atendimento do requisito da necessidade.

Os dados a seguir buscam destacar a *séria necessidade* de ampliar-se a utilização do exame de DNA por meio do BNPG, como forma de demonstração de condenações equivocadas (*exoneration*) e, principalmente, de contribuição para evitar-se novas condenações indevidas.

Estudo realizado com fulcro em processos que levaram a 86 condenações, posteriormente demonstradas equivocadas em virtude da utilização do exame de DNA, mostrou que os meios de provas tradicionais, notadamente a prova testemunhal, foram determinantes para essas condenações. Em ordem decrescente de percentuais de ocorrência nas condenações demonstradas errôneas, os fatores mais prevalentes foram: testemunho (reconhecimento) visual, erros nos testes das ciências forenses, má conduta policial, má conduta da promotoria, falso/errôneo testemunho por cientistas forenses, informantes desonestos, defesa incompetente, falso testemunho comum (excluído o reconhecimento visual do criminoso) e falsa confissão<sup>55</sup>.

50 DOLEAC, J. L. The Effects of DNA Databases on Crime. Stanford Institute for Economic Policy Research. 2011. Disponível em: < [http://siepr.stanford.edu/sites/default/files/publications/Doleac\\_DNADatabases\\_0\\_5.pdf](http://siepr.stanford.edu/sites/default/files/publications/Doleac_DNADatabases_0_5.pdf) > Acesso em 11/01/2017. "... the term "serious offense" to refer to FBI Index I offenses: felony homicide and non-negligent manslaughter, forcible rape, aggravated assault, robbery, burglary, larceny, and vehicle theft. These are the offenses tracked in the FBI's Uniform Crime Reports."

51 KLATT, M.; MEISTER, M. op. cit., p. 23-41, 2014.

52 FREE JR, M. D. Wrongful Convictions. International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences (Second Edition), 2015, p. 785-791.

53 JEFFREYS, A. op. cit., p. 1036-1039, 2005.

54 BUTLER, J. M. op. cit., 2009, p. 2.

55 SAKS, M. J.; KOEHLER, J. J. The Coming Paradigm Shift in Forensic Identification Science.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, será adotada a ponderação fundamentada proposta por Alexy<sup>56</sup> realizada em seus três planos: a intensidade, a importância dos fundamentos justificadores da intervenção e a ponderação em sentido estrito<sup>57</sup>. Essa análise embasada na ponderação será complementada pelo raciocínio jurídico estruturado no conteúdo mínimo da dignidade humana<sup>58</sup>.

Buscar-se-á uma solução construída argumentativamente mediante a ponderação, isto é, a valoração de elementos do caso concreto com vistas à produção da solução que melhor atenda ao caso concreto<sup>59</sup>.

Antes de iniciar-se a ponderação fundamentada propriamente dita, convém destacar que o critério de decisão adotado, a associação da “lei de colisão” à teoria da argumentação jurídica racional<sup>60</sup>, será visto não sob a perspectiva de que o sopesamento é uma questão de tudo-ou-nada, mas uma tarefa de otimização<sup>61</sup>. Os direitos (fundamentais ou não) não podem ter uma existência pautada pela desconsideração recíproca<sup>62</sup> e não são susceptíveis de renúncia plena, mas podem ser objeto de autolimitações, que não esbarrem no núcleo essencial da dignidade da pessoa<sup>63</sup>.

Como discutido nas seções prévias, o exame de DNA adotado para fins forenses é realizado com a utilização do suabe (espécie de cotonete) passado suavemente na superfície interna da boca, procedimento indolor e que não implica nenhum risco para a saúde do fornecedor. Ademais, o exame ge-

---

Science, v. 309, n. 5, p. 892-95, 2005.

56 MENDES, G. F. *et al.*, op. cit., 2010, p. 425.

57 Segundo MENDES *et al.*, op. cit., 2010, p. 425, Alexy enfatiza que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma “lei de ponderação” segundo a qual, “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção”. Na tradução feita por SILVA, V. A. Op. cit., 2011, p. 167, à obra de Alexy (ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. 5. ed. 2006) essa lei foi denominada “lei do sopesamento” e foi assim enunciada: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.

58 BARROSO, L. R. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 11.

59 BARROSO, L. R. op. cit., 2012, p. 38.

60 ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011, p. 165.

61 *Ibid.*, p. 173.

62 SARLET, I. W. op. cit., 2010, p. 226.

63 MENDES, G. F. *et al.* op. cit., 2010, p. 473.

nético é realizado em regiões não codificantes<sup>64</sup>, não revelando características somáticas, por exemplo, eventuais defeitos físicos e/ou propensão para doenças. Portanto, a intensidade da interferência pode ser classificada como *leve*<sup>65</sup>.

Os exames de DNA para fins forenses que constam nos Bancos de Perfis Genéticos (BDPG) englobam somente uma pequena porção do material genético com o intuito de diferenciar indivíduos. Utilizando-se a analogia do genoma humano como uma biblioteca de 1.000 livros com mais de 600 páginas cada, tudo que se precisa para identificação humana são poucas linhas, um texto de cerca de 100 letras destituídas de sentido<sup>66,67</sup>.

Com relação aos objetivos da realização do exame, como tratado anteriormente, são vários, destacadamente, fornecimento de ferramenta efetiva para a demonstração de acusações e condenações indevidas, ou seja, instrumento para demonstração da inocência; proteção mais efetiva ao direito à vida (p. e.: ao identificar os criminosos e evitar a continuidade de assassinatos em série); proteção mais efetiva à dignidade sexual (fundamentação similar à anterior); redução da impunidade; amenização gradual da obsessão pela

64 O único traço somático revelado no exame para fins forenses é o gênero. O perfil genético pode ser comparado a uma 'impressão digital genética', sendo obtido de forma a não permitir inferência sobre elementos físicos, comportamentais ou de saúde das pessoas. (BUDOWLE, B. ENCODE and its first impractical application. *Investigative Genetics*, 2013; JACQUES, G. S. Banco de Perfis Genéticos: A ciência a serviço da Justiça. *Revista Jurídica Consulex*. N° 389, 2013. p. 25-27; PRADO, L. R. op. cit., 2013. p. 56)

65 Impende mencionar que a intensidade da intervenção não foi classificada como moderada ou séria, pois, como buscou-se demonstrar o procedimento de colheita da amostra é simples, indolor e sem riscos para a saúde do fornecedor, ademais, de fato o exame é antes de tudo uma forma efetiva para a demonstração da inocência (*exoneration*) em diversas situações. Contudo, hipoteticamente, caso essa intervenção fosse considerada séria, não implicaria na conclusão direta pela inconstitucionalidade do BNPG. Em situações em que a intensidade da intervenção e a importância do objetivo almejado são classificadas no mesmo nível. Trata-se dos conjuntos *leve/leve*, *moderado/moderado* e *sério/sério*. Nestes casos, há uma situação de impasse, que conduz a uma margem de conformação do legislador. O Tribunal Constitucional contém-se a si próprio e não pode estabelecer uma violação constitucional (KLATT; MEISTER, op. cit., p. 23-41, 2014.). Ou seja, como discutido, os objetivos da realização do exame são sérios. Portanto, se a intensidade da intervenção também fosse classificada como séria, estaríamos diante de um embate sério/sério que deveria ser solucionado pelo legislador ordinário e não pela intervenção da Corte Suprema. No caso concreto em exame, a solução seria aplicação dos dispositivos da Lei 12.654/2012 e regulamentos.

66 BUCHMÜLLER, H. op. cit., p. 8-11, 2008.

67 BUTLER, J. M. op. cit., 2009, p. 6. O autor também faz interessante ilustração para demonstrar o quanto é mínima a porção de DNA examinada: "Dos mais de 6 bilhões de nucleotídeos presentes no genoma humano, pouco mais de 4000 são examinados, ou 0,0006% do material. A título de comparação, se cada nucleotídeo tivesse uma polegada (2,5cm), o DNA de uma única célula teria mais de 100.000 milhas (ou 160.000km), os testes de DNA forense somente examinam cerca de 300 pés (90m) desta informação. Basicamente, a única característica somática revelada é o gênero.

confissão<sup>68</sup>; etc. Portanto, devem ser classificados como *sérios* os objetivos almejados pela implementação do BNPG.

Nesse ponto, será adotada a concepção minimalista como forma de estruturar a argumentação jurídica racional requerida por Alexy para aplicação do método de ponderação. Impende lembrar que a referida concepção apresenta três componentes da dignidade: 1) O valor intrínseco de todos os seres humanos; 2) A autonomia de cada indivíduo; e 3) Valor comunitário<sup>69</sup>.

A partir desses três componentes será analisado o problema jurídico da constitucionalidade da obrigatoriedade imposta pela Lei 12.654/2012 de fornecimento de amostras de material genético tanto na hipótese de identificação criminal caso 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<sup>70</sup>, como por parte dos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei 8.072/1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor<sup>71</sup>.

### 2.2.1 VALOR INTRÍNSECO

No primeiro momento será abordado o valor intrínseco de todos os seres humanos que, no plano filosófico, é o elemento ontológico da dignidade humana<sup>72</sup>. Impende mencionar que, no plano jurídico, o valor intrínseco está na origem de um conjunto de direitos fundamentais. O primeiro deles é o direito à vida, uma pré-condição básica para o desfrute de qualquer outro direito<sup>73</sup>.

---

68 CAROLLO, J. C. op. cit., 2013, p. 154.

69 BARROSO, L. R. op. cit., 2013, p. 11.

70 Art. 3º, IV, Lei 12.037/2009.

Ainda no mesmo diploma legal, vide também: Art. 5º, Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012).

71 Art. 9º-A, Lei 7.210/84, inserido pela Lei 12.654/2012.

72 BARROSO, L. R. op. cit., 2014, p. 76.

73 Ibid., 2014, p. 77.

Como discutido previamente, observa-se que um objetivo básico do BDPG instituído pela Lei 12.654/2012 é proteger a vida, sendo ilustrativos da eficiência e da eficácia da ferramenta para cumprimento dessa função os casos de assassinatos em série, nos quais tem-se enorme potencial de permitir a rápida identificação do criminoso e permitir a interrupção das sequências de homicídios. Necessário destacar que, se por um lado a ferramenta é instrumento potencial para salvar milhares de vidas (vítimas que deixam de ser mortas)<sup>74</sup> por outro lado, ela não é instrumento de ofensa à vida do autor, pois, exceto no caso de guerra declarada – que não faz parte do contexto de aplicação da Lei 12.654/2012 –, o Brasil veda expressamente a pena de morte<sup>75</sup>.

O “prejuízo” jurídico previsto no ordenamento penal pátrio para o autor dos delitos é a pena de prisão, que no Brasil não pode ultrapassar 30 anos de efetivo cumprimento, sendo que a regra é que o condenado fique encarcerado no regime fechado por 1/6 da pena, ou no máximo 2/5 ou 3/5, nos crimes hediondos, na dependência de o condenado ser primário ou reincidente, respectivamente. Por outro lado, a característica mais básica do homicídio é a irreversibilidade, destarte, além de implicar perda do bem jurídico básico para o exercício de qualquer direito fundamental por parte da vítima, também resulta no que pode ser facilmente entendido como uma pena de caráter perpétua para os entes do indivíduo que teve sua vida ceifada, que é o sofrimento decorrente da perda.

---

74 Em análise realizada pelo sociólogo Gláucio Ary Dillon Soares, pesquisador do Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESPE-UERJ), foi enunciado: “Outra contribuição para a baixíssima criminalidade em Cingapura é a crescente resolução dos homicídios e a redução da impunidade”. (SOARES, G. R. D. Aprendendo com Cingapura. Revista Jurídica Consulex. n.º 389, p. 17, 2013.) Ademais, existem evidências científicas que apontam que o incremento do banco de perfis genéticos diminui a taxa de crimes como homicídios e estupros (DOLEAC, J. L. op. cit., 2011, p. 22.). Embora não se possa importar de forma acrítica resultados externos, a já referida relação entre impunidade e criminalidade, associada à utilidade prática de bancos de perfis genéticos, por exemplo, na resolução rápida de casos de crimes em série, como homicídios, impedindo o autor de continuar a sequência delitiva, permite afirmar que, em um país com mais de 50.000 homicídios por ano, as evidências suportam a hipótese de que o banco de perfis genéticos é ferramenta com o potencial de salvar milhares de vida em lapso temporal relativamente curto (Vide II Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, 2015, p. 14. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/relatorio>> Acesso em: 05/12/2016). PRADO, L. R. (op. cit., 2013, p. 53), ao discorrer sobre a formação da RIBPG, destacou que “a justificativa central se concentra no preocupante quadro nacional que associa crescente criminalidade e alta impunidade por falta de provas, mencionando exemplos de sucessos históricos de crimes de grande repercussão social desvendados por trabalho pericial a partir de amostras biológicas coletadas no local de sua prática”.

75 Art. 5º, XLVII, “a”, CRFB/88.

Nesse contexto, dado o caráter do direito à vida como requisito essencial para o exercício de qualquer outro direito individual, pode-se dizer à luz do elevado valor abstrato desse bem jurídico protegido, superior ao valor abstrato da privação temporária de liberdade de um real criminoso que desejasse criminalizar impunemente, que há uma preferência *prima facie* à constitucionalidade do BNPG<sup>76</sup>.

Um segundo direito diretamente relacionado com o valor intrínseco de cada indivíduo é a igualdade perante a lei e na lei<sup>77</sup>. Nesse caso, observa-se que a obrigatoriedade da coleta de material genético em nada ofende esse requisito da dignidade humana, pois a lei em análise – 12.654/2012 – não faz uma distinção entre indivíduos, o que seria uma espécie de direito penal do autor. Todos que estejam sob a égide do ordenamento jurídico pátrio são submetidos aos ditames da norma, o critério isonômico é a realização das condutas previstas nos tipos penais elencados no texto legal<sup>78</sup>. Ou seja, em nenhum momento se trata de direito penal do autor, mas sim direito penal do fato, respeitando-se a isonomia.

O valor intrínseco também leva a outro direito fundamental, o direito à integridade física e psíquica<sup>79</sup>. Oportuno destacar que os crimes cuja implementação do BNPG busca solucionar e prevenir implicam necessariamente ofensas à integridade física e psíquica das vítimas, contudo, o ordenamento jurídico pátrio veda penas de morte, salvo em caso de guerra declarada<sup>80</sup>, nos termos do art. 84, XIX<sup>81</sup>; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e cruéis<sup>82</sup>. Além disso, há um extenso rol de direitos

76 KLATT, M.; MEISTER, M. op. cit., p. 23-41, 2014 esclarecem que se se diferencia os pesos abstratos, então surge o seguinte efeito: princípios com um peso abstrato maior obtêm uma espécie de “margem de vitória” ou “vantagem prévia” (*winning margin*) no sopesamento; ou, ainda, uma preferência *prima facie* em face de princípios com peso abstrato menor.

77 BARROSO, L. R. op. cit., 2014, p. 78.

78 Segundo JORGE MIRANDA (Sobre o princípio da igualdade, 2016, p. 430. In: LINHARES, E. A.; MACHADO SEGUNDO, H. B. (Org.) Democracia e Direitos Fundamentais Uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. São Paulo: Atlas, 2016), a análise do princípio da igualdade tem de assentar em três pontos firmes: a) Igualdade não é identidade e igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística; b) Igualdade significa intenção de racionalidade e, em último termo, intenção de justiça; c) Igualdade não é uma ilha, encontra-se conexa com outros princípios.

79 BARROSO, L. R. op. cit., 2014, p. 78.

80 Art. 5º, XLVII, alíneas “a” a “e”, CRFB/88.

81 CRFB/88.

82 Art. 5º, XLVII, alíneas “a” a “e”, CRFB/88.

e garantias constitucionais para proteger a integridade do autor do delito<sup>83</sup>. Destarte, o que se deve é efetivar tanto a legislação que visa a solucionar e a prevenir os crimes quanto a que protege a integridade do agente da infração penal, não aniquilar uma em detrimento da outra. Todos os indivíduos, infratores ou não, são detentores da dignidade humana e das garantias que essa condição implica.

Deve-se mencionar, também, que a contrariedade à colheita coercitiva sob argumento de que se trata de procedimento invasivo e que ofenderia a intimidade, a dignidade e a intangibilidade corporal, não merece prosperar. A justificativa, como discutido previamente, consiste no fato de tratar-se de procedimento indolor e que não implica nenhum risco à saúde e à integridade física do fornecedor, o qual já foi inclusive reconhecido como não invasivo em outras democracias ocidentais, como no Reino Unido. Também já foi demonstrado previamente que, para fins forenses, o exame genético é realizado em regiões não codificantes, não revelando características somáticas como eventuais defeitos físicos e/ou propensão para doenças, por exemplo.

O argumento quanto à intangibilidade corporal pode ser rebatido com as constatações elencadas no parágrafo anterior acerca do suposto caráter invasivo, associadas ao fato notório de que não existem direitos absolutos<sup>84</sup>. Isso posto, diante da enorme disparidade entre a intensidade do incômodo gerado ao fornecedor da amostra de material genético (mínimo, basicamente abrir a boca), em relação ao exorbitante – praticamente incomensurável – valor dos bens jurídicos protegidos pela norma cuja constitucionalidade se examina – vida, integridade física e psíquica, dignidade sexual, etc. –; da importância dos fundamentos justificadores da intervenção e da ponderação em sentido estrito, considera-se de clareza meridiana que o exame da dignidade – no seu componente valor intrínseco –, à luz da ponderação fundamentada, não eiva de inconstitucionalidade a norma perscrutada.

---

83 Art. 5º, XLVIII a LXVIII, CRFB/88.

84 Digno de nota é o fato de que procedimentos que demandam uma interação física bastante superior ao simples contato de um “cotonete de algodão” (suabe) com a boca do fornecedor são aceitos doutrinária e jurisprudencialmente como constitucionais. Por exemplo, a colheita de impressões digitais requer além de contato físico do executor da colheita para a rolagem adequada dos dedos do fornecedor das impressões, também, a passagem de substâncias químicas nas mãos do indivíduo. Outrossim, é incomparavelmente superior o constrangimento que envolvem os procedimentos de revistas requeridos no sistema penitenciário. Vide, também, o julgado *Sauders v. United Kingdom* da Corte Europeia de Direitos Humanos (1996). Nesse julgado, definiu-se que o direito a não autoincriminação não impede a colheita, por meios compulsórios, de materiais que têm existência independente da vontade do suspeito.

### 2.2.2 AUTONOMIA

O segundo passo será abordar a autonomia, elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhe permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa<sup>85</sup>. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida<sup>86</sup>.

Nesse contexto é extremamente esclarecedor vir à baila que se deve reconhecer o agente criminoso como uma pessoa capaz e apta a autodeterminar-se, pois, se o agente sabia ou podia saber que uma determinada conduta era crime, então ele anuiu, juridicamente, à sua punição, ainda que, em seu íntimo, buscase criminalar impunemente<sup>87</sup>.

Caso o indivíduo, segundo sua autodeterminação, desrespeite os limites legitimamente impostos<sup>88</sup>, segundo o contrato social de que é membro, tacitamente aceita as consequências desses atos. Assim, a prescrição de obrigatoriedade de fornecimento de material genético nas situações elencadas em lei não é negação da autonomia individual, é sua afirmação. A função é coibir o desrespeito à vida, à dignidade sexual, à integridade física e psicológica. A liberdade que se perde é a nefasta liberdade de criminalar impunemente, o que não implica em negação da dignidade da pessoa humana ou ofensa à Constituição Federal<sup>89</sup>.

### 2.2.3 VALOR COMUNITÁRIO

O terceiro e último elemento, a dignidade humana como valor comunitário, também chamada de dignidade como restrição ou dignidade como heteronomia, representa o elemento social da dignidade<sup>90</sup>.

85 BARROSO, L. R. op. cit., 2014, p. 76.

86 Ibid., p. 81.

87 COSTA NETO, J. op. cit., 2014, p. 182.

88 O risco de causar dano aos outros normalmente – embora nem sempre – constitui uma base razoável para a limitação da autonomia pessoal (BARROSO, L. R. op. cit., 2014, p. 96).

89 Impedir que direitos fundamentais sejam invocados para evitar a punição de comportamentos atentatórios à dignidade humana encontra respaldo no princípio da *proibição de abuso dos direitos fundamentais*. Em coerência com esse pensamento pode ser citada a Rcl 2.040-QO, rel. Min. Néri da Silveira, j. 21.02.2002 (DUQUE, M. S. Curso de Direitos Fundamentais Teoria e Prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 335.)

90 BARROSO, L. R. op. cit., 2014, p. 87.

A expressão “valor comunitário”, por convenção, foi adotada para identificar duas diferentes forças exógenas que agem sobre o indivíduo: 1. Os compromissos, valores e crenças compartilhadas de um grupo social, e 2. As normas impostas pelo Estado<sup>91</sup>.

Dessa forma, a despeito de se reconhecer em todos os indivíduos um valor intrínseco que por si só implica dignidade humana e, também, reconhecendo-o como autônomo, sua autonomia não implica que tudo possa e que não deva seguir regras, pois, como membro de uma coletividade, o indivíduo necessita respeitar essa comunidade como um todo e cada um de seus membros individualmente. O exercício dos direitos de um indivíduo – presunção de inocência ou qualquer outro – não pode ser ilimitado, de modo que inviabilize o exercício dos direitos de outros. A autonomia pessoal é restringida por valores, costumes e direitos de outras pessoas tão livres e iguais quanto ele, assim como pela regulação estatal coercitiva<sup>92</sup>.

A hipertrofia de direitos, relacionada à posição do indivíduo em face do Estado como detentor de prerrogativas de não-intervenção na sua esfera pessoal, guarda conexão com a noção de um cidadão pouco (ou quase nada) comprometido com a sua comunidade e seus semelhantes<sup>93</sup>.

Pertinente a menção ao dispositivo constitucional que determina ser “a *segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos*, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”<sup>94</sup> (grifo nosso). A dignidade como valor comunitário enfatiza o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa<sup>95</sup>. Também deve ser acrescentada a existência de deveres fundamentais, os quais, salvo algumas exceções, formam um dos mais “esquecidos” pela doutrina constitucional<sup>96</sup>. A própria Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 32, estabelece claramente a necessidade de correlação entre deveres e direitos, no sentido de que os direitos de cada

---

91 BARROSO, L. R. op. cit., 2014, p. 87.

92 Ibid., p. 87.

93 SARLET, I. W. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 226/227.

94 Art. 144, *caput*, CRFB/88.

95 BARROSO, L. R. op. cit., 2014, p. 88.

96 SARLET, I. W. op. cit., 2010, p. 226.

pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum<sup>97</sup>.

Nessa esteira, resta demonstrada a legitimidade da imposição de limites ao exercício da autonomia por parte de um indivíduo que, dotado de um valor intrínseco próprio, deve também respeitar o valor intrínseco de seus semelhantes. Um dos limites que podem ser estabelecidos, se respeitado o *due process of law*, é a relativização do *nemo tenetur se detegere*.

A Lei 12.654/2012, ao prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, pode ser um marco na discussão do princípio do *nemo tenetur se detegere*, que no Brasil tem ganhado dimensões demasiado expansivas, se comparado à sua interpretação em outros países. Existe expectativa de que a lei traga uma nova visão em relação aos exageros da ampliação interpretativa do princípio do *nemo tenetur se detegere*, trazendo ao Brasil uma visão mais consentânea com a jurisprudência internacional<sup>98</sup>.

A definição dos limites ao *nemo tenetur se detegere* está intrinsecamente ligada à solução do conflito entre o exercício desse princípio, que é um direito fundamental, e o imperativo de prevenção de outros bens agasalhados constitucionalmente, representados pela segurança pública e pela paz social, que são alcançados por meio da persecução penal<sup>99</sup>.

É procedente tal entendimento, mas não é apenas isso. O conflito é bem mais amplo. Não é apenas um embate entre o interesse público (sociedade) e o privado (agente delitivo), há também um conflito entre interesses privados (vítima e agente delitivo). De forma bastante pertinente, doutrinadores<sup>100</sup> alertam que nos conflitos entre direitos fundamentais existem duas espécies de conflitos. A primeira espécie representa o conflito “*direto*” entre titulares de direito, previamente chamado de conflito entre interesses privados; a segunda espécie envolve um conflito entre o direito fundamental individual e o chamado “*interesse geral constitucionalmente tutelado*”, espécie de interesse coletivo, representado, por exemplo, pela segurança pública.

97 DUQUE, M. S. op. cit., 2014, p. 335.

98 CAROLLO, J. C. op. cit., 2013, p. 142.

99 CAROLLO, J. C. op. cit., 2013, p. 158.

100 DIMOULIS, D.; MARTINS, L. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 131.

Na realidade, podem existir colisões entre a autonomia de indivíduos diferentes, assim como entre a autonomia, de um lado, e a dignidade como valor intrínseco ou como valor comunitário, do outro<sup>101</sup>.

No Brasil, a vítima geralmente é esquecida, passa a não ser encarada como humana, também detentora de direitos fundamentais e o conflito é visto apenas parcialmente, esquecendo-se o embate *direto* existente.

A própria impunidade, por si só, em geral já causa um sofrimento intenso à vítima – quando sobrevive – e aos familiares e, portanto, pode ser entendida como ofensiva à dignidade da pessoa humana. O caso da jovem T.A.S. é ilustrativa também quanto a isso, pois a mãe da adolescente morta, vários meses após o crime, continuava “desesperada por respostas” e declarava indignada: “Quem fez o que fez com a minha filha está em liberdade e ela nunca mais voltará. Tenho vontade de ir todos os dias tirar satisfação na delegacia, mas não posso atrapalhar as investigações. Estou cansada. Preciso que o Estado dê uma resposta”<sup>102</sup>.

O quadro 1, a seguir, busca ilustrar que os casos criminais não podem ser vistos apenas sob a ótica reducionista de mera proteção ao “interesse geral constitucionalmente tutelado”.

	Vítima	Eventual Imputado indevidamente	Verdadeiro Criminoso	Sociedade
Vítima		Direitos fundamentais sinérgicos	Conflito <i>direto</i>	Direitos fundamentais sinérgicos
Eventual Imputado indevidamente	Direitos fundamentais sinérgicos		Conflito <i>direto</i>	Direitos fundamentais sinérgicos

101 BARROSO, L. R. op. cit., 2014, p. 83.

102 Caso Tayná: “Estou desesperada por respostas”, diz mãe sobre demora em conclusão de investigação. Portal R7 Notícias. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/caso-tayna-estou-desesperada-por-respostas-diz-mae-sobre-demora-em-conclusao-de-investigacao-20012014>> 2014. Acesso em 08/12/2016.

	Vítima	Eventual Imputado indevidamente	Verdadeiro Criminoso	Sociedade
Verdadeiro Criminoso	Conflito <i>direto</i>	Conflito <i>direto</i>		Direito Fundamental <i>v.</i> Interesse Geral constitucionalmente tutelado
Sociedade	Direitos fundamentais sinérgicos	Direitos fundamentais sinérgicos	Direito Fundamental <i>v.</i> Interesse Geral constitucionalmente tutelado	

Quadro 1: Relações existentes entre os diversos atores que podem fazer parte da persecução penal.

Notas:

- 1) Pelas características do quadro elaborado, as relações entre direitos fundamentais, tanto conflituosas quanto sinérgicas, encontram-se duplicadas;
- 2) A efetivação dos “direitos fundamentais sinérgicos” (em verde) está intrinsecamente vinculada ao conhecimento da verdade real dos fatos;
- 3) O conflito direto (em amarelo) é normalmente negligenciado por legislação, doutrina e jurisprudência.
- 4) O embate entre “direito fundamental (privado) *v.* interesse geral constitucionalmente tutelado” (em vermelho), em geral, é priorizado em detrimento às demais relações expressas no quadro.

Portanto, reconhecendo a vítima e seus familiares também como sujeitos de direitos, por óbvio, e que a impunidade intensifica a agressão a esses direitos<sup>103</sup>, fica claro que o debate acerca do BDPG não é mero embate entre interesse público *versus* interesse particular, há sim, também embate entre interesses particulares.

103 O direito à efetividade da jurisdição e do processo possui a estatura de direito fundamental (ALMEIDA, C. L. Anotações sobre a efetividade da jurisdição e do processo, 2015. p. 396. In: CLÈVE, C. M. (Org.) Direito Constitucional: direitos e garantias fundamentais. Vol. IX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

O Estado não tem apenas o dever de adotar uma postura omissiva e preservar o *status negativus*. A dignidade humana, se entendida como direito fundamental, é tanto um direito de defesa como um direito de prestação<sup>104</sup>.

Para se alcançar o garantismo penal integral deve-se prezar pela aplicação de maneira uniforme para todos os indivíduos de suas garantias constitucionais e não somente daquelas contra quem o Estado possa vir a exercer uma pretensão punitiva<sup>105</sup>. Com isso, é feita a defesa de que a proporcionalidade envolve a proibição do excesso e a proibição de insuficiência<sup>106</sup>. O garantismo penal míope, *data maxima venia*, não enxerga o último componente do princípio da proporcionalidade e acaba por impedir a “boa legislação”<sup>107</sup>.

A assunção do princípio do *nemo tenetur se detegere* como direito absoluto, no contexto em análise, poderia retirar grande parte da eficácia da Lei 12.654/2012 e, portanto, do BNPG, o que guiaria para o aprofundamento do “abismo por vezes já quase intransponível entre norma e realidade”<sup>108</sup> e distanciaria o Direito do “equilíbrio e da justa medida”<sup>109</sup>.

#### 2.2.4 RESULTADO DA PONDERAÇÃO

*Desejais evitar os crimes? Caminhe a liberdade acompanhada das luzes. Se as ciências produzem alguns malefícios, é quando são pouco difundidas; porém, à proporção que se espalham, as vantagens que propiciam se tornam maiores*<sup>110</sup>.

Observa-se *adequação* dos dispositivos normativos aos objetivos perseguidos. Existe também *séria* necessidade de adequada implementação do BNPG, inclusive mediante coleta coercitiva<sup>111,112</sup>, pois se trata de ferra-

104 COSTA NETO, J. op. cit., 2014, p. 173.

105 CAROLLO, J. C. op. cit., 2013, p. 119.

106 CAROLLO, J. C. op. cit., 2013, p. 114-120.

107 Expressão apropriada de BECCARIA, C. op. cit., 2011, p. 101.

108 Expressão apropriada de SARLET, I. W. op. cit., 2010, p. 460.

109 Expressão apropriada de Ibid., p. 473.

110 BECCARIA, C. op. cit., 2011, p. 103.

111 LUIZ REGIS PRADO (op. cit., 2013, p. 61) menciona que: Não se pode eximir, assim, o agente desse dever, a pretexto de não produzir prova contra si, pois se cuida aqui de mero processo de identificação, não estando compreendido, desse modo, no direito de não consentir.

112 O STF determinou a realização de exame de DNA mesmo com a expressa contrariedade da autora de denúncia de estupro. No caso concreto, o exame poderia elucidar a controvérsia quanto à ocorrência ou não do crime. Vide Rcl 2.040-QO, rel. Min. Néri da Silveira, j. 21.02.2002. (DUQUE, M. S. Op. cit., 2014, p. 334-335).

menta sem paralelos para demonstração de condenações equivocadas e de contribuição para evitar-se novas condenações indevidas, além de vários outros efeitos positivos previamente descritos, como evitar assassinatos em série, pois permite a identificação do verdadeiro criminoso.

O exame de DNA e o BNPG apresentam-se como meios efetivos e necessários para demonstração de erros decorrentes dos meios de provas tradicionais, como a prova testemunhal ou a confissão, que pode ser obtida mediante coação, tortura, por exemplo. O BNPG, ferramenta que maximiza exponencialmente os resultados do exame de DNA, representa um marco revolucionário no sentido de corrigir injustiças da persecução penal, como meio de demonstração da inocência de indivíduos erroneamente condenados (*exonerations*)<sup>113</sup>, o que em associação com a inexistência de outras técnicas que alcancem eficiência e eficácia similares na vinculação entre vestígios encontrados em locais de crimes e sua fonte de origem<sup>114,115</sup>, tornam inequívoco o atendimento do requisito da necessidade.

Conclui-se, portanto, por meio da aplicação da lei de ponderação, diante do atendimento dos requisitos da adequação e da necessidade – *séria* –, associados à extrema significância e à relevância dos fundamentos justificadores da obrigatoriedade da coleta de amostras para obtenção de perfil genético e inserção no BNPG e da relativa baixa intensidade da intervenção que essa medida implica nos direitos do fornecedor, ser constitucional a imposição da coleta coercitiva<sup>116</sup>, nos termos da Lei 12.654/2012 e da sua regulamentação.

De fato, considerando-se que o BNPG representa efetiva proteção à vida, à integridade física e psicológica; barreira contra injustiças, como condenações indevidas; associado ao dever constitucional de o Estado garantir a segurança pública<sup>117</sup>; a imposição elencada na norma em exame encaixa-se

113 FREE JR, M. D. op. cit., p. 785–791, 2015.

114 JEFFREYS, A. op. cit., p. 1036-1039, 2005.

115 BUTLER, J. M. op. cit., 2009, p. 2.

116 O constituinte de 1988 reconheceu, na esteira do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que a proteção integral do ser humano exige a criação de instrumentos adequados à realização prática dos direitos materiais assegurados pela ordem jurídica, quando não respeitados espontaneamente, e, ainda, a dimensão processual de todo direito material (ALMEIDA, C. L. Anotações sobre a efetividade da jurisdição e do processo, 2015, p. 396. In: CLÈVE, C. M. (Org.) Direito Constitucional: direitos e garantias fundamentais. Vol. IX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

117 Art. 144 *caput*, CRFB/88.

no que é denominado de “discrecionabilidade para escolher os meios”, pois, no caso o mandamento constitucional não apenas proíbe intervenções, como também exige ações positivas<sup>118</sup>.

Finalmente, a despeito da conclusão de que, nos casos definidos em lei, o fornecimento de material biológico não é facultativo, na hipótese de recusa pelo investigado ou condenado, a autoridade judicial poderá determinar a realização da colheita por meio de suabe oral ou por meios diversos de acordo com o juízo de ponderação no caso concreto<sup>119</sup>. Na Reclamação 2.040-QO, o Supremo Tribunal Federal determinou, mesmo contra expressa contrariedade da reclamante, a realização do exame de DNA com a utilização de amostra obtida da placenta eliminada em trabalho de parto<sup>120</sup>. Além da solução adotada na referida reclamação, a doutrina elenca, de forma exemplificativa, a busca e apreensão na residência do investigado como possível meio de obtenção de material genético para fins de cumprimento da Lei 12.654/2012<sup>121</sup>. No caso de investigado ou condenado que se encontre em situação de custódia pelo Estado, pode ser suficiente a vigilância e o recolhimento de objetos ou materiais biológicos diretamente descartados.

### **2.3 BDPG COMO GARANTIA DE IMPUTADOS**

Segundo o *Innocence Project* o número de pessoas cuja inocência foi demonstrada poderia ser maior se não houvesse algumas leis, por exemplo, nos Estados Unidos da América, que restringem o direito do imputado à realização do exame de DNA<sup>122</sup>. Corroborando a crítica do Innocence Project, o chamado caso Tayná, ocorrido na região metropolitana de Curitiba pode ser considerado um exemplo dos riscos de se restringir a realização do exame<sup>123</sup>.

118 ALEXY, R. op. cit., 2011, p. 586.

119 SAUTHIER, R. op. cit., 2010, p. 189.

120 STF - Rcl-QO: 2040 DF, Relator: NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 21/02/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-01 PP-00129.

121 BADARÓ, G. H. Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 132.

122 INNOCENCE PROJECT. Disponível em: <<http://www.innocenceproject.org/a-national-effort-to-improve-state-post-conviction-dna-testing-laws-for-the-innocent/>> Acesso em: 28/12/2016.

123 Em 2013, em decorrência das investigações da morte de uma garota de 14 anos, na região metropolitana de Curitiba, quatro jovens foram presos. Foram apresentados à imprensa após terem supostamente confessado o crime. (MARTINS, R. M. Homens que confessaram morte de adolescente no PR foram torturados, diz OAB. Portal Uol Notícias. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/07/10/homens-que-confessaram-morte-de-adolescente-no-pr-foram-torturados-diz-oab.htm>> 10/07/2013. Acesso em: 18/12/2016). Pouco tempo depois, à custa de muito esforço da OAB para ter acesso aos acusados, os jovens denunciaram que só confessaram

Ainda nessa perspectiva, retomemos o caso de Irsael de Oliveira Pacheco. Mesmo alegando inocência e tendo o resultado do confronto do seu perfil genético com o material da cena do crime restado negativo, ou seja, não havendo *match* (coincidência), o Poder Judiciário não considerou isso uma prova suficiente para deferir a revisão criminal solicitada. Foi necessário, além disso, que também houvesse um *match* entre o material de um outro indivíduo e o material da cena do crime para que o condenado conseguisse, no Superior Tribunal de Justiça, o direito a novo julgamento<sup>124</sup>. Embora o processo não tenha transitado em julgado, o conjunto dos autos apresenta evidências do potencial dos bancos de perfis genéticos para apontar possíveis equívocos judiciais.

Ademais, a coação Estatal, principalmente considerando a realidade brasileira, pode adotar meios de restrição aos confrontos de perfis genéticos como forma de acobertar equívocos ou condutas criminosas deliberadas. Por exemplo, em casos em que agentes estatais utilizem meios obscuros e ilegais de obtenção de condenações, notadamente a tortura<sup>125</sup>, é bastante razoável considerar que, diante do temor de que em função da realização de confron-

---

sob tortura. Os relatos das sevícias sofridas pelos acusados são aterrorizantes e fazem lembrar os horrores da idade média. Segundo o advogado, Adriano estava internado com peritonite e perfuração intestinal, decorrente de empalamento em sessão de tortura. Sérgio Amorim tem suspeita diagnóstica de osteomielite no pulso, também decorrente de tortura (MARTINS, op. cit., 2013). Segundo a vice-presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB, o caso é mais complicado do que se imaginava inicialmente. "É tão grave que a gente não tem condições de relatar", declarou. A situação de Sérgio Amorim da Souza Filho, por exemplo, também chocou a advogada. (MARCHIORI, R.; CRUZ, E. Comissão da OAB vai acompanhar denúncia de tortura no Caso Tayná. 10/07/2013. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/comissao-da-oab-vai-acompanhar-denuncia-de-tortura-no-caso-tayna-bzaxnltywdhd8505sgje46dq>> Acesso em: 18/12/2016) De acordo com a Secretaria de Segurança do Estado do Paraná, a tortura foi comprovada, mas ainda é necessário investigar o número exato de policiais envolvidos. (PR: policiais torturaram suspeitos de estuprar e matar jovem em parque. Portal Terra. Disponível em: <<https://noticias.terra.com.br/brasil/policia/pr-policiais-torturaram-suspeitos-de-estuprar-e-matar-jovem-em-parque,fc371f4c952ef310VgnVCM20000099cceb0aRCRD.html>> 15/07/2013. Acesso em 20/12/2016.) Exames de DNA, realizados posteriormente, demonstraram que os materiais biológicos deixados na cena do crime não eram dos suspeitos. Os quatro homens, inicialmente acusados, entraram no programa de proteção a testemunhas. (MARTINS, R. M. Sêmen em roupas de garota morta no PR não é de suspeitos que teriam confessado crime. Portal Uol Notícias. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/07/09/semem-em-roupas-de-garota-morta-no-pr-nao-e-de-suspeitos-que-teriam-confessado-crime.htm>> 15/07/2013. Acesso em 18/12/2016.)

124 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-04/noticias-justica-direito-jornais>> e <<http://www.informativo.com.br/site/noticia/visualizar/id/72635/?Defesa-de-condenado-por-estupro-pretende-levar-caso-ao-STJ.html>> Acesso em: 20/12/2016.

125 "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (Art. 5º, XLIII, CRFB/1988; grifo nosso)

tos de perfis genéticos a inocência de eventuais condenados indevidamente seja demonstrada – o que pode posteriormente guiar para a revelação de episódios de tortura –, esses agentes possam continuar utilizando esses artifícios (ameaça, tortura, etc.) para que as vítimas (imputados indevidamente) se neguem a fornecer seus materiais genéticos.

Nesse sentido, a tolerância às intervenções corporais é um “limite legal” à garantia contra a autoincriminação forçada. O interesse de investigar a verdade prevalece sobre o interesse do acusado, o qual inclusive pode ter sido coagido<sup>126</sup>.

Em um estudo realizado em Portugal, com um total de 31 prisioneiros do sexo masculino, verificou-se que, mesmo existindo algum ceticismo por parte dos detentos entrevistados acerca do uso dos BDPG, predominou a opinião (20 indivíduos) de que os perfis genéticos não deveriam ser removidos do BDPG<sup>127</sup>. A maior justificativa dada pelos participantes do estudo foi que o Banco de Dados tem um potencial para demonstrar a inocência. Em outros termos, os entrevistados afirmaram, majoritariamente, que o BDPG seria uma “garantia” contra a intromissão policial em suas vidas após a liberação da prisão<sup>128</sup>.

De forma análoga, ao aumentar-se a velocidade e a eficiência da investigação criminal, pode-se evitar algumas práticas policiais de procurar suspeitos “usuais”. Os entrevistados na pesquisa sentiam-se mais protegidos pela automação resultante da tecnologia, pois ela ocasionaria a transferência do poder de decisão e de seu caráter político para a tecnologia, percebida como mais neutra e efetiva. Seria uma forma de “objetividade mecânica” que “serve com uma alternativa a verdades pessoais” e resultaria na redefinição do conceito de segurança, pois não seria mais necessário preparar defesa e estratégias de resistência<sup>129</sup>.

126 ROXIN, C. *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Processal Penal*. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007. 216 p. *apud* CAROLLO, J. C. *op. cit.*, 2013, p. 143.

127 A pergunta feita aos entrevistados foi: “De acordo com a lei, depois de algum tempo, o registro criminal deve apagado. O mesmo se aplica ao banco de dados nacional de perfis genéticos. O que você pensa sobre essa lei?”

128 MACHADO, H.; SANTOS, F.; SILVA, S. Prisoners’ expectations of the national forensic DNA database: Surveillance and reconfiguration of individual rights. *Forensic Science International*, p. 139-143, 2011.

129 MACHADO, H.; SANTOS, F.; SILVA, S. *ob. cit.*, 2011.

## CONCLUSÃO

O Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Perfis Genéticos, instituídos pelo Decreto 7.950/2013, que regulamentou a Lei 12.654/2012, surgem como ferramentas para agregar mais eficiência à persecução penal.

Quando a fonte do material biológico for desconhecida, como em locais de crimes, não há necessidade de prévia autorização judicial, assim como nas situações em que não exista oposição do fornecedor, seja no caso de identificação civil (art. 1º e 2º, Lei 12.654/2012), seja no contexto da coleta de material genético de condenados (art. 3º, Lei 12.654/2012), pois não há conflito de interesses, nem embate principiológico. Nesses casos, pode-se dizer que existe uma constitucionalidade “chapada”, com relação à obtenção dos perfis genéticos e às inserções nos BDPG.

A análise da constitucionalidade da colheita coercitiva do material, dada a obrigatoriedade imposta pela Lei 12.654/2012, nos casos em que exista oposição ao procedimento de amostragem, envolve um embate entre direitos fundamentais que são protegidos e fortalecidos pelos ditames da Lei 12.654/2012 (e regulamentos) *versus* direitos individuais do cidadão imputado. Os dois lados argumentam a proteção da dignidade da pessoa humana, o que configura um caso difícil (*hard case*).

O método da proporcionalidade, englobando o exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento ou ponderação)<sup>130</sup>, complementado pelo raciocínio jurídico estruturado no conteúdo mínimo da dignidade humana na acepção de valor intrínseco, autonomia e valor comunitário, mostrou-se pertinente para a solução da questão constitucional referente à coleta coercitiva.

Foi demonstrado que para fins forenses o exame genético é realizado em regiões não codificantes, não revelando características somáticas como eventuais defeitos físicos e/ou propensão a doenças. A colheita não é um procedimento invasivo, é indolor e não gera riscos à saúde do fornecedor. Isso posto, associado ao fato notório de que não existem direitos absolutos, diante da enorme disparidade entre a intensidade *leve* do incô-

<sup>130</sup> realizado em seus três planos: a intensidade, a importância dos fundamentos justificadores da intervenção e a ponderação em sentido estrito.

modo gerado ao fornecedor da amostra de material genético, em relação à séria importância – praticamente incomensurável – dos bens jurídicos protegidos pela norma cuja constitucionalidade se examina – vida, integridade física e psíquica, dignidade sexual, etc. –; da importância dos fundamentos justificadores da intervenção e da ponderação em sentido estrito, demonstrou-se que o exame da dignidade (no seu componente valor intrínseco), à luz da ponderação fundamentada, não é inconstitucional a norma perscrutada.

Quanto à autonomia, elemento ético da dignidade humana, verificou-se que a prescrição de obrigatoriedade de fornecimento de material genético nas situações elencadas em lei não é negação da autonomia individual, é sua afirmação. A liberdade que se perde é a nefasta liberdade de criminalar impunemente, o que não implica em negação da dignidade da pessoa humana ou ofensa à Constituição Federal.

Com relação à dignidade humana como valor comunitário, é legítima a imposição de limites ao exercício da autonomia por parte de um indivíduo, que a despeito de dotado de um valor intrínseco, deve também respeitar o valor intrínseco de seus semelhantes. Entre os limites que podem ser estabelecidos, se respeitado o *due process of law*, encontram-se a relativização do *nemo tenetur se detegere* e da presunção de inocência.

A dignidade humana, se entendida como direito fundamental, é tanto um direito de defesa como um direito de prestação. No caso em análise, demonstrou-se que o BNPG configura uma prestação estatal no interesse do direito de defesa do cidadão, justificada em virtude de a proporcionalidade envolver a proibição do excesso e a proibição de insuficiência.

A aplicação da lei de ponderação, diante da extrema significância e relevância dos fundamentos justificadores da obrigatoriedade da coleta de amostras para obtenção de perfil genético e inserção no BNPG (séria importância dos objetivos almejados) e da relativa baixa intensidade da intervenção que essa medida implica nos direitos do fornecedor, demonstra ser constitucional a imposição da medida, coleta coercitiva, nos termos da Lei 12.654/2012 e regulamentos. Caso outra fosse a conclusão, assumindo-se o princípio do *nemo tenetur se detegere* como direito absoluto, distanciar-se-ia o Direito do “equilíbrio e da justa medida”.

Constatou-se que a implementação do BNPG e da RIBPG, nos termos da Lei 12.654/2012 e regulamentos, inclusive efetivando-se a coleta coercitiva pode configurar até mesmo garantia contra a autoincriminação forçada. Se houvesse discricionariedade, o indivíduo poderia ser coagido a não fornecer amostra para acobertar eventuais atitudes criminosas sofridas, por exemplo, a tortura como meio de confissão. Desse modo, não sendo facultativo o fornecimento, na hipótese de recusa pelo investigado ou condenado, a autoridade judicial poderá determinar a realização da colheita por meio de suabe oral ou por meios diversos de acordo com o juízo de ponderação no caso concreto, por exemplo, utilizando elementos descartados pelo indivíduo (objetos utilizados ou materiais biológicos diretamente, como saliva) ou por meio de busca e apreensão de material genético na sua residência.

A Lei 12.654/2012 (e seus regulamentos) favorece a implementação de um *garantismo integral*, com respeito aos criminosos, mas também às vítimas, aos injustiçados pela persecução penal e à coletividade em geral, segundo os ditames constitucionais. Diante do direito à vida, ao acesso a ferramentas de demonstração da inocência (*exoneration*), à integridade física e à dignidade sexual, protegidos por ferramentas como o Banco Nacional de Perfis Genéticos, não há que prevalecer o direito de criminar impunemente.

BRUNO RODRIGUES TRINDADE

PERITO CRIMINAL FEDERAL; MÉDICO VETERINÁRIO; MESTRE EM CIÊNCIA ANIMAL; BACHAREL EM DIREITO

JOÃO COSTA NETO

PROFESSOR EFETIVO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA; FACULDADE DE DIREITO; DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

## **NATIONAL DNA DATABASE: CONSTITUCIONALITY EXAMINATION IN LIGHT OF THE HUMAN DIGNITY**

### *ABSTRACT*

The right to the jurisdiction and process effectiveness is recognized as fundamental. However, statistics of crime resolution rate reveal a precarious situation in Brazil, which is aggravated by episodes of innocents convictions and torture as a result of a medieval criminal prosecution, which insists on not aggregate technical and scientific tools available modern. In this context, aiming to improve the criminal prosecution effectiveness, Parliament enacted statute 12,654/2012, regulated by Decree 7,950/2013 establishing the National DNA Database (NDNAD) and the DNA Integrated Network (DNAIN). Since in a democratic state the achievement of justice at any cost is not acceptable, the aim of this study is to analyze the constitutionality of NDNAD and therefore of Law 12,654/2012. In the analysis the author used such methods as balancing, proportionality and minimalist conception of human dignity which encompasses intrinsic value, autonomy and community value. The paper discusses the genetic identification, as well the statute 12,654/2012 specifically, its effects and guarantees, concluding that the statute examined is constitutional.

**KEYWORDS:** DNA. National Genetic Profile Database. Human dignity. *Nemo tenetur se detegere*. Constitutionality.

## **BANCO NACIONAL DE PERFILES GENÉTICOS: EXAMEN DE LA CONSTITUCIONALIDAD A LA LUZ DE LA DIGNIDAD HUMANA**

### *RESUMEN*

El derecho a la efectividad de la jurisdicción y del proceso es reconocido como fundamental. Sin embargo, estadísticas de tasa de resolución de crímenes revelan una precaria situación en Brasil, la cual se agrava por episodios de condenas de inocentes y de torturas, resultantes de una persecución penal medieval, que se mete en no agregar herramientas técnico-científicas modernamente disponibles. En este contexto, con el fin de aumentar la efectividad de la persecución penal, se promulgó la Ley 12.654 / 2012, regulada por el

Decreto 7.950 / 2013, instituyendo el Banco Nacional de Perfiles Genéticos (BNPG) y la Red Integrada de Bancos de Perfiles Genéticos (RIBPG). Como en un Estado Democrático de Derecho no es aceptable buscar justicia a cualquier costo, el objetivo general de este trabajo es analizar la constitucionalidad del BNPG y, por lo tanto, de la Ley 12.654 / 2012. En el análisis se utiliza la ponderación, la proporcionalidad y la concepción minimalista de la dignidad humana que engloba valor intrínseco, autonomía y valor comunitario. El artículo aborda la identificación genética, así como la Ley 12.654 / 2012 específicamente, sus efectos y garantías, concluyendo ser constitucional la norma examinada.

**PALABRAS CLAVE:** ADN. Base de datos de perfiles genéticos. Dignidad humana. *Nemo tenetur se detegere*. Constitucionalidad.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, S.M. *et al.* Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos e a implantação do CODIS no Brasil. In: **III CONGRESSO BRASILEIRO DE GENÉTICA FORENSE**, 3. ed. Porto Alegre. Disponível em: <[http://web2.sbg.org.br/congress/CongressosAnteriores/Pdf\\_resumos/IIICBGF/CBGF033.pdf](http://web2.sbg.org.br/congress/CongressosAnteriores/Pdf_resumos/IIICBGF/CBGF033.pdf)>. 2011. Acesso em: 08/12/2016.
- ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011. (Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Original: *Theorie der Grundrechte*, 2006).
- BADARÓ, G. H. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1118 p.
- BARROSO, L. R. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. 522 p.
- BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2014. 132 p.
- BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda. 2011. 128 p.
- BUCHMÜLLER, H. DNA x Criminabilidade. **Perícia Federal**, n. 26, p. 8-11, 2008.

- BUDOWLE, B. ENCODE and its first impractical application. **Investigative Genetics**, 2013.
- BUTLER, J. M. **Advanced Topics in Forensic DNA Typing: Methodology**. San Diego: Elsevier, 2012. 680 p.
- BUTLER, J. M. **Fundamentals of Forensic DNA Typing**. San Diego: Elsevier, 2009. 500 p.
- CAROLLO, J. C. **GARANTISMO PENAL: O Direito de não Produzir Prova Contra Si Mesmo e o Princípio da Proporcionalidade**. 1. ed. Curitiba: Editora JURUÁ, 2013. 194 p.
- CLÈVE, C. M. (Org.) **Direito Constitucional: direitos e garantias fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Vol. IX. 1145 p.
- COSTA NETO, J. **Dignidade humana Visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu**. São Paulo: Saraiva, 2014. 199 p.
- DOLEAC, J. L. The Effects of DNA Databases on Crime. **Stanford Institute for Economic Policy Research**. 2011. Version updated October 7, 2012. Disponível em: <[https://siepr.stanford.edu/?q=/system/files/shared/pubs/papers/DoleacDNADatabases\\_0.pdf](https://siepr.stanford.edu/?q=/system/files/shared/pubs/papers/DoleacDNADatabases_0.pdf)> Acesso em: 11/01/2017.
- DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. 331 p.
- DUQUE, M. S. **Curso de Direitos Fundamentais Teoria e Prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 493 p.
- ENASP **Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública. A impunidade como alvo**. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio\\_enasp\\_FINAL.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf)>. p. 22. Acesso em: 08/12/2016.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Edição X. São Paulo, 2016. Disponível em: <[http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario\\_site\\_18-11-2016-retificado.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf)>. Acesso em: 05/12/2016.

- FREE JR, M. D. Wrongful Convictions. **International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences** (Second Edition), p. 785–791, 2015.
- HOME OFFICE UK. **Police and Criminal Evidence Act** (revised). Disponível em: < <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/63>> Acesso em: 13/01/2017.
- INNOCENCE PROJECT. **Exonerated by DNA**. Disponível em: <<http://www.innocenceproject.org/all-cases/>> Acesso em 28/12/2016.
- JACQUES, G. S. Banco de Perfis Genéticos: A ciência a serviço da Justiça. **Revista Jurídica Consulex**. Nº 389, p. 25-27, 2013.
- JEFFREYS, A. Genetic Fingerprinting. **Nature Medicine**. v. 11, n. 6, p. 1036-1039, 2005.
- KLATT, M.; MEISTER, M. A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 7, nº 1, p. 23-41, 2014. (Tradução de João Costa Neto)
- LIMA, R. B. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3. ed. Salvador. Jus Podivm, 2015. 982 p.
- LINHARES, E. A.; MACHADO SEGUNDO, H. B. (Org.) **Democracia e Direitos Fundamentais Uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. São Paulo: Atlas, 2016. 736 p.
- MACHADO, H.; SANTOS, F.; SILVA, S. Prisoners' expectations of the national forensic DNA database: Surveillance and reconfiguration of individual rights. **Forensic Science International**, p. 139-143, 2011.
- MALISKA, M. A. **Fundamentos da constituição: abertura, cooperação, integração**. Curitiba: Juruá, 2013. 146 p.
- MARCHIORI, R.; CRUZ, E. Comissão da OAB vai acompanhar denúncia de tortura no Caso Tayná. 10/07/2013. **Gazeta do Povo**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/comissao-da-oab-vai-acompanhar-denuncia-de-tortura-no-caso-tayna-bzaxnltvywdhd8505sgje46dq>>

Acesso em: 18/12/2016.

- MARTINS, R. M. Homens que confessaram morte de adolescente no PR foram torturados, diz OAB. **Portal Uol Notícias**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/07/10/homens-que-confessaram-morte-de-adolescente-no-pr-foram-torturados-diz-oab.htm>> 10/07/2013. Acesso em: 18/12/2016.
- MARTINS, R. M. Sêmen em roupas de garota morta no PR não é de suspeitos que teriam confessado crime. **Portal Uol Notícias**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/07/09/semem-em-roupas-de-garota-morta-no-pr-nao-e-de-suspeitos-que-teriam-confessado-crime.htm>> 15/07/2013. Acesso em 18/12/2016.
- MENDES, G. F; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1616 p.
- PERLIN, M. W. **DNA Identification Science: An Introduction for Lawyers**. 2012. 61 p.
- PR: policiais torturaram suspeitos de estuprar e matar jovem em parque. **Portal Terra**. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/pr-policiais-torturaram-suspeitos-de-estuprar-e-matar-jovem-em-parque,fc371f4c952ef310VgnVCM20000099cceb0aRCRD.html>> 15/07/2013. Acesso em 20/12/2016.
- PRADO, L. R. (Coordenação) **Direito de Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 301 p.
- ROTHENBURG, W. C. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Método, 2014. 282 p.
- RUDIN, N.; INMAN, K. **An introduction to forensic DNA analysis**. 2nd ed. 2002. 312 p.
- SAKS, M. J.; KOEHLER, J. J. The Coming Paradigm Shift in Forensic Identification Science. **Science**. v. 309, n. 5, p. 892-95, 2005.
- SARLET, I. W. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto

- Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 493 p.
- SAUTHIER, R. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12.** Curitiba: Editora CRV, 2015. 233 p.
- SILVA, V. A. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais.** 798, p. 33 – 50, 2002.
- SOARES, G. R. D. Aprendendo com Cingapura. **Revista Jurídica Consulex.** Nº 389, p. 17, 2013.
- VELHO, J. A.; GEISER, G. C., ESPÍNDULA, A. (Org.). **Ciências Forenses: uma introdução às principais áreas da Criminalística Moderna.** Campinas: Millenium Editora, 2012. 392 p.
- WHO WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Global status report on violence prevention 2014**, p. 231. Disponível em: <[http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/status\\_report/2014/en/](http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/status_report/2014/en/)> Acesso em: 10/01/2017.

